

LA PERICIAL MÉDICA

UNA PRUEBA TRASCENDENTE EN EL PROCESO PENAL

Juan Calixto Galán Cáceres
Fiscal de la Audiencia Provincial de Badajoz



Ilustre Colegio Oficial de Médicos
de la Provincia de Badajoz

LA PERICIAL MÉDICA

UNA PRUEBA TRASCENDENTE
EN EL PROCESO PENAL

Juan Calixto Galán Cáceres
Fiscal de la Audiencia Provincial de Badajoz



Ilustre Colegio Oficial de Médicos
de la Provincia de Badajoz

*A mi querida familia, y a mis amigos,
por su inestimable apoyo y comprensión*

*La vida es corta
y el arte es largo,
la ocasión fugaz,
el experimento arriesgado,
la experiencia engañosa
y el juicio difícil*

(Hipócrates)

A mis colegas quisiera recomendarles el estudio/lectura de este magnífico trabajo de D. Juan Calixto García Cáceres, Fiscal de Badajoz, hombre estudioso, diligente y preocupado por saber y ayudar a hacer más sabia a la profesión médica, colaborando de manera estelar con la Asociación de Derecho Sanitario en cuyos congresos ha ganado asiento y se valoran especialmente sus ponencias, y aquí tenemos una de ellas.

Esta Asociación, concebida y presidida por D. Ricardo de Lorenzo i Montero, amigo de nuestra casa y de nuestra causa, que nos ampara y auxilia, aconseja y enseña, está empeñada en mezclar lo blanco y lo negro, mezclando en reuniones sesudas al mundo médico y al mundo judicial (sanitarios, jueces, magistrados y letrados) haciendo que las batas entiendan a las togas y que el código deontológico no entre en el código penal, y que siendo mejores podamos hacer mejor nuestro servicio al prójimo (ser médico).

Se define a la pericia como la sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte. Y la pericial médica como el trabajo que ejerce el perito médico. Y eso a nosotros, médicos, nos interesa mucho.

Vengo a asentir que “el acto pericial médico es el proceso por el cual el perito médico, recurriendo a la sabiduría experiencia y habilidad que posee, investiga un hecho dentro del área de su competencia para descubrir algo que no se conoce, con el objeto de reconstruir el pasado, ayudando así a esclarecer los hechos y determinar, si es posible, quién tiene la razón en el presente”. (Dr.G.A.D.Russo).

Recuerda el autor el aforismo latino: «Dictum expertorum nunquam transit in rem iudicatam» (el dicho de los peritos nunca pasa a autoridad de cosa juzgada), pero el jurista L.Diez-Picaso concluye que: “Este medio de prueba – la pericia médica – es utilizada para apreciar un hecho o conjunto de hechos o una determinada actuación, para lo cual son necesarios especiales conocimientos científicos, o las técnicas de aplicación derivadas de los mismos. Este medio de prueba tradicional, contemplado en la generalidad de los ordenamientos

procesales, es un instrumento puesto al servicio del juez quien, pese a su utilización, es en todo caso libre para valorar o apreciar el respectivo dictamen técnico”, pero la complejidad y tecnificación de las actuaciones y procedimientos le ha llevado a decir al jurista que: “lo cierto es, sin embargo, que en virtud de las cada vez más necesarias especializaciones, por un lado y, por otro de la cada vez mayor complejidad de los problemas y de los desarrollos científicos, lo que a la hora de la verdad se produce con la llamada a los peritos, es más que la búsqueda de un instrumento auxiliar de la decisión judicial, una delegación para decidir. Es decir que en los hechos el juez no cumple otra función que la de mera homologación del dictamen pericial”.

El auxilio de la bata a la toga, la cooperación para el beneficio del hombre (paciente-enfermo-ciudadano).

Se hace necesario el cumplimiento de nuestro Código de Deontología Médica (CDM) que nos hemos dado los médicos como normas de comportamiento para el ejercicio de nuestra profesión y que bajo el observatorio del Colegio Profesional da por sentada la colegiación universal de los médicos con ejercicio.

Nuestro art.62.1(CDM) nos dice que “el médico tiene la obligación de acudir a la llamada de los jueces y tribunales; auxiliará a las Administraciones en aquellos asuntos que, siendo de su competencia ,redunden en el bien común”.

Pues eso, lo entendemos, lo practicamos y lo deseamos. Colaboración en blanco y negro.

Dr. D. Pedro Hidalgo
Presidente del icomBA

Se me ha solicitado por Juan Calixto Galán Cáceres, que ponga unas letras introductorias a su libro “LA PERICIAL MÉDICA: UNA PRUEBA TRASCENDENTE EN EL PROCESO PENAL” y aunque ello resulta de superfluidad patente, tanto desde el punto de vista del autor como desde la propia obra, lo hago honrado por la petición y con especial complacencia.

Superflua la introducción, desde el punto de vista del autor, Jurista reconocido, Fiscal de la Audiencia de Badajoz, y competente especialista en Derecho Sanitario, como lo acreditan sus numerosas colaboraciones con la Asociación Española de Derecho Sanitario, en diferentes Congresos, sus publicaciones y trayectoria profesional.

Superfluo desde el punto de vista de la obra, que no precisa de pregonero alguno y cuya exigencia se proclama en su contenido. Se trata de un trabajo de importante necesidad para Médicos Peritos en el ámbito de nuestro Derecho Sanitario, que de no existir, la demandaríamos dada su trascendencia, para iluminar a tantos en los problemas dimanantes de la prueba pericial médica en el actual escenario que tenemos en relación con la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, y comprender la dimensión de esta prueba en el desarrollo de los procesos penales, no sólo en los que se podrá considerar un caso de responsabilidad sanitaria tanto de los facultativos como del personal que desempeña su trabajo en los centros médicos y hospitales, sino también de la propia pericia médica.

Pero a pesar de ello, estoy aquí haciendo unas reflexiones introductorias y ello es debido a dos exclusivas razones, mi admiración profesional y mi amistad por el autor.

Es sabido que en los últimos tiempos los problemas derivados de la responsabilidad médica se han situado en un lugar preeminente tanto en la jurisprudencia como en la doctrina científica. No es un fenómeno propio de nuestro país, más bien es la consecuencia lógica del perfeccionamiento de los

servicios sanitarios en la generalidad de los países desarrollados en los que se ha producido un salto cualitativo de la medicina liberal a la medicina pública socializada.

Las causas que han contribuido al actual fenómeno de la litigiosidad en el mundo sanitario son muy diversas: la existencia de una sociedad más informada y convencida de sus derechos, la evolución del acto médico – de individual a colectivo – los progresos médicos que, si bien tienen efectos claramente beneficiosos, entrañan en numerosas ocasiones un aumento de riesgo para los usuarios y, en fin, la relevancia de bienes jurídicos en juego: la vida, la integridad física y la salud, todos ellos fundamento de derechos fundamentales, explican la preocupación, no sólo de los ciudadanos, sino de un personal sanitario verdaderamente abrumado ante las constantes reclamaciones de daños y perjuicios.

Por otra parte, el paciente exige calidad y eficacia, incluso cae en el convencimiento de que, ante los actuales adelantos técnicos, la ciencia tiene solución para todas las enfermedades sin que su práctica implique riesgo alguno. Pero la Ciencia Médica no es exacta. Por ello, la confrontación médico / paciente está servida.

Ante este conflicto, el Derecho debe proporcionar la necesaria seguridad jurídica. Se reclama una respuesta clara, una delimitación expresa del conjunto de derechos y deberes que afectan a todos los involucrados en los procedimientos de reclamación de daños ocasionados por el ejercicio de la asistencia sanitaria pública y privada, y en estas reclamaciones cobra una especial importancia junto a su necesidad y conveniencia la práctica y desarrollo de la prueba pericial médica.

El análisis de estas reclamaciones se complica, sobremanera, por la gran cantidad de aristas y problemas que, tanto el perito médico como el jurista, han de analizar en la prueba pericial médica que puede llevar también a la valoración del daño a la persona, valoración ésta que, en última instancia, suele ser la pretensión principal que se deduce en tales reclamaciones jurisdiccionales.

Tanto el perito médico como el jurista han de enfrentarse a tales cuestiones de formas muy diversas, ya que los métodos utilizados por ellos no han sido siempre uniformes ya que, según sea la dogmática utilizada y el análisis de las normas aplicables las soluciones alcanzadas ante supuestos de hecho que guardan una sustancial analogía pueden ser distintas.

Y aunque todavía no hemos comenzado a vivir las reclamaciones en sede de responsabilidad profesional en el ejercicio de la actividad médico pericial, con la misma intensidad que es vivida por otras especialidades, esto no quiere decir que no vaya a sufrirse esta situación, o que este período de tranquilidad esté tocando a su fin ante algunas escasas reclamaciones que ya se han formulado.

Los cambios sufridos y los que pueden venir en el ejercicio de la función pericial con carácter general, y también en la jurisdicción civil, a solicitud de parte o privada, posibilita el nacimiento de las reclamaciones de responsabilidad, no sólo por el número de personas y de actos periciales que se realizan, sino porque la contra pericia favorece la valoración de la calidad de los informes periciales, sin olvidar que además de las responsabilidades comunes en las que puede incurrir cualquier otra persona que vive en sociedad, el Médico y el Médico perito pueden incurrir en los mismos tipos de responsabilidad en su ejercicio profesional, comunes para ambos, porque las bases de los distintos tipos de responsabilidad legal son iguales para todas las personas y actividades.

El artículo 341 de la Ley 1/2000, de 7 de enero impone a los Colegios Profesionales o, en su defecto, a entidades análogas, así como a Academias e instituciones culturales y Asociaciones Científicas la elaboración y remisión, anual, de un listado de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos. Los Colegios Profesionales se encargan de velar por la cualificación profesional y ética de aquellos colegiados que desean incorporarse o permanecer en el listado anual de Peritos, pero sin ninguna responsabilidad hoy por hoy. En EEUU las Comisiones Nacionales de las Especialidades Médicas o las Sociedades cien-

tíficas, capacitados para extender licencias para el ejercicio médico, también tienen competencias sancionadoras a los Médicos, incluso para retirarles del ejercicio profesional, dado que la Asociación Médica Americana resolvió que la actuación pericial es una parte de la práctica médica y que también debería estar sometida a revisión, y si su actuación es negligente debería ser sometido a su Comité estatal y ser castigado (ASO, J., 2009).

En el caso de los Estados Unidos que comentamos, de una situación igualmente de absoluta inmunidad se ha pasado al de plena exposición a las reclamaciones contra los peritos especialmente desde la resolución que supuso un hito en el análisis de los fundamentos de un dictamen pericial, contenido en la Sentencia dictada en el caso Austin Vs. American Association of Neurological Surgeons, 253 F3d 967, 7th Circuit, 2001, por la que el Dr. Austin fue condenado y suspendido de la Asociación Americana de Neurocirujanos, resultando impedido para realizar futuras actuaciones periciales, por deformar el estándar de cuidado de una actuación pericial, considerando como una negligencia la lesión del nervio recurrente durante una intervención cervical, y además afirmar que la mayoría de los neurocirujanos estaban de acuerdo con él.

En Francia e Inglaterra que también han visto desarrollar la actividad médico pericial en la década de los 70, es a finales de los 90 cuando han comenzado a formularse reclamaciones por responsabilidad a los peritos médicos situaciones que nos avisan que no está lejano el momento de revisar los seguros de responsabilidad profesional específicamente de los Peritos. La aceptación de un informe pericial sin tener la adecuada formación médica y medico-legal o jurídica para hacer un enfoque correcto del caso, comporta un considerable riesgo de incurrir en supuestos de responsabilidad profesional, siendo negligente cuando se produzca una insuficiencia de conocimientos, de medios o de análisis de las cuestiones médico periciales.

