



Escuela de
**PRÁCTICA
JURÍDICA**

Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID



CURSO ESPECIAL SOBRE

DEFENSAS PENALES

CURSO ESPECIAL «DEFENSAS PENALES»

MATERIALES
(CUESTIONES PROBATORIAS)

SOBRE LA PRUEBA PERICIAL

Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles
Catedrático de Derecho Penal
Abogado

ALCANCE DE LA PRUEBA PERICIAL

I. Naturaleza de la prueba pericial: lo que es y lo que no debe ser

1. En el sistema español, igual que en otros muchos sistemas, la Ley de Enjuiciamiento Criminal pretende ser estricta en orden a la prueba pericial. El art. 456 establece que *“el Juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos”*. No más, pero tampoco menos. No cualquier cosa debe tratar de ser pasada por pericia.

Además, existe gran número de supuestos particulares en los que el legislador ha previsto que se traiga al proceso la opinión de peritos. Así, en unas ocasiones se hace referencia a la posibilidad de que se atienda a sus dictámenes –de un modo enunciativo y no exhaustivo– como sucede en el art. 336 (sobre el cuerpo del delito), arts. 356 a 363 (sobre los análisis químicos a practicar por Doctores en Medicina, Farmacia o Ciencias Físico-Químicas), art. 375 (sobre la determinación de la edad del procesado por médicos forenses), art. 381 (sobre la posible enajenación mental del procesado) y art. 577 (sobre la necesidad de recoger las cosas que hubiesen sido encontradas en un registro); mientras, por otros azares, la remisión a la prueba pericial no resulta potestativa, sino que parece venir ordenada por la Ley como cuando en el art. 328 el legislador señala que si el delito investigado es un robo o cualquier otro cometido con fractura, escalamiento o violencia, el Juez consultará –según la dicción del precepto, obligatoriamente– el parecer de peritos sobre la manera, instrumentos, medios o tiempo de la ejecución del delito, en el art. 343 sobre la autopsia del cadáver en caso muerte violenta o sospechosa de criminalidad, en el art. 355 sobre los informes médicos de las lesiones, y en el art. 365 sobre la valoración de la cosa que hubiere sido objeto del delito o importe del perjuicio causado.

2. La prueba pericial ha adquirido gran importancia en un proceso penal como el actual, en el que las formas y métodos de criminalidad, permítasenos decirlo así, se han refinado notablemente, así como, afortunadamente, los métodos y formas de investigación. Piénsese en lo dificultoso que resulta en ocasiones conocer las causas de la muerte o lesiones de una persona (ya desde el caso de la colza, por

ejemplo), o en las complicadas técnicas de laboratorio que hoy día ya se han abierto paso definitivamente frente a otros métodos más tradicionales (pruebas de resistencia de materiales, balística, análisis de ADN, de tejidos, etc.). La criminalística ha avanzado notablemente.

Pero no solo es una cuestión de criminalística policial. Y así, basta pensar en las pericias que se elaboran sobre supuestos delitos fiscales o para investigar pretendidos ilícitos económicos por los departamentos denominados de *forensic* de grandes firmas. Por otra parte, es indudable que en la propia tipificación de los delitos cada vez aparecen con más frecuencia cuestiones extrajurídicas. Basta pensar en los delitos relativos a la manipulación genética (arts. 159 ss. CP), todos los delitos patrimoniales o societarios que implican la llevanza de complicados programas de contabilidad, en los delitos contra el medio ambiente (arts. 325 ss. CP) o contra la salud pública (arts. 359 ss. CP), etc. A todo esto, hay que sumar, cómo no, las siempre vigentes cuestiones de Parte General como la determinación de la capacidad de culpabilidad (imputabilidad), siquiera sea ésta disminuida (arts. 20.1.º, 2.º y 3.º, 21.1.ª CP), etc. En suma, la prueba pericial aparece por doquier.

Por ello, es fundamental preguntarse por la capacidad probatoria de las pericias para el Derecho penal material, es decir, para el debate de la conformación de la tipicidad. Los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se hallan claramente anticuados.

