

- *XVIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Año 2.011*
- *Juan Calixto Galán Cáceres. (Fiscal de la Audiencia Provincial de Badajoz)*

La pericial médica: Una prueba trascendente en el proceso penal.

1- Introducción y algunas cuestiones previas:

Quiero agradecer a la Asociación Española de Derecho Sanitario, y muy especialmente a su Presidente mi querido amigo don Ricardo de Lorenzo y a Promede el inmenso honor que supone la oportunidad de compartir este cualificado foro de intervención en el ámbito del presente congreso de Derecho Sanitario.

Brevemente me van a permitir algunas precisiones previas en relación con la temática a desarrollar por la Mesa y comentaba con el moderador en los días previos a esta jornada, la dificultad de que 5 componentes aborden la nueva reforma del anteproyecto de la ley de enjuiciamiento criminal que como todos sabemos ha quedado en saco roto, y 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 a buen seguro serán desarrollados magistralmente por mi compañero don Antonio del moral con el rigor y la precisión que le caracteriza.

Por tanto, y efectuada una cierta división del trabajo entre los actuantes, solicité licencia al moderador don Luis Bernardo de Quirós para ocuparme en mi breve intervención 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 Lercm 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 Moreno Manríquez y a la medicina actual 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 Juanes 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 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.

. 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 cierra, 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 prejuicios, 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.

La prueba pericial, matiza Gómiz 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 cristal 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).

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, pero ciertamente no nos vamos a ocupar de profundizar en estos temas que desarrollará mi compañero el señor Del Moral.

Sin embargo, si vamos a ser 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 inculcado o inculcados 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 rebotante 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 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 traumatológico que 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: “ En dicho informe, además de hacer constar las lesiones y secuelas se contiene 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 asi mismo tomaba Voltaren capsulas (como antiálgicos 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.0 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 nuestro 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 de 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 farmaceutico 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 Varemecum 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.0 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 Tales aseveraciones no fueron formuladas como hipótesis, sino como conclusiones a las que en su calidad de especialista, había llegado tras su vasta experiencia. O 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; O 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. O

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 vástaga 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 Enjuicia miento Criminal.

En efecto, el perito⁰ 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 o su 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 [EDL1882/1](#) circunscribe 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 adverado 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. Herman 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 tase de alcoholemia presentado como tesis por la defensa del acusado la juzgadora se limita a basarse en lo declarado por el Médico Forense en el juicio El voltaren, 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. 0 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 separa 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, excluido del **falso** testimonio el informe erróneo emitido por un **perito** con escasa 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 inculcado 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 aquéllos», 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 incómodo
- 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. (Este es un punto fundamental para debatir con el Auditorio.)

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 e a la autoridad que corresponda.

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.a - No aceptar peritajes sino en aquello en que sea realmente competente.

2.a - 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.a - 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.a - 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.a - En caso de desacuerdo con otro u otros peritos, explíquese en términos medidos las razones de tal disconformidad, huyendo de ironías ni suponiendo mala fe o parcialidad en el contradictor.

6.a - Rehúcese 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.a- 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.a - 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.a - Resístase cualquier tipo de presión, no queriendo dar a conocer otra cosa que el aspecto estrictamente técnico para el que fuera propuesto.

10.a - No se acepte ningún presente de las partes interesadas.

11.a - 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.a - Las conclusiones obtenidas no han de sobrepasar los límites que las posibilidades de la ciencia permita.

13.a -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 proporcionadamente 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.

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 concurran 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 crear 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 salvaguarda 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 conforme a 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 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 inmediatez 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 inmediatez 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, inmediatez 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 Jouvenel

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 Gomez de Liaño, La Prueba en el Proceso Penal. Selección de Jurisprudencia Edit Forum. Oviedo 1991

NOTA.- las sentencias que se recogen en esta ponencia han sido seleccionadas de la base de datos de "El Derecho".

Octubre del 2.011.