Por tanto, la obra que el lector tiene en sus manos es una obra eminentemente práctica, y aunque nacida del ejercicio de las profesiones jurídicas está pensada para los Médicos. Pero, conviene advertirlo, no sólo para ellos:

es, en efecto, una obra de investigación y de reflexión, con unos objetivos y unos medios pero es, además, una obra tremendamente útil para el jurista práctico, especialmente para el Juez, el Fiscal y el Abogado, pues explica, como se ha dicho, con precisión y claridad, un sector del Derecho atinente a una materia controvertida, conflictiva, confusa y llena de actualidad.

La importancia práctica de la obra ha merecido el aval del Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Badajoz cuyo Presidente el Dr. D. Pedro Hidalgo Fernández siempre atento a todo lo que pueda ser en alguna medida útil a los profesionales sanitarios que integran su Colegio ha realizado la publicación de este importante trabajo sobre la prueba ericial médica.

Reciba, desde aquí, mi felicitación el autor.

Ricardo De Lorenzo

ÍNDICE

1	Introducción y algunas cuestiones previas	pag. 21
2	La pericial médica, conceptos y requisitos de idoneidad para un correcto desarrollo de la prueba	pag. 25
3	El contenido del informe pericial	pag. 31
4	Las consecuencias jurídico-penales de una pericial falsa	pag. 34
5	Otros actos procesales que no son en sí una pericial médica	pag. 46
6	Los principios de actuación de la pericial médica y las normas deontológicas aplicables a esta prueba	pag. 48
7	El anteproyecto de la LO de los derechos fundamentales en el proceso penal y su reflejo en la pericial médica	pag. 53
8	El anteproyecto de la Lecrm y la imputabilidad del inculpado en las medidas cautelares y la comparecencia en juicio. La importancia de la pericial médico-forense a tal efecto	pag. 55
9	La presunción de inocencia y el derecho a los medios de prueba incluida la pericial médica. Las consecuencias de su indebida denegación	pag. 57
10	La valoración judicial de la pericial médica y el derecho a un proceso con todas las garantías	pag. 60

1

**INTRODUCCIÓN Y
ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS**

En primer lugar quiero agradecer al Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Badajoz y especialmente a su Presidente D. Pedro Hidalgo, su generosidad al realizar la publicación de esta humilde aportación en el marco de la prueba pericial médica, que especialmente deseo pueda ser en alguna medida útil a todos los profesionales sanitarios que integran ese Colegio, y también me resulta obligado dar las gracias a la Asociación Española de Derecho Sanitario, y muy especialmente a su Presidente mi querido amigo don Ricardo de Lorenzo y a Promede (Profesionales de la Medicina y el Derecho) ya que básicamente, el fruto de esta aportación pertenece a la Ponencia que desarrolle el 20 de Octubre 2011 en el ámbito del Programa del XVIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, en una Mesa de trabajo a propósito de la valoración de la no nacida ley de enjuiciamiento criminal, y como hubiera afectado es a la prueba pericial, y donde tuve el inmenso honor de compartir un cualificado foro con la dirección y moderación del doctor y profesor don Luis Bernardo de Quirós, y la participación de los señores Antonio del Moral García (Fiscal del Tribunal Supremo), Javier Gómez de Liaño (Magistrado en excedencia. Abogado.), Joaquín Delgado (Magistrado, miembro del Consejo General del Poder Judicial) y el doctor don Eugenio Laborda Calvo (Médico especialista en valoración del daño corporal y Presidente de la Sociedad Española de Valoración del Daño Corporal). Allí, en el precioso marco del pequeño anfiteatro de la sede colegial médica de Madrid debatimos libre y ampliamente sobre el presente y el futuro de la prueba pericial médica. En ese sentido, mi agradecimiento es mayor pues esta pequeña obra ha sido posible con la autorización de la Asociación Española de Derecho Sanitario para cuya institución realice la mencionada ponencia.

Brevemente me van a permitir algunas precisiones previas, ya que he tratado de adaptar el contenido del trabajo y direccionarlo hacia los profesionales mé-

dicos, con un enfoque que aborde una perspectiva de la pericial médica con cuestiones que puedan interesar directamente a los médicos, obviando y omitiendo algunas problemáticas estrictamente jurídicas, que interesan más a los juristas y profesionales del derecho, del modo que realizaba en la ponencia que presentamos en el Congreso de Derecho Sanitario, pero es preciso significar, que precisamente la pericial de carácter médico, como una importante prueba dentro de nuestro marco procesal, resulta inimaginable su estudio prescindiendo de su normativa jurídica, de su interpretación legal, y de aquellas cuestiones que a diario se resuelven por la jurisprudencia y que unas veces, afectan de modo directo al contenido, desarrollo, y resultado de la prueba, y otras, y en muchas ocasiones, no por ello menos importante, infieren de modo tangencial o lateral a la propia prueba pericial médica. No obstante, insistimos, que las valoraciones jurídicas aportadas, y la reseña jurisprudencial que utilizamos, estimamos que puede ser plenamente aprovechables al objeto de conocer algo más la pericia médica. En este sentido, no quiero prescindir de la nueva reforma del anteproyecto de la ley de enjuiciamiento criminal que como todos sabemos ha quedado en saco roto, no obstante, sí nos consta que ha sido fruto de importantes debates doctrinales y es muy posible, que con independencia de la exigencia de las necesarias reformas para qué el Ministerio Fiscal pueda encargarse de la instrucción de los asuntos penales, es evidente que la figura del Juez de Instrucción tiene los días contados, y que caminamos hacia procesos como el italiano o el francés, donde el Fiscal se convertirá en el director de la investigación procesal penal, pero es cierto también, que aun que se contemple un juez de garantías para controlar la actuación investigadora del Ministerio Fiscal, es necesario que los criterios de imparcialidad e independencia deben ser reforzados, y en tal sentido compartimos la reflexión que efectúa Jesús Manuel Villegas Hernández en su trabajo doctrinal, cuando razona a propósito de la conveniencia o no del encargo de la instrucción a los Fiscales significando: “Esta reflexión revela otro flanco descubierto: la independencia, condición indispensable de la imparcialidad (GONZÁLEZ GRANDA, 1993, 29). La estructura jerárquica del Ministerio Fiscal Español es inconciliable conceptualmente con la idea de independencia. Adviértase que se habla de imparcialidad “objetiva”, pues no se pone en entredicho la actitud

subjetiva de cada funcionario, que tal vez logre substraerse a toda influencia en un caso determinado. Pero es que el peso de la historia es abrumador”. En esta línea, es evidente que la reforma legal del nombramiento y cese del Fiscal General del Estado debe ser abordado con planteamientos de notable consagración democrática, muy alejados del concepto de la herramienta instrumentada al servicio del gobierno de turno, sin perjuicio de su permanente vinculación y defensa de la legalidad vigente, conforme al Art. 124 de nuestra Constitución, que sin duda alguna es el eje y el objetivo diario de todos los que ejercemos esta noble carrera.

Pero volviendo al objeto de nuestro trabajo, este texto rector del proceso penal, (la proyectada Lecrm) en el ámbito de la prueba pericial, es más que probable que pueda ser por su carácter técnico, el escenario futuro de la pericia médica, siendo significativo de modo especial el dato de que la regulación de la prueba pericial se ve constreñida exclusivamente a 9 preceptos, en concreto de los artículos 386 a 394 de este texto legal, a los que se añaden los 5 nuevos artículos en relación con el régimen legal de la pericial de los médicos forenses, y a los que se suman los 3 nuevos artículos del 586 al 588 en relación con la práctica de la prueba pericial en el acto del juicio oral (con una regulación más detallada y exhaustiva), y que contrastan con los 30 preceptos que contiene la regulación vigente (en concreto de los artículos 456 a 485 de la Lecrm), si bien es cierto que los nuevos artículos 392 y 393 son de cierta amplitud a propósito de desarrollar la determinación del objeto del reconocimiento y la intervención del investigado, que ciertamente arrojan perfiles novedosos y aspectos muy interesantes que escapan francamente del contenido de nuestra obra.

Por tanto, paso a ocuparme en mi breve aportación de algunos aspectos sobre la prueba pericial en el actual escenario que tenemos en relación con la vigente ley de enjuiciamiento criminal, en torno a su naturaleza, su necesidad y consideración y su trascendencia, con una cierta mirada al marco jurisprudencial que resulta ineludible para entender y comprender la dimensión de esta prueba en el desarrollo de los procesos penales, no sólo en los que se podrá

considerar un caso de responsabilidad sanitaria tanto de los facultativos como del personal que desempeña su trabajo en los centros médicos y hospitales, sino también de la propia pericia médica imprescindible en el marco investigador que se desarrolla en la instrucción de las actuaciones penales y especialmente en el acto del juicio oral no sólo en los delitos dolosos e imprudentes contra la vida e integridad física de las personas, sino también, y de extraordinario valor, el aporte que realizan las pruebas periciales en la identificación de los delincuentes y de las víctimas del delito del modo que se regulan las normas del sumario en los artículos 368 y siguientes de la Lecrm dentro del título quinto a propósito de la comprobación del delito y la averiguación del delincuente, pruebas periciales que como todos sabemos en el ámbito científico han permitido un extraordinario avance a través del desarrollo de las pruebas genéticas y la determinación del ADN ciertamente impensable hace muy pocos años.

Menciona la profesora de la Universidad de Comillas **Ana Mohino Manríquez** aludiendo a la medicina actual a diferencia de la de épocas anteriores, y que sin duda han incidido en un avance cuantitativo y cualitativo de la prueba pericial, en primer lugar en lo que LAIN llama "*tecnificación de la medicina*", ya que es patente la extraordinaria revolución tecnológica producida en nuestros días. Hoy día la medicina cuenta con sofisticados equipos de soporte de vida, complejas técnicas de ingeniería molecular, o los nuevos métodos de fertilización asistida y en segundo lugar, la nota diferencial que nuestra opinión decisiva de "*la introducción del sujeto en la medicina*", esto es "*la personalización de la medicina*". Este dato tiene su origen en la década de los años 60 los Estados Unidos, en el que las asociaciones de consumidores a través de la defensa de los derechos civiles, determinaron que el paciente se transformara en un consumidor de salud, garantizando su derecho a ser informado, y aquí su voluntad fuese respetada en todo momento.

2

**LA PERICIAL MÉDICA,
CONCEPTOS Y REQUISITOS DE IDONEIDAD
PARA UN CORRECTO DESARROLLO DE LA PRUEBA**

En cuanto a la necesidad y conveniencia de la práctica y desarrollo de la prueba pericial médica si el artículo **456** de la ley vigente establece que *“el juez acordará el informe pericial cuando para conocer o apreciar un hecho circunstancial importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos”*, la regulación proyectada en el precepto número 386 añade la necesidad de *“adquirir certeza sobre ese hecho o circunstancia relevante del procedimiento”*, y a los *conocimientos científicos y artísticos* complementa con los *“técnicos o prácticos”*, lo que sin duda suponen una cobertura más amplia e idónea en los distintos parámetros en que se puede necesitar en el proceso una prueba pericial.

Con el nombre de peritación médico legal, o por la pericial médica, define el médico forense José María Montero a todas aquellas actuaciones periciales médicas mediante las cuales se asesora a la administración de justicia sobre algún punto de naturaleza médica o biológica. Es la manifestación más genuina de la medicina legal y a su través desarrolla su función el perito médico legal (Gisbert Calabuig).