3. El legislador ha establecido la prueba pericial para aportar al proceso los conocimientos que el juez no posee, ni tiene por qué poseer. El perito es, no ya un auxiliador solamente del juez,¹ sino un experto para todas las partes del proceso, que ha de arrojar luz a todos sobre las conclusiones derivadas de su saber extrajurídico, ya sea médico, psiquiátrico, balístico, contable, grafológico, etc. El perito contribuye a la causa con los conocimientos especiales que son necesarios para resolver con justicia la *litis*, y así se logra que se pueda aplicar, previa la indispensable contradicción, la Ley penal al supuesto de hecho o, incluso, es más: fijar dicho supuesto de hecho.

1 Así, empero, desde Aguilera de Paz, Enrique, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tomo IV., Madrid 1925, pág. 30; hoy, Moreno Catena (Dir.) et al., El proceso penal, vol. II., pág. 1165.

De esta manera, aunque el juzgador posea los conocimientos especiales privadamente la prueba pericial se hará necesaria, pues, como es sabido, el juez no debe hacer uso a efectos probatorios de sus conocimientos privados.² Solamente si todas las partes, privadamente, tuviesen tales conocimientos no sería necesaria la prueba pericial, pero entonces no lo es debido a que estamos ante los denominados “hechos notorios” y, como tales, directamente no necesitados de prueba. Tampoco puede el juez instruirse fuera del proceso sobre una cuestión extrajurídica –y, como tal, propia de ser sometida a prueba pericial–, pues ello quebraría los derechos de defensa y el principio de contradicción.

En la otra cara de la moneda, aunque el juez carezca de ciertos conocimientos que debiera poseer –cuestiones de Derecho–, no es de recibo el sometimiento a prueba pericial al respecto. La Ley es clara y habla de la necesidad de conocimientos científicos o artísticos para conocer algún hecho o circunstancia en el sumario –extremos fácticos–, de tal manera que no es dable prueba sobre otros conocimientos jurídicos de carácter extrapenal que el juzgador debería tener (administrativos, mercantiles, fiscales, etc.).

4. La Ley de Enjuiciamiento Criminal no determina cuándo el juzgador puede o debe recurrir a dictámenes de peritos. Y, ciertamente, no es fácil encontrar el término medio entre una alegre utilización abusiva de peritos y una pigre actitud de no utilizarlos cuando sean necesarios. En todo caso, ha de quedar claro que, como hemos dicho, se trata de una prueba de auxilio judicial,³ y no, ni mucho menos, de sustitución judicial.

Así, los peritos habrán de fijar las bases clínicas, químicas, mecánicas, contables, arquitectónicas, etc., sobre las que el juzgador, en función exclusiva y excluyente, deberá realizar la pertinente valoración jurídica, según los datos suministrados, debiendo encontrarse el informe pericial ayuno de toda referencia jurídica, siquiera sea esta mínima. La prueba pericial no debe convertirse, en modo alguno, en una válvula de escape para desviar trabajo fuera de la colapsada

2 Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, Variaciones sobre la presunción de inocencia, Madrid 2012.

3 Por todas, ya desde la STS 28 de octubre de 1997.

administración de justicia, cuando no en una forma de no asumir responsabilidades que, por competencia y formación, deberían asumirse.

De este modo, se ha de ser extremadamente cauteloso cuando en procesos por delito fiscal, estafa, apropiación indebida, blanqueo de capitales, delitos societarios, etc. son utilizados dictámenes periciales. Si se ha producido un determinado perjuicio patrimonial o el mismo ha de entenderse compensado con otras operaciones de la mal llamada “ingeniería financiera”, si ciertos actos mercantiles son apropiatorios o no, si ciertas personas se han aprovechado de los efectos del delito o si, en fin, se han falseado las cuentas de una sociedad mercantil, etc., son todos elementos típicos –igual que el “matar” en el delito de homicidio, o el “privar la libertad” en el de secuestro, etc.– y además claramente referidos a cuestiones jurídicas, de tal modo que, en principio, no hay por qué solicitar informe pericial alguno para llegar a conclusiones sobre ellos.