La citada autora **Ana Moreno** expresa una cita de GALENO DE PERGAMO, médico y filósofo en la Roma de Marco Aurelio, y expresa que *“el verdadero médico se reconocerá en verdad por ser amigo de la templanza al tiempo que compañero de la verdad”* y este pensamiento que ciertamente combina y resume las cualidades de un médico determinan que el mismo sea un dechado de lógica y de ética, y si la mencionada profesora, nos alerta de que estas frases tengan plena vigencia y actualidad tantos siglos después, nosotros, ahora en el ámbito de este breve análisis de la prueba pericial médica, no podemos sino

decir que la templanza y la verdad deben ser los ejes capitales sobre los que debe anclar el perito médico su trabajo.

El mencionado profesor **Gisbert Calabuig** en su tratado de medicina legal y toxicología, señala entre los elementos de la prueba pericial médica los correspondientes al perito, así y como requisitos de buen perito se encuentran:

Que posea conocimientos jurídicos que le permitan captar el sentido de las misiones encomendadas, así como a saber dónde están los límites de la peritación. **Palmieri** decía que los peritos deben acostumbrarse a “**repensar con sentido jurídico**”. Ciertamente, nosotros opinamos a propósito de este requisito, que sin duda será mucho mejor integrado en los casos en que sea el médico forense el encargado de la pericia, pero en nuestra opinión este postulado posee otra dimensión diferente cuando la prueba pericial médica es encargada a un profesional de la medicina que no tiene la consideración de médico forense, en cuyo caso, y con independencia de que el objeto y la finalidad de la pericia médica haya sido bien precisada por el juez instructor o el juez de la jurisdicción que corresponda y que ordena la realización de la misma, corresponde también al médico, que en muchas ocasiones desconocerá la tramitación legal, la solicitud de cuantas aclaraciones y extremos dudosos tenga por conveniente, precisamente para enfocar el desarrollo y el contenido de la prueba a lo que realmente se pide y pueda ser utilidad y de conveniencia al propio proceso penal, cumpliendo así el sentido del artículo 456 vigente o del proyectado 368 de la ley de enjuiciamiento criminal.

Razona **Eugenio Laborda**, que los médicos titulares pueden ser llamados para asesorar a la justicia en los distintos órdenes jurisdiccionales, tanto desde la perspectiva penal, civil, laboral y administrativa, y enumera a título de ejemplo la multitud de supuestos donde puede intervenir el facultativo en los ámbitos reseñados, así podemos mencionar los supuestos de filiación en caso de paternidad responsabilidad civil profesional la imputabilidad de los delincuentes, la valoración del daño corporal, las incapacidades del trabajador, los grados de minusvalía, y las distintas escalas de las pensiones, expresando que efecti-

vamente son distintas las regulaciones normativas por las que se rige cada tipo de pericial médica, según el ámbito de la reclamación o el objeto de la pericia.

Se exigen una serie de requisitos para la realización de una pericial médica idónea, así es preciso que el perito médico esté en posesión de las condiciones naturales que le marcan con un impulso vocacional y le hacen apto para la función pericial como:

- **objetividad**
- **reflexión y sentido común**
- **juicio para jerarquizar los hechos**
- **prudencia**
- **imparcialidad**
- **veracidad**

El **profesor Mata** padre de la medicina forense en España, añadía también a los elementos mencionados: diligencia, entereza, moderación, franqueza, consideración, inclinación al bien y dignidad profesional, virtudes que adornan al buen perito y que el forense Montero Juanes sintetizaba en honradez, decisión y prudencia. En sentido negativo **Simonin** establecía que el perito debe **evitar**: el **orgullo** que ciega, la **ignorancia** que no hace dudar y especialmente la **deshonestidad** que envilece y degrada.

Gisbert mencionaba que es fundamental la **observación**, y así “*no es recoger al azar lo que solicitan nuestros sentidos, sino proceder ordenadamente con arreglo a un plan, que permita llevar a cabo de forma atenta, precisa, minuciosa, pronta, imparcial y directa,*” y matizaba, la pericial médica es **atenta** cuando es *bastante* para sostener la atención voluntaria hasta haber logrado el fin perseguido, es **precisa** cuando cada una de las comprobaciones efectuadas con todo detalle posible tendiendo a su conocimiento cuantitativo, que es precisamente el científico, es **pronta**, para evitar que desaparezca huellas o datos observables en el primer momento, pero de efímera conservación, añadiendo que la **imparcialidad** de la observación no debe estar supeditada a pre-

juicios, y el **carácter minucioso** de la pericia implica no descuidar dos elementos principales: un conocimiento perfecto de la técnica y sus posibilidades, y una concienzuda paciencia para no descuidar ningún detalle, ya que el más pequeño puede ser sólida base para el descubrimiento de la verdad. Efectuada la observación y recogidos los hechos, la misma debe elaborarse intelectualmente para formular **una hipótesis** que debe ser comprobada en todos sus extremos, hasta que sea transformada en el propio resultado de la prueba pericial y emitida como **conclusiones** en el correspondiente **informe** que debe sostenerse ante el juzgado o tribunal.

Este autor con carácter sintético y de modo magistral, hace mención de la sistemática que se debe utilizar en relación con una peritación médico legal, expresando que es preciso consignar y tener en cuenta los antecedentes familiares y personales, justificar el porqué de la actuación médica, si han intervenido otros facultativos y se ha prescrito algún tipo de tratamiento, en segundo lugar alude a la descripción de la naturaleza de los actos médicos que se puedan revelar a través de la historia clínica, posteriormente y teniendo en cuenta los factores anteriores será preciso interrogarse si el daño o la lesión, ha sido causado es precisamente por la intervención de este médico que es objeto de examen, o si por el contrario, el devenir de la enfermedad o de la lesiones ajeno a la actuación del facultativos actuante, y recomienda a trazar la ineludible relación de causalidad a través de tres niveles, que vendrían conferidos por la propia apreciación del perito en directa relación con el nivel de la acción del médico y las alegaciones y respuestas emitidas por el sujeto pasivo de la actuación médica, aludiendo igualmente del a criterios de orden cuantitativo, topográfico, de continuidad sintomática, de exclusión y cronológico para esas entender mejor la relación de causalidad. En nuestra opinión Gisbert realiza un esfuerzo sistemático comprensivo de una actuación integral que de modo valorativo desde el realizar inexcusablemente el perito médico, pero ciertamente podemos concluir que cada caso al que tendrá que enfrentarse el facultativo pericial, será esencialmente distinto, con lo cual la metodología aludida puede quedar postergada bien por la relación de causa -efecto entre la actuación del médico y el paciente, o bien porque en el supuesto concreto

no se trate de evaluar la actuación de ningún médico, como sucede directamente en los casos de accidentes, incapacidades u otras situaciones fácticas donde no se enjuicia ninguna labor previa de carácter médico.

La prueba pericial, matiza **Gómez de Liaño** (113 bis), «no es un instrumento probatorio que verifique hechos, sino que sirve únicamente para explicar al juez los hechos que conocemos; son ese **crystal de aumento** a que se refería Eisnfr, a través del cual el juzgador ve algo que no ve por sus propios ojos, y de ahí que sea vital para su operancia la confianza que pueda proporcionar el perito». En el terreno médico, la peritación se aplicará en el reconocimiento y estudio de cosas y personas (vivas o muertas).

En un **sistema acusatorio mixto** como el nuestro, donde la denuncia y el atestado no tienen valor de prueba si no son sometidos a la necesaria contradicción en el acto del juicio oral en igualdad de armas entre las acusaciones y las defensas, la prueba pericial médica como señala **Antonio del Moral** en su ponencia a propósito de las novedades de esta prueba en la nueva regulación de la ley de enjuiciamiento criminal, tiene un valor muy limitado (por no decir nulo), si esa diligencia de prueba no está complementada por su *reproducción en el acto del juicio oral*, al igual que ocurre con los análisis comparativos de los perfiles de ADN que tendrán carácter de investigación pericial pero que tienen que ser sometidos también a **contradicción en el juicio oral**, y en idéntico sentido las pruebas de impregnación alcohólica y de detección de drogas tóxicas estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Estos matices, continúa mi compañero **Del Moral** comienzan ya al referirse al **informe de autopsia** al que sí se confiere *ex lege* valor como prueba lo que no excluye la posibilidad, y decimos posibilidad, que no necesidad, de que sus autores comparezcan en el acto del juicio oral a requerimiento de alguna de las partes. Y en tal sentido el **nuevo artículo 370** dispone “*el informe de autopsia emitido la fase de investigación tendrá carácter pericial y deberá ser objeto de contradicción en el acto del juicio oral cuando el fiscal o alguna de las partes así lo soliciten*”. La autopsia se concibe “*como método de investigación pericial*”

a partir del examen del cadáver, y consiste en una exploración de la anatomía del mismo destinada a informar sobre la causa del fallecimiento y las circunstancias en que se produjo”, y en el precepto siguiente, el 371 expresa, - y eso sí que representa una novedad importante- “si en el momento de realizar la autopsia se hubiera dirigido el procedimiento contra una persona determinada se le dará oportunidad de designar un médico que concurra a la realización de esta diligencia”. En nuestra opinión, este precepto supone un avance muy significativo en la interpretación de la provisión de indefensión y en el derecho fundamental a los medios de prueba que se consagran en el artículo 24 de nuestro texto constitucional, con independencia de la dirección de la autopsia por el médico forense que no olvidemos que es un profesional independiente y especialista en medicina legal, resulta también francamente útil para los imputados que algún médico de su confianza concurra a la práctica de la autopsia para que pueda colaborar con el médico forense en la averiguación de la verdad de las causas del fallecimiento, y de modo especial en todas aquellas observaciones y apartados que puedan ser útiles y beneficiosos para el imputado contra el que se dirige el procedimiento, y esas aportaciones puedan ser desarrolladas con libertad de criterio en el eventual juicio oral, pero con exquisito ajuste a la verdad de lo observado y practicado conforme a las reglas de la técnica y de la lex artis, ya que en caso contrario se someterá de modo directo a las perniciosas consecuencias de haber realizado una pericia falsa del modo que analizaremos más adelante.

3

**EL CONTENIDO
DEL INFORME PERICIAL**

En cuanto al contenido del informe de la prueba pericial una vez practicada la misma, tenemos que significar que el marco legal vigente del artículo **478** de la ley de enjuiciamiento criminal, en nuestra humilde opinión es notablemente mejorada por la proyectada e infructuosa regulación del artículo **394** del anteproyecto de la ley de enjuiciamiento criminal, ya que como primer requisito y en relación con el objeto de la pericia obliga al perito no sólo a expresar *el estado y modo* en que se encuentra la persona o cosa que va a ser objeto del reconocimiento, sino también *las manipulaciones* que hayan podido ser efectuada a lo largo del mismo. De igual modo, a la *relación detallada* de las operaciones practicadas por los peritos y su resultado, y a las *conclusiones* que hayan llegado los mismos, se añade igualmente las *observaciones* formuladas por las partes o por sus peritos en el acto del reconocimiento, de la forma que mencionan los artículos **393** (a propósito también de la intervención del investigado y de sus peritos), e igualmente el nuevo artículo **397** en aquellos casos que el fiscal director de la instrucción según la nueva regulación, estime necesaria la participación de otros facultativos junto a la pericial médico forense, incluso cabe que solicite esa colaboración el propio médico forense, lo cual resulta extraordinariamente útil en aquellos supuestos complicados, donde es imprescindible una respuesta muy especializada, resultando igualmente llamativo, que aquellas discrepancias del forense o de las partes con el tratamiento dispensado al paciente por los facultativos que le atiendan, puedan ponerse en conocimiento del Fiscal encargado de la investigación. Para concluir finalmente con las novedades de la reforma significar que cesa la antigua exigencia de la necesidad de nombrados peritos en el procedimiento ordinario, ya que ahora se puede nombrar facultativamente a más de un perito cuando la complejidad del asunto u otras circunstancias lo aconsejen, significando también que la nueva regulación se contempla que el investigado pueda nombrar perito asumiendo su coste, a lo que nosotros

añadimos que debe ser obviamente admitido como tal prueba judicial, y que la nueva ley exoneraba del interrogatorio conjunto de los peritos, citando el mismo, como algo facultativo, contemplando la posibilidad de que las partes en el tribunal, le pregunten a propósito de su informe, de modo individual. Finalmente, y aunque con carácter general podría encuadrarse dentro de las causas legales de suspensión del juicio oral del artículo 746 de la Lecrm, ahora se regula expresamente la posibilidad de interrumpir las sesiones del juicio oral cuando sea necesario completar la pericia que sea indispensable para esclarecer algunos puntos que hasta ese momento no estaban resueltos, algo que nos parece absolutamente lógico, especialmente en el proceso penal, donde el objetivo es inexorablemente la averiguación de la realidad de lo sucedido.

Sin embargo, si vamos a hacer especial hincapié en los objetivos de la prueba pericial, que el citado **Montero Juanes** señala como fundamental el facilitar al Juez, al Ministerio público y a las partes litigantes, una información amplia, objetiva rigurosa y fiable acerca de los hechos ocurridos y que permita emitir una resolución justa sustentada en la verdad científica, conscientes de que aunque la prueba pericial no es vinculante para el juez y que él mismo debe apreciar la con las reglas de la sana crítica en relación con el contexto del asunto a resolver, y partiendo de la premisa que el perito no es sino un auxiliar del juez de la forma que repetidamente regulan las leyes y la jurisprudencia a tal efecto. Incide igualmente el médico forense en unas consideraciones no exenta de polémica, como es el caso de resaltar a toda costa la imparcialidad del médico forense frente a las periciales privadas, a los que algunos autores inciden en la denominación de “**abogado técnico**”, más que propiamente perito, y ello frente al nulo interés que el profesional de la medicina legal (el médico forense) tiene frente a las partes en relación con los hechos objeto de estudio, pero aún afirmando que ese dato es incontestable, no podemos desdeñar en modo alguno las pruebas periciales que se proponga a instancia de las partes, ya que al margen de ser un derecho indiscutible de los intervinientes en el proceso penal y del que luego mencionaremos de modo especial su perfil constitucional, y que ahora se refuerza en la nueva regulación legal proyectada con la participación activa del investigado, no es menos cierto que en muchas

ocasiones la pericia exige, y especialmente en los casos complicados donde no sólo las reglas de la técnica, sino la propia relación de causalidad entre los hechos y el resultado es compleja su apreciación, siendo en estos casos extremadamente conveniente una pericia al máximo nivel científico que permita acercarse en todo lo posible a la realidad fáctica y científica de lo sucedido, y que en algunas ocasiones y pese a loable esfuerzo del médico forense, se desarrolla de un modo más completo por el especialista designado a tal efecto.

Montero Juanes es consciente de estas dificultades, y con un sentido crítico que le dignifica en su trabajo publicado en los **Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal del año 2002** incide en que en los institutos de la medicina forense se debe realizar una división lógica del trabajo, con la determinación de las diferentes especialidades, a fin de profundizar en una formación específica que los Médicos Forenses, de tal manera que se supere el concepto de un Médico Forense aislado en su juzgado, con escasos medios materiales y con escasos apoyos humanos como la persona que debe resolver todos y cada uno de las diferentes materias médicas que se plantean en los juzgados, y a título ejemplificativo expresa la diversidad que puede suponer valorar un accidente de tráfico, una agresión sexual, una valoración psíquica, una invalidez laboral o una pericial toxicológica. Este autor reconoce las limitaciones del propio cuerpo de médicos forenses, y expresa de un modo gráfico la siguiente conclusión respecto a determinadas periciales del médico forense *“informar por informar algo que escapa a nuestro control es estar haciendo un flaco favor a la causa de la justicia”* se autoexige un mayor proceso de capacitación y de especialización continua, que excede del mero planteamiento voluntarista del propio profesional (que nosotros lo apreciamos desequilibrado cuantitativa y cualitativamente), y que debe ser la administración tutelante quien incida en ese proceso de formación, división del trabajo y especialización.

4

**LAS CONSECUENCIAS JURÍDICO-PENALES
DE UNA PERICIAL FALSA**

Todas estas consideraciones tienen un papel fundamental, ya que en un proceso como el nuestro, caracterizado por un sistema acusatorio mixto donde interviene el Ministerio Fiscal y en algunas ocasiones la acusación o acusaciones particulares juntó al inculpado o inculpados y sus defensas, el fin del mismo, como tantas veces ha señalado tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional, no puede ser otro que la averiguación de la verdad real de lo sucedido en las actuaciones que previamente han sido investigadas y juzgadas, poniendo de relieve, que no caben componendas ni verdades formales, y que el técnico que desarrolla la pericial debe hacerlo con la prudencia de evidenciar en términos concluyentes aquellos datos fácticos y técnicos sobre los que no tenga dudas, y aquellos otros cuyas conclusiones no puedan ser determinantes, no se manifiesten con la certeza necesaria o suficiente deberán ser expuestos con las dudas, reservas, y aclaraciones que resulten oportunas, ya que precisamente el carácter trascendente y sustancial de su informe seguramente, no sólo va a sustentar el dictado de una sentencia absolutoria o condenatoria, según proceda por parte del juzgado o tribunal, sino que va a provocar que su falta de rigurosidad o precipitación determine una sentencia injusta, sea cual fuere el sentido adoptado en su pericia, por lo que ciertamente las virtudes de “*templanza y verdad*” que nos mencionaba nuestro médico romano adquieren una máxima expresión en la pericia facultativa. Esta obligación de ser veraces los peritos en sus actuaciones, viene refrendada no sólo por la propia ley de enjuiciamiento criminal, que obliga bajo juramento al mismo a conducirse bien y fielmente en el acto del juicio oral evitando falsedades o inexactitudes, ya que en caso contrario puede incurrir en alguno de los delitos mencionados en los artículos 459 y 460 del código penal, llamando la atención en el dato de que se establece la pena en su mitad superior que por cierto es privativa de libertad y de multa, respecto de los peritos en relación con los testigos, y este extremo a nuestro entender está absolutamente justificado por

razones de política criminal y de la propia trascendencia que se confiere a la prueba pericial, que por su carácter técnico y exclusivo, no puede ser realizado por cualquiera, y ciertamente el incumplimiento o la mendacidad o falsedad del contenido del informe, tiene un plus de reproche punitivo que con carácter general no lo tiene el testigo, aunque ello pudiera resultar discutible en el caso de que el testigo fuera único y presencial en una determinada actuación penal. La sanción para el perito que *“sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterar con reticencias inexactitudes o silenciando hecho o datos relevantes que le fueran conocidos”* nuestro código penal lo castiga con pena de multa, y en su caso, suspensión de empleo o cargo público. Del mismo modo se castiga también aquellos que presenten peritos mendaces, o en definitiva que falten a la verdad. En este punto resulta muy interesante la **sentencia de 18 febrero del año 2009 de la sala segunda del Tribunal Supremo** resolviendo un recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia de Valencia donde la acusación particular pretendía insistentemente la condena de dos peritos que habían intervenido en el juicio oral, como posibles responsables de un delito de falsa pericia en el ámbito de su actuación en relación con la posible demolición de una finca. El Tribunal Supremo confirma la absolución de ambos peritos, significando algunos extremos que nos parecen fundamentales para configurar un desarrollo del ejercicio profesional de los peritos, que necesariamente no tiene por qué ser acertado, pero sí efectuado con un soporte de fundamentación adecuado a través de las reglas técnicas puestas de manifiesto sobre el supuesto de hecho, y con un engranaje lógico de todas sus conclusiones. Dice el Tribunal Supremo en la fundamentación jurídica de su resolución:

“SEGUNDO.- El motivo primero que formula el recurrente se apoya en el art. 850.1º L.E.CrEDL1882/1 . para denunciar el quebrantamiento de forma de denegación de diligencia de prueba propuesta en tiempo y forma, alegando que, habiendo sido admitida la prueba consistente en la comparecencia al plenario de los peritos D. Iván y Dª Nuria, que emitieron el informe obrante en autos, no compareció el Sr. Iván, lo que causó indefensión al acusado al no suspenderse la vista.

El motivo debe ser desestimado.

Únicamente cuando la prueba no practicada resulta “necesaria”, es decir, imprescindible, sobre un extremo decisivo para el fallo de la sentencia, puede prosperar esta clase de motivo casacional, pues en tal caso se habrá producido una verdadera situación de indefensión al proponente de la prueba omitida.

No es este el caso. Ante el Tribunal sentenciador compareció uno de los dos peritos que, conjuntamente con el incomparecido, elaboró el dictamen pericial de que se trata, quien ratificó el mismo y contestó y aclaró cuantas preguntas y cuestiones le fueron formuladas por acusación y defensa. Por otra parte, los jueces tuvieron a su disposición el dictamen pericial en cuestión (folios 716 a 763 de las actuaciones), tan extenso como pormenorizado, de manera que con el mismo y con las explicaciones ofrecidas por quien también elaboró y firmó dicho Informe, no puede sostenerse la indefensión que se denuncia, al tratarse de una invocación puramente retórica ante la ausencia de toda especificación y argumentación sobre el modo y manera que se haya producido un menoscabo real y efectivo del derecho a la defensa de los intereses de la parte.

TERCERO.- El siguiente motivo reclama error de hecho en la apreciación de la prueba, designando como documentos acreditativos el mencionado dictamen pericial emitido por los señores Iván y Nuria, el elaborado por el acusado, que obra a los folios 16 a 245 y el practicado por los Sres. Armando y José Carlos, si bien todo el peso de la impugnación recae sobre el primero de ellos.

Sostiene el motivo que este extensísimo dictamen acreditaría que el peritaje efectuado por el acusado es contrario a la realidad y que ha sido falseado consciente y maliciosamente por su autor.

El motivo carece del más mínimo fundamento y debe ser desestimado.

Como ha declarado esta Sala en infinidad de ocasiones puede constituir “documento” a efectos casacionales del art. 849.2º cuando exista uno solo o varios plenamente coincidentes en sus conclusiones

y, sin embargo, el Tribunal se aparte de éstas sin exponer las razones de ello o siendo éstas manifiestamente irracionales o arbitrarias, y, además, se requiere que la documental que sustenta el motivo no esté contradicha por otros elementos probatorios que pueda valorar el Tribunal sentenciador y que, finalmente, el dictamen pericial designado acredite de manera irrefutable, incuestionable e indubitada el error que se alega por su propia y exclusiva literalidad.

La legítima pretensión de la parte recurrente de que prevalezca como verdad absoluta el informe pericial que aduce, elaborado a instancias de la propia acusación particular, no puede ser acogida. El Tribunal de instancia ha sometido a valoración el dictamen señalado por el recurrente, pero también las declaraciones prestadas en el Juicio por una de las personas que lo elaboraron y las manifestaciones del acusado al respecto, y de la ponderación de unos y otros elementos probatorios, ha formado su convicción de que no ha quedado acreditado que la pericia practicada por el acusado en el proceso civil fuera falsa, esto es, que expusiera como real una situación objetivamente irreal.