Los brocardos latinos *iura novit curia* o *da mihi factum, et dabo tibi ius* han resumido perfectamente esta acotación que aquí estamos plasmando y que, por lo demás, al menos en teoría, ha sido recogida por nuestra jurisprudencia penal, aunque a veces la praxis vaya por otro lado. “*La ciencia del Derecho Procesal nos enseña*”, ha señalado el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en causa especial,⁴ “*que la prueba ha de tener por objeto hechos y máximas de experiencia y no la norma jurídica, su alcance o interpretación, salvo que se trate de una norma extranjera o de derecho consuetudinario, a las que no alcanza el deber del Juez de conocerlas (‘iura novit curia’)*”.

El derecho financiero y tributario, *verbi gratia*, es un conocimiento jurídico perfectamente exigible al juzgador, como a todo licenciado en Derecho. Y lo mismo cabe decir del derecho mercantil en general y del societario en particular, o de todos los aspectos del derecho civil, del derecho administrativo, etc. La solicitud de superfluas pericias al respecto podría quebrantar el deber de atención que los jueces y magistrados deben a la tramitación o resolución de los procesos (cfr. arts. 417.9 o 418.9 LOPJ). Si el juez desconoce cuestiones jurídicas –por ejemplo: de derecho societario o de derecho tributario– es su obligación estudiar e instruirse al respecto –lo mismo que si les ocurre a los Sres. fiscales o a los abogados–, de tal modo que la solicitud de una pericia al respecto quebranta

4 STS 2/1998 de 29 de julio, en causa especial 2530/1995, F.J. 11.º, apartado 4.º.

tal deber, es superflua y, por tanto, impertinente. Sencillamente no se compecede con el artículo 11 LOPJ.

Por el contrario, en otras ocasiones en que sí parecería necesaria la utilización de peritos, como es el caso de la elaboración -al modo del Derecho francés- de una *dossier* de personalidad, fundamental para la determinación del tipo de pena o medida de seguridad -en donde los pronósticos criminológicos de base psicológica y sociológica resultan esenciales, la prueba pericial apenas si es utilizada.⁵ En este sentido debe destacarse que la propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 exigía para una serie de supuestos de forma preceptiva el dictamen criminológico; fue quizás una de las propuestas más avanzadas, pero fue ignorada finalmente por el Código Penal de 1995.

Ciertos ámbitos extrajurídicos, en cambio, como por ejemplo el de la "parapsicología", no son susceptibles de constituirse ni en método ni en objeto de prueba pericial, pues los mismos no gozan del reconocimiento de ciencia.⁶ Cuando la Ley de Enjuiciamiento Criminal otorga la posibilidad de traer al proceso a peritos "no titulares", es decir sin título oficial de una ciencia o arte cuyo ejercicio está reglamentado por la Administración (art. 457), de todas formas exige que, aún sin título oficial, se tengan conocimientos o prácticas especiales en alguna "ciencia o arte", y la "parapsicología" no es ni lo uno ni lo otro.

5. El perito deberá ser competente en su materia. El legislador decimonónico no pensó en unos técnicos en su materia que sólo encuentra ocupación a través de las peritaciones judiciales, como ocurre hoy día con frecuencia. En efecto, en general se suele recurrir a los peritos que suelen estar adscritos al propio órgano jurisdiccional, o, en su caso, se procede a interesar del colegio profesional correspondiente u organismo similar, una lista de personas que podrían desempeñar el cargo, pero habitualmente estas personas suelen ser siempre las mismas pues aparecen en unas listas elaboradas de antemano e incluso publicadas anualmente.

5 Cfr. también Kühne, *Strafprozessrecht*, núm. marg. 860.

6 KK-Senge, *Vorb. a los párrafos 72 ss.*, núms. margs. 1 s.

La cuestión no es baladí, por cuanto en un profesional únicamente dedicado a las labores de perito judicial es indudable que aparecen sesgos, elementos de rutina y prejuicios –en el sentido literal de la palabra–, que no existen en profesionales que, de cuando en cuando, son llamados como peritos. Profesionales cuya real y única especialización es la peritación judicial, que tienen su sede laboral en el propio órgano jurisdiccional, con la consecuencia del acceso y aun la recepción no querida a la información del proceso (diligencias de investigación, situación personal de los encausados, alegaciones de las partes, etc.), no son los profesionales pensados por el legislador. Creemos que, en principio, debiera evitarse este tipo de peritos.