Así lo considera el Tribunal a quo en una motivación extensamente razonada y rebosante de sentido lógico, exponiendo los fundamentos de su decisión, cuales son, el fundamental, de que la tesis pericial del acusado no admite la posibilidad técnica de la reparación de los defectos de la obra construida, concluyendo en la necesidad de su demolición, tesis esta reputada falsa por la Acusación, debido sobre todo a la grave consecuencia para ella de haber servido de sostén al Juez civil para emitir su sentencia condenatoria en el procedimiento seguido. La respuesta es doble, por una parte no es cierto que esa sea la tesis del perito, ya que en ningún apartado de su informe consta tal afirmación. Lo que figura escrito, y por tanto es irrefutable, es que a la pregunta de la parte de si se considera como solución más idónea a los problemas de la obra el derribo de la misma, la contestación del perito es de que esa es la solución que ofrece mayores garantías de idoneidad técnica, no de que sea la única viable, respuesta en cierto modo obvia ante la menor duda. Esta idea es la que exterioriza el acusado

cada vez que se le pregunta al respecto en el procedimiento civil y durante la instrucción de la causa, después de haber explicado que la prueba de carga, única que sacaría de dudas con plena objetividad acerca de la capacidad y seguridad de la obra, no es realizable por diversas razones.

Resulta también muy interesante y es objeto de comentario la **sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 febrero 2009** donde también se absuelve a un perito que en este caso venía acusado por el Ministerio Fiscal de desarrollar una falsa pericia. En este supuesto adquiere una mayor dimensión ya que se trata precisamente de una prueba pericial médica desarrollada por un traumatólogo que se ratificó en su informe en el acto del juicio oral, significando que en un delito contra la seguridad vial por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, su paciente que como consecuencia de una lesión traumatológica se encontraba en tratamiento con antibióticos y el fármaco antiinflamatorio “Voltaren”, expresó en el acto del juicio oral y en su informe anterior en la instrucción de la causa, señalándose en esta resolución, que en el informe del facultativo, además de hacer constar las lesiones y secuelas se contenía la siguiente afirmación:

“El paciente fue sometido a una prueba de alcoholemia que dio positivo en 0,50, pero se da la circunstancia que se estaba arreglando la boca en este momento por lo que estaba sometido a tratamiento antibiotico y antiálgicos-antiinflamatorio. En concreto estaba tomando Augmentine 500/25 mgr. en dosis de 1 cápsula cada ocho horas, pero así mismo tomaba Voltaren capsulas (como antiálgico y como antiinflamatorio) en cápsulas una cada ocho horas, pero como le dolía mucho se tomo doble cantidad de la prescrita. Se da la circunstancia que la composición de Voltaren lleva lactosa y polietilenglicol que es un alcohol y es posible que por esta causa potenciara la tasa de alcohol ingerido y diera positivo en el control, además que al haberse tomado doble cantidad se tarda más tiempo en ser eliminado por el organismo. En el acto del juicio oral además de ratificar dicho informe, manifestó que la anterior aseveración sobre los efectos del Voltaren en la tasa de alcoholemia la formulaba como hipótesis y que no era especialista en el tema.

La Sala que enjuiciaba el presente supuesto, comenzaba su fundamentación jurídica destacando el derecho a la presunción de inocencia que consagra el artículo 24 de nuestro texto constitucional, y efectuaba a modo de resumen las siguientes afirmaciones:

“Pues bien, en el caso sometido a juicio debemos partir del hecho de que el acusado declaró que dichas manifestaciones sobre el Voltaren las dijo como hipótesis, como una simple opinión y no como conclusión. Que es traumatólogo y especialista en medicina del trabajo y por tanto no es su especialidad. Que se basó en estudios previos sobre este medicamento. Que también tuvo en cuenta el Vademecum de Novartis -el laboratorio farmacéutico que lo fabrica, en el que se recomienda no tomar alcohol cuando se toma la medicina, recomendación que efectivamente ratificó el testigo Sr. Eugenio -legal representante de la entidad Novartis- de que constaba en el Vademecum del 2004, pero no en los posteriores. Además su defensa aportó documentación relativa a dicho medicamento en el que basó el acusado su hipótesis.

Frente a ello, las pruebas que la Acusación Pública ha proporcionado al Tribunal son: 1) el testimonio de las actuaciones del procedimiento penal PA 346/2004 seguido por un delito contra la seguridad en el tráfico en el que intervino el acusado como perito, 2) el CD's con la grabación de todo el desarrollo del juicio, el cual ha sido visionado por el Tribunal y 3) el informe del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses de fecha 5-7-2007 (f.88) en el que se concluye que ni el principio activo del Voltaren (diclofenaco) ni los excipientes interfieren en la tasa de etanol en sangre ni, por tanto, en la prueba de etanol en el aire aspirado. La valoración conjunta e individualizada de todas las pruebas documentales desmienten dos afirmaciones contenida en el escrito acusatorio del Ministerio Fiscal y que son esenciales en la concurrencia de los requisitos del tipo penal.

Consta en el escrito de acusación en relación a la conducta del acusado que tales aseveraciones no fueron formuladas como hipótesis,

sino como conclusiones a las que en su calidad de especialista, había llegado tras su vasta experiencia. Pues bien el acusado ni lo formuló como conclusión ni es ningún especialista. Respecto al primer extremo queda desmentido por los siguientes pruebas: a) consta en su dictamen cuando se refiere al voltaren la expresión es posible que por esta causa potenciara la tasa de alcohol ingerido y diera positivo en el control o (f. 73); b) las expresiones contenidas en el visionado y audición del acto de la vista oral contenido en el CD 1 correspondiente del 01,06,00 a 1,16,25 en relación a la influencia del Voltaren en la tasa de alcoholemia, son las siguientes: podría ser ..., aunque con exactitud no se puede afirmar; c) en su declaración ante el Juzgado de Instrucción (f.79) manifestó que podría ser que el Voltaren afectara la tasa de alcohol en sangre. Que lo mantuvo como hipótesis.

En cuanto al segundo extremo objeto de la acusación, partiendo de las exigencias del tipo en el que una de las primeras cuestiones que generan dificultad es el concepto mismo de perito en relación con este delito. Por ello, el falso testimonio ha de ser establecido con suma cautela y siempre en atención a las circunstancias de cada proceso. Respecto a la supuesta especialidad y vasta experiencia que afirma el M. Fiscal en su acusación, la Sala ignora a que especialidad se refiere, dado que la única acreditada en el juicio es la que consta en las actuaciones: doctor especialista en traumatología, cirugía ortopédica y medicina. Dicha cualidad impide que a los efectos jurídico penales a los que se refiere el delito que se le imputa se pueda considerar que realmente las opiniones hechas a modo de hipótesis por alguien que no tiene ni experiencia, ni ciencia, ni especialidad reconocida en esta materia, se puede considerar prueba pericial a la que se refiere el art. 478 de la Ley de Enjuicio miento Criminal.

En efecto, el perito es un auxiliar del Juez por sus especiales conocimientos de ciencia, técnica o arte; su dictamen puede ser esencial para determinar el hecho y las circunstancias en que tuvo lugar o para el reconocimiento del objeto y útiles del delito (por todas, S 29-7-2002). El peritaje se centra sobre un hecho o aspecto que tenga relevancia para la causa, cuando así lo estime el Juez (ex art. 335. 1

LEC EDL2000/77463), extremos que el perito debe analizar en virtud de sus especiales conocimientos respecto de aquéllos o aquélla. Para el proceso penal, el art. 478 LECr EDL1882/1circunscribe la misión del perito y determina que el dictamen pericial tiene que basarse sobre: 1) descripción detallada de la persona y objeto a examinar, 2) relación detallada de las pruebas efectuadas y sus resultados, y 3) conclusiones a las que en virtud de todo ello llega el perito . En el presente caso estamos ante un mero juicio de valor u opinión libre y desvinculada, al tratarse de un informe de un no especialista, que por no tener, no tiene ni conclusiones.

Pues bien la Sala constata la evidencia de que la no especialidad del acusado en esta materia no lo hace apto para considerar su opinión prueba pericial a la que se refiere el tipo penal, sino que dicho extremo queda adverbado por la propia Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal en la que la juzgadora -que condenó a aquel acusado por delito contra la seguridad en el tráfico- no le dedica ni una sola línea al Dr. Hernán en el fundamento donde se resuelve esta cuestión, sencillamente porque su declaración fue irrelevante. En el fundamento de derecho segundo en el que analiza la relación del Voltaren con la tasa de alcoholemia presentado como tésis por la defensa del acusado, la juzgadora se limita a basarse en lo declarado por el Médico Forense en el juicio. El Voltaren es un medicamento que lleva lactosa en su composición, sin embargo, según las explicaciones dadas por el médico forense Luis Angel, especialista en esta materia, *dicha medicación no altera en nada el resultado de la prueba de impregnación alcohólica, puesto que mediante los etilómetros se determina el alcohol etílico, mientras que el Voltaren deriva en otros alcoholes pero no etílicos y por tanto imposibles de ser apreciados por el etilómetro.* De ello se deriva que para la propia juzgadora ni siquiera lo tuvo en cuenta.

Por último el tipo penal utiliza la expresión maliciosamente, esto es, a ciencia y conciencia de que lo que se está declarando es una falacia radical. Por eso las inexactitudes, incluso groseras, quedan fuera del tipo, porque para poder apreciar la falsedad se ha de trazar una línea de distinción entre lo que separa lo científico a lo parcialmente opinable. Si el dictamen obedece a negligencia, poca capacidad, formación criterio o pericia del dictaminador, sin perjuicio de

la responsabilidad que se le pudiese demandar ante la jurisdicción civil si de ella se hubiesen derivado perjuicios, la excluye del CP.

Por todo ello, procede dictar una sentencia absolutoria al no haberse practicado en el juicio prueba de cargo suficiente en relación a las exigencias del tipo penal por el que ha sido acusado, por lo que no se ha destruido el principio de presunción de inocencia que le ampara (art. 24 CE EDL1978/3879).

Nos encontramos pues en que el carácter de no ser especialista del perito y el hecho de haber rectificado en el acto del juicio oral al introducir la expresión “hipótesis”, referida como una posibilidad, ciertamente exenta de rigor, como puso de manifiesto el médico forense, fueron las claves de una sentencia absolutoria del artículo 459, donde el propio tribunal excluye el artículo 460, de muy escasa aplicación jurisprudencial, al no integrar el contenido de la pericia las “reticencias o inexactitudes” que mencionamos anteriormente en el citado tipo penal. En este sentido, y sería osado emitir por nuestra parte una opinión de fondo fundamentada sobre la actuación del facultativo, si nos permitimos expresar que el fundamento del escrito de acusación del Ministerio Fiscal tiene como motivo que las afirmaciones del perito que podían haber equivocado a la juzgadora para el dictado de una sentencia absolutoria en base a su informe respecto del delito contra la seguridad vial del que venía acusado el paciente, ya que son expresiones del perito actuante no comprobadas científicamente y ajenas a un óptimo protocolo de prueba pericial en el sentido analizado de los requisitos de la prueba que hemos mencionado anteriormente, tal y como quedó puesto de manifiesto por el médico forense, pero es indiscutible, y me parece una cuestión muy interesante para el debate, que no todos los casos en que el médico forense u otra pericial médica prestada de contrario, que goce de un sustento de mayor fundamento fáctico y jurídico, no necesariamente debe determinar una imputación penal para aquel técnico cuyas afirmaciones hayan sido desechadas por no ser suficientemente justificadas o fuera de la realidad del núcleo enjuiciatorio, ya que si adoptamos una postura en sentido contrario, las “reticencias” para ser o desempeñar el cargo de perito pondría en serios aprietos a la administración de justicia.

Es de interés también la **sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 abril 2005**, cuando su fundamentación jurídica razona sobre el contenido de la “falsedad” como elemento del tipo penal en relación con el informe de los peritos, la citada resolución lo siguiente al respecto:

“De este modo, la determinación de lo que es “falso” en el ámbito de las conductas desplegadas por los peritos e intérpretes es menos clara que en el caso de los testigos, debido, precisamente, a que lo que prevalece en la actividad de los peritos e intérpretes no es un elemento de hecho - como en el testigo-, sino una opinión, un juicio de valor o una interpretación realizada a partir de sus específicos y especiales conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos. Por ello, es claro que la conducta típica del delito de falso testimonio respecto de los testigos se dará siempre que lo manifestado no se ajuste a la verdad - lo que, evidentemente exige que exista constancia acerca de cuál sea la verdad-; mientras que respecto de los peritos comenzará - como precisa la doctrina más autorizada- a partir de la línea que separa lo científica o pericialmente opinable de lo que es insostenible bajo cualquier óptica,”

Es también digna de mención, la sentencia de **la Audiencia Provincial de Barcelona, sección novena de 17 octubre 2005 (recurso 396-05)** con motivo de una querrela interpuesta contra unos médicos que habían intervenido de peritos en un procedimiento civil y habían sido imputados de un delito de falsa pericia, el Tribunal Supremo incide en el término “maliciosamente” para confirmar la inadmisión a trámite de la mencionada querrela señalando entre otros extremos los siguientes:

“La apelante en el recurso de reforma admite la dificultad que existe en trance de valorar en sede penal los asuntos en los que se cuestiona una praxis médica. El propio recurrente reconoce que la función del perito es la de auxiliar, asistir técnica y científicamente, al Juez y aquél en modo alguno recibe un encargo de arbitraje sino que cuando es llamado su misión es la de asesorar al juzgador, ilustrándole sin

fuerza vinculante sobre las circunstancias ,sin que quepa negar al juez las facultades de valoración del informe pericial que recibe, las cuales permanecen incólumes, pudiendo prescindir totalmente del dictamen pericial y si dictaminan varios peritos le es dable aceptar el resultado de alguno y desechar el de los demás ,siempre que lo razone. .El recurrente se queja de que el Juzgador haya preterido, ninguneado o ignorado el parecer del Dr. Casimiro que fue quien operó por dos veces al querellante y tilda desafortunadamente la resolución judicial que inadmite la querrela de arbitraria, calificación que hace extensiva a la sentencia recaída en el primer grado jurisdiccional civil.

TERCERO.- La dificultad del art. 459 del C.Penal EDL1995/16398 radica en que la detección de la falsedad resulta sumamente difícil en muchos casos al requerir a su vez conocimientos técnicos y/o científicos para poder apreciar esa falsedad que comenzará a partir de la línea que se para lo científico o parcialmente opinable de los que es insostenible bajo cualquier órbita. A su vez el tipo, penal antedicho exige que ese dictamen pericial ha de ser dolosamente emitido, lo que obliga a recordar la posibilidad de que obedezca simple y llanamente a negligencia, poca capacidad, formación, criterio o defectuosa pericia del dictaminador ,lo cual ,y sin perjuicio de la eventual responsabilidad que se pudiese demandar ante la jurisdicción civil, en consonancia con el principio de subsidiariedad que inspira el derecho penal, sí como su carácter fragmentario, excluye la aplicación del C.Penal EDL1995/16398 ,restringido, como es el falso testimonio común, a los dictámenes o interpretaciones conscientemente falsarias. Repárese en que el término u acepción “maliciosamente” que utiliza este precepto penal sustantivo refuerza aún más, si cabe, el carácter doloso del delito. indica una especial intensidad del plano subjetivo de la acción. Así pues, para la concurrencia de dicho ilícito penal es menester que el perito haya voluntaria, dolosa y conscientemente falseado su dictamen en el momento de emitirlo ante la autoridad judicial. Estará, por ello, excluído del falso testimonio el informe erróneo emitido por un perito con es-

casa formación o preparación técnica o poco cuidadoso o diligente en la práctica de la pericia, lo que como se ha indicado podrá, en su caso, dar lugar al ejercicio de otras acciones contra él, ajenas al ámbito penal, para exigirle eventualmente responsabilidad por el dictamen defectuosamente emitido. La mera discrepancia, disidencia o divergencia entre dos o más informes periciales confrontados y opuestos no implica necesariamente que uno de ellos sea falso. Cuando las divergentes conclusiones de los peritos informantes se funden en distintas concepciones técnicas o teóricas, la mera discrepancia científica o el desacuerdo, desde el punto de vista técnico, de un informe, no será, como regla general, suficiente para estimar cometido un delito de falso testimonio, con arreglo a los principios de legalidad y de tipicidad. El Tribunal Supremo, al respecto, ha señalado que no se ha considerado falsedad penal una desacertada opinión científica, sino la censurable e intencionada falta de verdad en la constatación de las bases fácticas sobre las que se emite la opinión científica.

Debe tenerse en cuenta que respecto de la valoración de la prueba pericial, tanto en el proceso civil, como en el proceso penal, rige el principio de la libre valoración de la prueba. El Juez no queda vinculado nunca por el dictamen pericial, sino que puede apartarse de él, apreciando el resultado de la prueba conforme a las denominadas reglas de la sana crítica”

Para concluir este apartado, debemos expresar que tras el análisis de numerosas sentencias de la jurisprudencia tanto el Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales las sentencias condenatorias por periciales falsas afortunadamente - por bien de una pericia correcta - son muy escasas, si acaso algunas en el ámbito de la tasación de bienes, como la de la **Sala Segunda del Tribunal Supremo del 28 febrero 2002**, y es francamente ilustrativo la reflexión en el ámbito de la prueba de cargo que efectúa el Tribunal, analizando la conducta del perito inculpado mencionando literalmente: “ En eso consistió precisamente su infracción de la verdad, esto es, su testimonio falso: en decir lo contrario de lo que sabía era la verdad.”

5

**OTROS ACTOS PROCESALES
QUE NO SON EN SÍ UNA PERICIAL MÉDICA**

Es preciso distinguir la prueba pericial judicial de la prueba pericial extrajudicial, ya que como señala **Font Serra** Como tal se entiende «la practicada fuera del proceso, a veces con ocasión de un proceso distinto, en interés y a instancia de cualquiera de las partes, con intención de utilizarla con fines probatorios en el proceso». A lo que nosotros añadimos que sería también aquella que dentro del proceso se realiza privadamente, sin haberla ordenado el juez y sin control judicial, y se aporta el informe por la parte al proceso para su valoración oportuna.

No es, por lo tanto, una prueba pericial auténtica, teniendo, en realidad, un carácter de prueba documental o testifical, con independencia de la fuerza que pueda tomar en la formación del juicio de convicción del juzgador. Ello es sin perjuicio de que la parte pueda proponer al facultativo que realizó el informe, como prueba pericial en el acto del juicio oral para que su informe sea objeto de debate en el plenario bajo los principios de oralidad y contradicción.

Si el facultativo que realiza el informe no fuera propuesto con las formalidades legales como perito, sería lo que la doctrina denomina un “testigo técnico”, y como indica el propio Gómez de Liaño se trata de «Es aquel testigo que, por medio de su declaración, a través del procedimiento de prueba testifical, emite un dictamen pericial»

Es esta una figura compleja, a la que se ha aludido en el apartado anterior, pues obra con carácter de perito extrajudicial, recogida por la doctrina y el derecho alemán, en la que «se confunden el conocimiento del hecho anterior al proceso y las observaciones o apreciaciones técnicas reflejadas sobre aquél-

los», y «en el derecho angloamericano el perito parece englobado en el concepto de testimonio, sin que exista una distinción conceptual entre ambos» (133). Tal figura no está regulada en las leyes procesales de nuestro país. A ello se añade la posibilidad de que exista un autor que realice un informe con contenido pericial. En este caso estamos en presencia de una situación en que una persona experta emite un dictamen que podrá ser utilizado con finalidad probatoria por alguna de las partes, aportándolo al proceso, pero que en realidad, no tiene valor de prueba pericial, ni documental en tanto no exista ratificación sobre su contenido, ni tampoco se puede reconocer como perito a su autor, al margen del valor que le quiera atribuir el juez en su deliberación interna en el momento de resolver, al igual que cualquiera de estas figuras estudiadas bajo este epígrafe del «peritaje extra-judicial».

6

**LOS PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN DE LA PERICIAL MÉDICA
Y LAS NORMAS DEONTOLÓGICAS APLICABLES A ESTA PRUEBA**

También el perito tiene el deber de que, cuando emita informe, atendiendo al artículo **478 LECr**, ilustre de una forma útil y clarificadora, como destaca Sáez Jiménez , tanto que su dictamen «no es la simple expresión de un punto de vista, sino un razonamiento, es decir, la expresión lógica y explicada de un criterio», dentro de su ámbito profesional.

Además, el facultativo que haya de actuar en calidad de perito tampoco debe olvidar que se debe a unas reglas de ejercicio que se correspondan con lo preceptuado en el Código de Deontología Médica, que al margen de su efectivo alcance, han de ser respetadas en satisfacción de exigencias de índole moral. Pretendiendo acatar este orden, el facultativo inmerso en tales funciones habrá de informar bajo un criterio presidido por la plena libertad de juicio, al margen de cuestiones personales, siempre con rigor, prudencia y objetividad. Siendo así, se comprende que la relación médico-paciente en tales circunstancias toma un carácter especial, lo que obliga a que en primer lugar el propio médico explique a la persona sujeta a examen cuál es la finalidad en ese caso de su misión, haciéndole conocer las particularidades de la misma y las condiciones en que se tiene que llevar a término.

El anterior código deontológico, en su art. 43-2, establecía que «la actuación como perito es incompatible con la asistencia médica al mismo paciente». No obstante, el alcance de la disposición que se acaba de mencionar habrá de ser matizada en cada caso particular, pensando en su adecuación a la realidad del tráfico jurídico, pues de otra manera, a la vista de la contundencia del texto que sirve ahora de comentario e interpretado en un marco rígido, sería fuente de dificultades casi insalvables en la práctica; (F Gómez de Liaño), nosotros añadimos que ello es un serio inconveniente en que precisamente el perito

propuesto por la parte perjudicada en cualquier tipo de infracción penal sea precisamente alguno de los médicos que haya intervenido en la atención al paciente, y desee el facultativo informar sobre extremos que personalmente conoce, tanto de carácter biológico, como técnico, en relación con la evolución del paciente y la conducta de otros posibles implicados en el proceso penal. Por su indudable interés, y la directa relación que el ejercicio de la profesión médica tiene con la prueba pericial de la misma naturaleza adjuntamos el **capítulo XVII correspondiente a Médicos Peritos de la nueva edición del código deontológico de Julio del presente año 2011 de la Organización Médica Colegial de España:**

- 1 El médico tiene el deber de acudir a la llamada de los jueces y tribunales; auxiliará a las Administraciones en aquellos asuntos que siendo de su competencia redunden en el bien común.*
- 2 La cooperación con la Justicia y la Administración no debe significar menoscabo de los derechos del paciente. El médico perito respetará el secreto profesional con las únicas excepciones detalladas en este mismo Código.*
- 3 El médico que fuese citado como testigo en virtud de nombramiento judicial tiene la obligación de comparecer. En el acto testifical se limitará a exponer los hechos que, en virtud de su condición de médico haya visto u oído y que sean relevantes para la causa. Preservará el secreto médico hasta donde sea posible y sólo revelará aquello que sea estrictamente necesario para la resolución del asunto judicial. En los pleitos civiles no podrá dar información privilegiada obtenida confidencialmente por su condición de médico.*
- 4 El médico no debe aceptar una pericia médica para la que no tiene capacitación profesional o si no está dispuesto a defenderla en el juicio oral. Si fuese obligado a ello estará legitimado para acogerse a la objeción de conciencia.*