II. Posibilidades de actuación del perito y consecuencias procesales

1. La actuación pericial puede tener lugar en tres niveles, los cuales dan lugar a un tratamiento procesal diferente:⁷

a. La actuación del perito puede limitarse a participar al órgano jurisdiccional principios generales de su ciencia sin relación al caso concreto *sub iudice*. Así, por ejemplo, refiere que, tras un número determinado de horas, según su ciencia, comienzan a aparecer los primeros síntomas de descomposición en ciertos órganos de un cadáver. Este tipo de pericia, teniendo en cuenta su grado de abstracción, no es el habitual, aunque puede ser útil en el supuesto excepcional de que el órgano jurisdiccional desee extraer por sí mismo sus conclusiones; por ejemplo: se solicita un dictamen sobre el contenido que ha de tener el denominado consentimiento informado en una operación quirúrgica de X características, pues el propio órgano juzgador no tendrá mayores problemas en confrontar el presunto consentimiento que obra en autos con dicho dictamen, para comprobar si aquél se acomodó o no a la *lex artis*.

b. La actuación del perito puede consistir también en establecer mediante su percepción ciertos hechos que sólo gracias a sus especiales conocimientos pueden ser percibidos.⁸ Por ejemplo: el perito P establece que el cadáver X ya presenta los primeros síntomas de descomposición. O bien: P pone de manifiesto que la

⁷ Tal esquema expositivo es presentado por Kühne, *Strafprozessrecht*, núms. margs. 857 s.; Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 27/1.

⁸ Véase ya, Aguilera de Paz, tomo IV, págs. 10 s.

maquinaria que inspecciona no funciona, extremo que, hasta ese momento, era desconocido.⁹

Lo cierto es que, en estos casos, se realiza –también– una auténtica labor de testigo: descomposición o no del cadáver, funcionamiento de la maquinaria o no, es algo que es percibido por los sentidos: en el primero de los supuestos el juez sabe qué datos necesita, pero no tiene los conocimientos suficientes para realizar el mismo la percepción. En el segundo de los supuestos, cuando el perito descubre hechos que hasta ese momento eran absolutamente desconocidos en el proceso, su carácter de testigo resulta más evidente aún.

Ciertamente, estos casos pueden acabar resultando problemáticos, por cuanto podría quedar en manos del perito la ampliación del objeto del procedimiento más allá de lo previsto por el propio órgano jurisdiccional. Cuando el art. 475 LECrim. dispone que “*el Juez manifestará clara y determinantemente a los peritos el objeto de su informe*”, ello debe ser entendido, naturalmente, *ex ante*, es decir, antes de la realización de la pericia, pero la lógica impone que dicha acotación de la pericia se mantenga también *ex post*, es decir, también ante pretendidas –de propósito o no– ampliaciones por parte de los peritos, no sin cierto beneplácito en ocasiones de las acusaciones.

Especial relevancia adquiere en esta labor el respeto al derecho fundamental a no declarar. Este derecho debe presidir la solución que se quiera dar al problema que plantea hasta qué punto el perito médico –en especial, el perito psiquiatra– debe dar cuenta al órgano jurisdiccional de todo lo que haya tenido conocimiento durante su reconocimiento forense, por cuanto –amén de todo lo atinente al secreto profesional– se ha podido producir una percepción más allá de lo previsto en el objeto de su pericia: el para el médico paciente –que no imputado– durante la exploración psiquiátrica para determinar su capacidad de culpabilidad (art. 20.1 CP) e influido por la situación en la que le coloca la misma, acaba reconociendo ante el perito la autoría del hecho.

Creemos que lo lógico es que el derecho al silencio –junto con la obligación al secreto por parte del profesional– prime y el perito no debe aportar tal información. En otro caso, habría prueba ilícitamente obtenida (art. 11 LOPJ).

⁹ Cfr. también Climent Durán, Carlos, *La prueba penal*, Valencia 1999, págs. 469 ss.