- 5 El cargo de perito es incompatible con haber intervenido como médico asistencial de la persona peritada.*
- 6 Si la pericia médica precisara de un reconocimiento médico del peritado expresamente hecho a tal fin, el perito comunicará su identificación personal y profesional, quien lo nombra, la misión que le ha sido encargada, por quién, para qué y que sus manifestaciones pueden ser plasmadas en el informe y hacerse públicas. Si el paciente se negara a ser examinado, el perito se limitará a ponerlo en conocimiento del mandante.*
- 7 Las normas deontológicas que regulan la exploración de cualquier paciente para preservar su intimidad y pudor serán del máximo rigor, ya que el peritado, por su situación procesal, se encuentra en situación de inferioridad frente al perito.*
- 8 El médico no debería prestarse a actuar como testigo-perito.*
- 9 Si en el curso de su actuación el médico perito descubriera algún hecho o circunstancia que conlleve un riesgo importante para la vida o salud del paciente o de terceros deberá comunicarlo en primer lugar al interesado y eventualmente a la autoridad que corresponda.*

De la lectura de estos enunciados, entendemos que de los mismos se extraen unas reglas enmarcadas en los criterios de capacidad, compromiso, serenidad y prudencia con los que ciertamente estamos de acuerdo, pero nos llama la atención de la rigidez del apartado nº 5 a propósito de “El cargo de perito es incompatible con haber intervenido como médico asistencial de la persona peritada. “, en este punto no manifestamos nuestra conformidad, pues existirán algunos casos en que el informe y el testimonio del médico que ha intervenido con el paciente serán esenciales para poder comprobar una deriva o evolución dañosa o de otro orden para el asistido, y que ha devenido con carácter posterior. En estos supuestos el Informe del Médico que había asistido al paciente hasta un momento concreto tiene gran importancia, y puede explicar y comprenderse mejor la realidad de lo que ha sucedido con

posterioridad, por ello el Médico Asistencial puede peritar respecto de aquello que sea responsable hasta el momento en que el mismo ha intervenido, e informar con concisión y la amplitud necesaria cual era el estado del paciente en un momento preciso y en unas determinadas circunstancias, y ello no es óbice, pues somos conscientes de la complejidad de muchos supuestos, que puedan nombrarse o designarse otros peritos en relación con la propia conducta del médico asistencial, respecto a un objeto de pericia explícitamente concretado y donde pueda ser objeto de enjuiciamiento o valoración la labor realizada por el propio médico asistencial. Estas consideraciones son fundamentales en los casos (ciertamente los más complicados en la investigación de lo sucedido) cuando en la realidad del objeto de enjuiciamiento se plantean problemas concernientes a la determinación de una correcta relación de causalidad, donde es imprescindible tener unos conocimientos exhaustivos y veraces de todo lo que ha ido ocurriendo en las distintas fases o etapas que ha tenido el paciente hasta llegar a un determinado resultado que marca el comienzo de la investigación.

Siguiendo en el plano deontológico, Edmond Locart, propone para el examen pericial una serie de reglas generales, las cuales, por su interés, se van a trasladar a este texto, aunque introduciendo algunas modificaciones sobre su redacción original, pero que de cualquier modo se considera útil su asimilación. Y así:

- 1 No aceptar peritajes sino en aquello en que sea realmente competente.*
- 2 Que el peritaje sea factible, tanto que se ha de advertir cuando se susciten cuestiones sin solución, ya en los aspectos singulares de la pericia, ya en su conjunto.*
- 3 Que las distintas piezas de convicción que se aporten permitan la discusión del problema y el contraperitaje, procurando el técnico que en su informe, y en su actuación general, haya una total transparencia.*

- 4 *Si surge alguna dificultad, solicítese el concurso de algún especialista, ya de forma amistosa, ya, en su caso, oficialmente, por mediación del juez(144).*
- 5 *En caso de desacuerdo con otro u otros peritos, explíquese en términos mesurados las razones de tal disconformidad, huyendo de ironías ni suponiendo mala fe o parcialidad en el contradictor.*
- 6 *Rehúyese el conocimiento de los autos en tanto no se haya dado fin al examen técnico, a fin de no verse sugestionado por consideraciones morales(145).*
- 7 *Aparte de su actividad técnica, el perito no se ha de mezclar en nada que a la manera de llevar el asunto atañe, ni se inmiscuirá en otros aspectos ajenos a su función.*
- 8 *Actúese con discreción en cuestiones que hubieran tenido resonancia pública, evitando hacer declaraciones a los medios de comunicación en tanto no haya resolución firme.*
- 9 *Resístase cualquier tipo de presión, no queriendo dar a conocer otra cosa que el aspecto estrictamente técnico para el que fuera propuesto.*
- 10 *No se acepte ningún presente de las partes interesadas.*
- 11 *Siempre que sea posible, adjúntense al informe ilustraciones, fotografías, referencias bibliográficas y cuantas piezas e instrumentos puedan contribuir a instruir e informar con claridad tanto al juez como al contraperito.*
- 12 *Las conclusiones obtenidas no han de sobrepasar los límites que las posibilidades de la ciencia permita.*
- 13 *En los peritajes privados extrémense estas cautelas, procediendo con el máximo rigor y severidad (la actuación a instancia de parte en modo alguno puede hacer sentirse parte al perito).*

7

**EL ANTEPROYECTO DE LA LO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL PROCESO PENAL Y SU REFLEJO EN LA PERICIAL MÉDICA**

Es preciso significar que con carácter paralelo al anteproyecto de la nueva ley de enjuiciamiento criminal, el legislador preveía una novedosa regulación inédita en nuestro país a propósito de una **ley orgánica reguladora de los derechos fundamentales adaptados al proceso penal**. En este sentido es de indudable interés por su relación inmediata con la prueba pericial médica, el contenido del **artículo 3** del citado texto legal que expresa lo siguiente:

Medidas con incidencia en la integridad física y en la intimidad de las personas.

- 1 Las inspecciones e intervenciones corporales se graduarán proporcionalmente atendiendo a su intensidad y contarán, en cada caso, con las garantías necesarias para asegurar el respeto a la dignidad e intimidad de las personas. Las exploraciones que deban practicarse en zonas íntimas del cuerpo de la persona o que puedan causarle dolor o requieran sedación o anestesia, solo podrán practicarse por personal médico o sanitario cualificado y precisarán autorización judicial si el afectado no consintiese su realización. En ningún caso podrá practicarse una intervención corporal que implique un riesgo cierto y directo para la vida o la salud del afectado.*
- 2 Solo la autoridad judicial podrá acordar, mediante resolución motivada en la que se concretarán las medidas que hayan de adoptarse, la ejecución coactiva de una intervención o inspección corporal.*
- 3 Podrá extraerse el perfil de ADN de las muestras biológicas obtenidas del investigado o de un tercero siempre que sea necesario para comprobar las circunstancias del delito o para identificar a sus responsables. Los datos obtenidos a partir del ADN se limitarán a aquellos que tengan valor identificativo sin proporcionar información sobre la salud de la persona.*

La prueba pericial de ADN se ha convertido desde los años 90 en un elemento esencial a través de los marcadores genéticos en las investigaciones criminales. Su legitimidad constitucional ha sido ratificada desde el año 97 con total contundencia y también en el Tribunal Supremo desde una sentencia del año 95 donde se examinaban restos de semen de un imputado, siendo reconocida de modo terminante como una prueba imprescindible, y muy importante especialmente en los casos en que la autoría del delito resulta muy difícil de determinar, siendo prueba plena en muchos supuestos, donde precisamente lo característico es la falta de pruebas. Hoy día, a los problemas de captación del ADN, como señala el magistrado Sánchez Melgar, es importante la respuesta que ha proporcionado la ley orgánica 10-2007 de 8 de Octubre donde se regula la Base de Datos Policial sobre identificaciones obtenidas a partir de ADN, de manera que las muestras biológicas examinadas en una concreta investigación, puedan ser utilizadas en otras, como la importante limitación legal de que aquellos perfiles inscritos de ADN sólo serán reveladores exclusivamente de la identidad del sujeto, con prohibición expresa de proporcionar cualquier otro dato o característica genética del sujeto, por estricta protección del derecho a la intimidad del mismo, conforme al Art 18 de nuestro texto constitucional.

8

**EL ANTEPROYECTO DE LA LECRM
Y LA IMPUTABILIDAD DEL INculpADO
EN LAS MEDIDAS CAUTELARES
Y LA COMPARECENCIA EN JUICIO.
LA IMPORTANCIA DE LA PERICIAL
MÉDICO-FORENSE A TAL EFECTO**

El abortado anteproyecto de la ley de enjuiciamiento criminal confiere un nuevo tratamiento muy interesante respecto a la adaptación de las medidas cautelares personales a las prescripciones médicas, y su cumplimiento, en su caso, en establecimientos que reúnan las condiciones necesarias para aplicar el tratamiento prescrito, bajo supervisión y control judicial. Así en el artículo 44 se dispone :

“que en los casos en que el investigado carezca absolutamente de capacidad para comprender el significado de las consecuencias del proceso que se sigue en su contra y concurren los presupuestos de la prisión provisional, sólo se podrá disponer el internamiento cautelar para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento o centro adecuado al tipo de anomalía o alteración que se la haya diagnosticado.

El control, la duración y el alzamiento de la medida se regirán por lo dispuesto para la prisión provisional, elevándose al juez y al fiscal informe sobre la evolución del tratamiento.

Estos informes tendrán carácter periódico en los plazos fijados por el juez o el fiscal que no podrá ser superior a seis meses.

Dos.- No será necesaria la presencia del acusado al juicio oral si el tribunal visto los informes emitidos considera:

- a) que puede resultar contraproducente para la evolución del tratamiento en curso, o,*
- b) que su estado le imposibilita para comprender el significado y las consecuencias del juicio...*

Del contenido de los mencionados preceptos, inmediatamente se puede calibrar la importancia de una correcta pericial médica en relación con los factores de la imputabilidad del inculpado y sus importantes consecuencias jurídicas, que incidirán no sólo la resolución de su situación personal sino en su propia consideración en el eje del proceso.

9

**LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA
Y EL DERECHO A LOS MEDIOS
DE PRUEBA INCLUIDA LA PERICIAL MÉDICA.
LAS CONSECUENCIAS
DE SU INDEBIDA DENEGACIÓN**

No podemos olvidar, que, como mencionamos anteriormente, con independencia del indudable valor de la prueba pericial médica en la identificación del inculpado, en la información sobre su capacidad mental de delinquir, y en la valoración del daño corporal como aspectos más significativos, esta prueba se constituye, como una más dentro del proceso penal, en que obviamente por su carácter técnico- científico en numerosas ocasiones es el eje central que pueden determinar un fallo absolutorio o de condena en un determinado comportamiento del inculpado, y específicamente en todos aquellos supuestos de responsabilidad en el ámbito sanitario. Pero en cualquier caso, y como señala el catedrático de derecho procesal Fernando Gómez de Liaño, la presunción de inocencia del imputado consagrada en el artículo 24 de nuestra constitución es el punto de partida, y a los jueces y tribunales por imperativo del artículo 117 del mismo texto legal les corresponde la valoración de esa prueba que requiere una actividad probatoria suficiente para desvirtuar la, para lo cual se hace necesario que la evidencia que origine su resultado no sea tanto con respecto a la exigencia del hecho punible, como en todo lo atinente a la participación y responsabilidad que realmente tuvo el acusado. Así lo consagra numerosa jurisprudencia del tribunal constitucional, entre ellas la sentencia de la sala primera del 30 noviembre 1989. Por tanto quien afirme la culpabilidad debe probarlo y si no lo hace, procede la solución aunque tampoco se haya demostrado claramente la inocencia, ya que la presunción de la misma ópera en todas las situaciones estará procesales y en síntesis podemos afirmar que constituye el derecho a ***“recibir la consideración y el trato de no autor y no participe en los hechos de carácter delictivo o análogos a estos”***.

Pues bien, realizada esta consideración sustancial, es preciso afirmar sin ambages que la prueba pericial médica en el proceso penal, no es solamente una actividad que la puede creer necesaria o no el juez (y en su caso el ministerio fiscal si se le concediera la investigación) y en definitiva ponerla en marcha de oficio en el marco de la instrucción, sino también un derecho de cualquier parte que interviene en el propio proceso penal, que puede adquirir un carácter de derecho fundamental si concurren los requisitos necesarios en el sentido del acceso a los medios de prueba y evitar la indefensión, y en definitiva del derecho a la tutela judicial efectiva, facultades y posibilidades reguladas en el importante artículo 24 de nuestra constitución. En tal sentido, el derecho a solicitar y practicar la prueba pericial adquiere una dimensión extraordinaria en aquellos supuestos que su práctica sea necesaria e imprescindible para conocer la naturaleza y el alcance de un determinado dato fáctico, que se pretende acreditar y que no ha sido posible por qué el juez erróneamente no lo entendió así. Por tanto partimos de un criterio de justificación, de la necesidad de realización de la prueba pericial, y como sucede con carácter general, podemos afirmar que no hay un derecho ilimitado a los medios de prueba, como repetidamente ha señalado la jurisprudencia en numerosas resoluciones, especialmente desde las **sentencias del Tribunal Constitucional de la Sala primera de 1 de julio del 86, y de la Sala segunda de 25 abril 1984**. Así en la jurisdicción civil, por **sentencia del Tribunal Supremo en su Sala 1ª del 29 noviembre del año 2002**, donde en un proceso de reclamación por responsabilidad contractual se decreta la nulidad de una prueba pericial que fue inexistente y que en realidad no se practicó, por causas ciertamente no imputables a la parte que había solicitado la prueba, y únicamente la prueba pericial médica se practicó de modo abstracto en relación con un tumor sin reconocimiento del paciente, por lo cual conforma la teoría del daño desproporcionado y la inversión de la carga de la prueba, se procede a estimar el recurso de casación y conceder una importante indemnización al recurrente por la incapacidad generada por la actuación médica.

En el ámbito de la jurisdicción contenciosa administrativa existen varias sentencias, donde el Tribunal Constitucional, velando precisamente por la salva-

guarda de los derechos fundamentales, ha decretado la nulidad de las sentencias de los tribunales ordinarios, con fundamento precisamente en la vulneración del acceso a la prueba pericial médica. Entre ellas podemos mencionar la **nº 156-08 de la Sala 1ª de 26 de Noviembre del 2.008 , Recurso de amparo 9300-2006**. Promovido por doña Juana respecto a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias y de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Las Palmas de Gran Canaria que desestimaron su demanda contra el Servicio Canario de Salud sobre responsabilidad patrimonial de la Administración.

Vulneración del derecho a la **prueba**: sentencia contencioso-administrativa dictada sin que se hubiera practicado la **prueba pericial** admitida sobre la praxis médica, tras la negativa de la Administración a que informase un médico forense (STC 240/2007). En tal sentido tal sentido la resolución expresa literalmente :

*“4. En atención a todo lo expuesto, debe concluirse, conforme también interesa el Ministerio Fiscal, que se ha vulnerado el derecho de la recurrente a la utilización de los medios de **prueba** pertinentes para la defensa (art. **24.2 CE**), ya que la **prueba pericial** acordada era decisiva en términos de defensa y no llegó a practicarse por causas imputables a los órganos judiciales”*

10

**LA VALORACIÓN JUDICIAL
DE LA PERICIAL MÉDICA
Y EL DERECHO A UN PROCESO
CON TODAS LAS GARANTÍAS**

Es innegable que si estas consideraciones jurisprudenciales son efectuadas en los órdenes jurisdiccionales mencionados, ciertamente en el proceso penal que se persigue la verdad real el derecho justificado a la prueba pericial adquiere su máxima consideración , y aunque las pruebas periciales no vinculan por completo al juzgado, sino que son apreciadas conforman las reglas de la sana crítica, conforme al aforismo latino «Dictum expertorum nunquam transit in rem iudicatam» (el dicho de los peritos nunca pasa a autoridad de cosa juzgada), testimonio reiteradamente recogido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya desde hace mucho tiempo (así, st. T.S. 27 de abril y 14 de diciembre de 1887, 13 de junio de 1889 y 8 de febrero de 1911)

De esta forma, en la apreciación de la prueba pericial los Jueces y Tribunales tienen plena libertad, y no están obligados a sujetarse al dictamen de los peritos, pues la valorarán únicamente se efectúa en atención a las reglas de la sana crítica, pero sin entrar demasiado en este terreno, cuya profundización corresponde a otro ponente, como indica Miguel Rodríguez en su Manual del perito médico, “En cuanto al significado de las reglas de la sana crítica, no es cuestión fácil de determinar, pues «no constan en precepto legal alguno que puedan invocarse como infringido en casación» (sts. T.S. 14-10-81 y 4-5-79). Más que nada «son criterios normativos, no jurídicos, que sirven al hombre normal en una actividad prudente y objetiva para emitir juicios de valor acerca de una hipótesis de carácter eminentemente científica, artística o práctica, para lo que se requieren conocimientos especiales»(St del TS de 12-6-69)

Y partiendo de las afirmaciones anteriores, queremos finalizar esta ponencia recogiendo **una sentencia del propio Tribunal Constitucional de 26-1-09 Sala 2ª** donde el mismo reconoce el amparo a un recurrente en el ámbito de un proceso penal había sido condenado por el tribunal de instancia que, de modo injustificado, a criterio del Tribunal Constitucional, había sido condenado de un modo más grave, ya que el tribunal había seguido la tesis esgrimida por el médico forense, y no precisamente, el informe emitido por otros dos peritos que también habían intervenido en los hechos, mencionando textualmente en el ámbito valorativo de la prueba:

*“ En aplicación de la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la intermediación en la segunda instancia penal , la Audiencia Provincial debió señalar vista del recurso de apelación y ordenar la práctica de la pericial médica con respeto a los principios de intermediación y contradicción. Ello le hubiera permitido tener un conocimiento directo de las distintas pericias sobre las lesiones y contrastar de modo personal y directo los dictámenes periciales . Sin embargo la actuación procesal de la Sala de dar mayor credibilidad a unos informes médicos frente a los que desechó, **sin celebrar vista en el recurso de apelación y oír a los peritos, no ha respetado las garantías exigidas constitucionalmente, vulnerado el derecho del demandante de amparo a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)**..... (y sigue: “Así pues, del precedente relato resulta que la Audiencia Provincial ha llevado a cabo una nueva valoración de la prueba pericial practicada y ratificada en el acto del juicio oral, a partir de la cual ha fundamentado principalmente, aunque también ha tenido en cuenta otros informes médicos aportados al proceso como prueba documental, la modificación del relato de hechos probados por lo que se refiere a la entidad de las lesiones físicas padecidas por Dª Inmaculada, así como al tratamiento médico y al tiempo requeridos para su sanación, que ha determinado una agravación de la responsabilidad penal del demandante de amparo. De este modo, al valorar la prueba pericial realizada en el acto del juicio, el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que*

forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, hubiera requerido que el Tribunal de apelación hubiera oído personalmente a los peritos autores de los informes que declararon en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba (STC 360/2006, de 18 de diciembre, FJ 4 EDJ2006/337244 ; en el mismo sentido, STC 10/2004, de 9 de febrero, FJ 7 EDJ2004/2494), para así poder llevar a cabo la valoración y ponderación que ha efectuado de la prueba pericial practicada y ratificada en el juicio, corrigiendo la del Juzgado de lo Penal . Las precedentes consideraciones han de conducir a estimar vulnerado en este caso el derecho del demandante de amparo a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE EDL1978/3879).

CUARTO.- De acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, la constatación de la anterior vulneración determinaría también la del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE EDL1978/3879), si los aludidos medios de prueba indebidamente valorados por la Audiencia Provincial fueran las únicas pruebas de cargo en las que se fundamentase la condena. Sin embargo, de conformidad igualmente con la referida doctrina constitucional, en aquellos casos en que, al margen de las pruebas no susceptibles de valoración por el Tribunal ad quem, existan otras válidamente practicadas, como acontece en este caso con la prueba documental incorporada al proceso , no procede entrar a examinar la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, porque a este Tribunal no le corresponde la valoración de si la prueba que pueda considerarse constitucionalmente válida es suficiente o no para sustentar la declaración de culpabilidad o condena del demandante de amparo. Por ello en tales ocasiones lo procedente es ordenar la retracción de las actuaciones judiciales hasta el momento anterior al de haberse dictado la Sentencia de apelación, a fin de que se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental vulnerado (STC 91/2006, de 27 de marzo, FJ 5 EDJ2006/42708; 360/2006, de 18 de diciembre, FJ 5 EDJ2006/337244).

La doctrina reseñada impide en este caso no sólo que este Tribunal examine la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia por parte de la Audiencia Provincial al haber valorado pruebas lesivas del derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la más amplia queja del demandante de amparo referida a la lesión de aquel derecho fundamental por el supuestamente insuficiente e incoherente discurso en el que las Sentencias de instancia y apelación han fundado su condena a partir de las pruebas practicadas, por no haber finalizado aún la vía judicial previa como consecuencia de la anulación de la Sentencia de la Audiencia Provincial EDJ2005/176715 y de la retroacción de actuaciones para que dicte otra respetuosa con el derecho fundamental conculcado, excluyendo la valoración de las pruebas periciales .

De este modo, se sanciona de modo expreso que los juzgados y tribunales deben razonar adecuadamente en el caso de que existan varias periciales médicas las razones por las que optan por unas u otras, y sobre todo que se garantice la necesaria contradicción para que todas las partes intervinientes tengan en el mecanismo de garantías procesales la posibilidad de efectuar las alegaciones que puedan ser perjudiciales a sus intereses, máxime cuando se trata de salvaguardar a toda costa la presunción de inocencia de los imputados en una causa penal.

BIBLIOGRAFÍA

- Ejercicio y responsabilidad médica en las fuentes jurisprudenciales y literarias romanas. Ana Moreno Manríquez. Capítulo 13 del de “los avances del derecho ante los avances de la medicina” editorial Thomson Aranzadi. Navarra 2008.
- La prueba pericial médica en los casos de responsabilidad profesional médica. José María Montero Juanes publicación de estudios jurídicos del Ministerio Fiscal. Ministerio de Justicia II-2.002.
- Manual del perito médico › Parte segunda. La prueba pericial médica (1991)
- Autor: Miguel Rodríguez Jouvencel
- Cargo del Autor: Especialista en Medicina del Trabajo
- Enlazado como: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/prueba-pericial-medica-285034> .
- Gomez de Liaño, F., Abogacía y Proceso, pág. 150. Oviedo, 1988.
- (139) Llamas Pombo, E.: La responsabilidad civil del médico, pág. 49. Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1989.
- Fernando Gómez de Liaño, La Prueba en el Proceso Penal. Selección de Jurisprudencia Edit Forum. Oviedo 1991.
- Artículos Doctrinales: Derecho Procesal Penal: Crónica de una muerte anunciada. La supresión del Juez Instructor. De: Jesús Manuel Villegas Fernández. Fecha: Noviembre 2007.Origen: Noticias Jurídicas.
- Antonio del Moral. Novedades de la prueba pericial en el ALECRM del 2.011. Publicaciones del XVIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario.
- Eugenio Laborda Calvo Anteproyecto de la Lecrm. ¿Cómo afecta a la prueba pericial? Publicaciones del XVIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario.
- La prueba de ADN: pronunciamientos de la jurisprudencia. Julián Sánchez Melgar. LA LEY . Sección Columna 21 Oct 2.011

NOTA: *las Sentencias que se recogen en esta ponencia han sido seleccionadas de la base de datos de “El Derecho”.*