Entre otros aspectos, piénsese que el perito médico –o el juez– ni tan siquiera habrán instruido al paciente de un hipotético derecho a no declarar que le asistiría entonces también durante la exploración (caso de querer extraer tales consecuencias); es más, imagínense supuestos en los que para la exploración clínica –de la imputabilidad– se hayan podido utilizar desde test y preguntas capciosas hasta incluso relajantes o incluso métodos sugestivos, etc.

c. Por último, la labor del perito puede consistir –y esto es lo habitual– en, a través de sus conocimientos científicos especiales, establecer los corolarios fácticos que le hayan sido requeridos: es decir, establecer la regla y ‘subsumir’ en el caso concreto, llegando a unas concretas conclusiones para el supuesto específico. Explicado mediante el ejemplo que venimos proponiendo, el perito forense establecerá que la persona X era cadáver desde el día Y o como mucho hasta el día Z, pese a que el cuerpo fue localizado casi 15 días después.

Éstas son, en general, las únicas tres labores que puede llevar a cabo el perito, de tal modo que todo lo que sobrepase estos límites no será permitido ni debe ser tenido en cuenta a efectos probatorios, pues se trataría de una prueba ilícita de conformidad con el artículo 11 de la LOPJ.

2. La doctrina y la práctica viene distinguiendo también para el Derecho penal la figura del denominado “testigo perito”. Se trata de un particular testigo con conocimientos especiales. Es, en definitiva, un testigo cualificado.¹⁰

Lo híbrido de la figura reside en que, a pesar de no ser perito, se tienen en cuenta sus conocimientos especiales. Ejemplo: un médico que estaba en el lugar de los hechos es interrogado sobre las heridas de una víctima que más tarde falleció por otra causa, refiriendo incluso sobre la previsión de si las heridas necesitarían tratamiento médico o quirúrgico para su sanidad, sobre el tiempo de curación, etc., elementos todos ellos relevantes a efectos de tipicidad de los artículos 147 y siguientes del Código Penal. A los policías se les pregunta con muchísima habitualidad no solo sobre lo que vieron o percibieron con el resto de los sentidos (testigos), sino sobre su valoración al respecto, a la luz por ejemplo de su experiencia criminalística, y en este último sentido como peritos.

10 Cfr. también Climent Durán, La prueba penal, págs. 472 ss., con más referencias bibliográficas.

Este tipo de testigos, sin embargo, no han recibido el encargo judicial de realizar una labor pericial previamente a su contacto con el objeto de la pericia, sino que tras dicho contacto son interrogados también en base a sus conocimientos especiales. Por ello, habrá que ser muy cautelosos con dichos “testigos-peritos” porque no podemos convertir en perito a quien ni lo era, ni ha realizado su “pericia” con el sosiego y tiempo necesarios, ni ha sido escogido con las prevenciones de la Ley, ni puede ser recusado como perito –pues no lo es– (¿o quizás si procedería una recusación sobre estos extremos, en el trámite de cuestiones previas?), etc. De este modo, en lugar de conceder al testimonio de estos “testigos-peritos” más valor del que les correspondería, quizás hasta en ocasiones lo procedente resulte rechazar tales conocimientos especiales: el sujeto no ha interactuado en el suceso como perito, de tal modo que recurrir a esa especie de “conocimientos particulares” se halla tan fuera de lugar como lo sería que el juez recurriese a sus propios conocimientos privados.

3. La doctrina alemana distingue además la figura del “ayudante en la inspección ocular”, es decir, una suerte de mero testigo por orden del juez.¹¹ Así, los buzos que se sumergen en aguas profundas y emiten un informe del estado de un determinado barco; el funcionario de fronteras que toma nota y hace un inventario de toda la mercancía intervenida, etc. Probablemente también el médico que realiza una radiografía para comprobar si el detenido porta bolas de droga en su cuerpo.

La especialidad reside aquí, de nuevo, en que no se trata de peritos, a pesar del encargo judicial –de ahí que esta figura, de nuevo híbrida, pueda dar lugar a equívocos–, de tal manera que deberán ser interrogados como testigos. Lo heterogéneo de la figura se halla también en que, a pesar de ser testigos, no deponen de lo que han visto allende del proceso, sino, precisamente, de lo que les ha sido encargado en el proceso. Por ello, los sujetos que desempeñen esta función –a diferencia del testigo puro– son perfectamente intercambiables. No emiten informe pericial, sino que sólo realizan una labor de observación que, por distintas razones, ningún otro puede llevar a cabo o el propio tribunal, aun pudiendo, no lo desea.

11 Por todos, Lesch, Strafprozessrecht, 2/92.

Así, al igual que en el supuesto anterior de los “testigos-peritos” hemos dicho que hay que ser cautelosos a la hora de valorar su testimonio, pues ellos no son, en puridad, peritos, en estos casos también hay que serlo porque tampoco lo son. Si a la prueba pericial se le viene dando mayor peso que a las demás, en este caso no será de recibo alzaprimar el testimonio de estos “ayudantes en la inspección ocular” pues estamos claramente ante no peritos, como subrayamos.

4. El número de peritos dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento sumario es un mínimo de dos (art. 484).¹² Para el procedimiento de la Ley del Jurado debe regir la misma prevención, por cuanto las disposiciones del procedimiento ordinario o sumario actúan como supletorias en éste (art. 42.1 LOTJ); no obstante, se viene aceptando uno.

Para el procedimiento abreviado, el legislador ha dispuesto que el informe pericial pueda ser prestado por un solo perito (artículo 793.5 LECrim), como si las penas de cárcel -u otras- que pueden traer consigo los procedimientos abreviados no justificasen suficientemente las mismas cautelas que para el procedimiento ordinario. Sencillamente, se confunde celeridad del proceso con disminución de garantías.¹³

Ahora bien, si se exige dos peritos, es para que dos peritos actúen. El ya inveterado *usus fori* consiste, empero, en que de los dos peritos que han de informar, uno realiza el trabajo y el otro, simplemente, visa junto a él un informe que se le pasa a la firma. Otras veces, ambos peritos trabajan conjuntamente, en un reparto de las tareas a realizar, con mayor o menor preponderancia de uno sobre el otro. En todo caso, el perito que no ha participado en el acto pericial previo al informe, por lo general, cuando es interrogado al respecto contesta que hace el informe enteramente suyo y contesta impertérrito y rotundo como si realmente fuese suyo.

Esta práctica, empero, comporta un auténtico fraude de ley. Si el legislador ha querido la presencia de dos peritos, ello lo es porque se pretenden asegurar las

¹² Una excepción, la práctica de la autopsia, art. 348 LECrim. (cfr. también STS 11-10-1994).

¹³ De otra opinión –el supletorio sería el procedimiento abreviado–, Moreno Catena (Dir.) et al., El proceso penal, vol. II., pág. 1164.

condiciones de imparcialidad y contraste del informe pericial,¹⁴ intención legislativa plausible y plenamente justificada –situaciones en las que las distintas escuelas de una disciplina llegarían a soluciones diferentes– que puede ser convertida en letra muerta haciendo que sólo uno de los técnicos firme *pro forma* junto a otro. Y, aun cuando ambos trabajan conjuntamente, esto tampoco fue lo que quiso el legislador. En efecto, el artículo 484 prevé la posibilidad de que “*los peritos estuvieren discordes*”, posibilidad que, realmente, sólo se producirá si ambos peritos trabajan de forma autónoma. El legislador pretende una mínima comparación y, en su caso, contradicción, y la misma sólo puede existir con dos peritos que elaboren, independientes el uno del otro, al menos sus respectivos informes periciales, aunque incluso hayan participado en el acto pericial conjuntamente. La regulación de la vetusta Ley de Enjuiciamiento no deja lugar a dudas: confrontación *versus* –ficticio– consenso. En suma, dos pericias independientes y no una pericia por dos peritos, en la que, además, en demasiadas ocasiones uno trabaja y el otro se adhiere.

III. Valoración racional de la prueba pericial

1. En teoría los dictámenes periciales estarían también bajo la potestad de la denominada libre apreciación de la prueba por el juez (art. 741 LECrim), que como sabemos debe ser, empero, una valoración de la prueba racional y no libre ni en conciencia.

La cuestión se suele invocar como sumamente compleja, pero no lo es tanto: si se han traído al proceso los dictámenes periciales –y se han traído–, precisamente porque al órgano jurisdiccional le faltan los conocimientos particulares precisos, ¿cómo habría de valorar ese mismo órgano jurisdiccional el resultado de la prueba pericial?

Sin duda que lo que sí podrá valorar sin problemas el juez serán las cuestiones externas –y no por ello menos trascendentes– sobre la capacidad de los informantes, por ejemplo, si pertenecen a una escuela científica mayoritaria o minoritaria, qué grado de reconocimiento dentro de su disciplina poseen, si la ciencia de qué se trate ha de considerarse en su proceso evolutivo como muy o poco avanzada, si en ella existen varias escuelas enfrentadas entre sí, etc.

14 Véase ya Aguilera de Paz, tomo IV., págs. 46 ss.

También podrá el juzgador controlar si se ha escogido un método científico en el que se excluyan elementos aleatorios, residuales, así como si dicho método ha sido aplicado en un proceso lógico limpio, si las conclusiones son tajantes o más bien dubitativas, si hay un orden lógico y claro, y fácilmente comprensible, si el perito en las preguntas y repreguntas se ha demostrado como un hombre de especial sapiencia o sagacidad, etc. Además, deberá valorar si el dictamen pericial es prueba bastante, o si, al contrario, es resulta contradicho por otras pruebas. Todo esto podrá ser valorado por el juzgador sin mayores problemas.

2. La valoración ha de ser, pues, racional, como siempre. Se ha de recoger en la sentencia por qué se sigue una opinión científica y no otra en caso de que existan discrepancias. El dictamen pericial puede contener máximas de experiencia, o reglas científicas. Si son de las primeras, no tienen tanta fuerza probatoria como si son de las segundas, lo cual habrá de traducirse en la sentencia: la sentencia ha de traslucir que el tribunal era consciente del valor que ha de dar en cada caso. Todos los dictámenes deben ser valorados por sus argumentos, y no por la filiación de su autor.

Es un error señalar que los peritos oficiales siempre tendrían mayor objetividad e imparcialidad frente al informe pericial de parte, y –lo que es peor– que la prueba de peritos es de libre apreciación, según los principios de la sana crítica (*sic*), es decir, que el órgano jurisdiccional podría decantarse por una u otra pericial como desee.

No es excusa que la materia tratada por los peritos no es del dominio del juez. *Mutatis mutandis*, también el juez se tiene que valer de testigos, porque él no ha estado en el lugar de los hechos y tiene que hacer constar unos Hechos Probados, es decir, porque la materia tratada por el testigo no es del dominio del juez, y no por ello se renuncia a que exista igualmente una valoración racional de dicha prueba testifical. El testigo, pese a que por ejemplo él haya estado en el lugar de los hechos y los haya presenciado –a diferencia del juez–, no es quien dicta sentencia, ni, por ende, quien juzga. Del mismo modo, el perito, por mucho que sea él quien supuestamente tiene los conocimientos de los que el juez carece, no es tampoco el llamado a dictar sentencia. Parece que esta regla fundamental se quiebra en la valoración o ponderación de la prueba que se viene haciendo de la prueba pericial.

No existen por tanto unas supuestas dificultades –ni especialidades– de la prueba pericial, basadas o consistentes en que el juez carece de los conocimientos que tiene el perito y, por tanto, no podría o estaría en plenas condiciones de valorar su dicho, sino que según una inventada ‘sana crítica’ tendría que recostarse sin más en la pericia o, en todo caso, decantarse por ella sin mayor explicación.

3. El juez debe tener, porque el perito se lo habrá facilitado, los motivos para confiar racionalmente en que lo dicho por el perito es lo correcto, igual que en el supuesto de lo dicho por un testigo, éste habrá de facilitar al juez las razones para creerle: que su percepción fue la correcta porque estaba cerca de los hechos, por ejemplo, las distancias, el motivo por el que se encontraba allí, por qué conocía a los intervinientes en el suceso, etc.

Y ello, incluso, en los casos de pericial de parte, la cual aparentemente –exacerbado por la jurisprudencia– presentaría un déficit de parcialidad estructural, supuestamente consistente en que si las afirmaciones periciales no fueran favorables a quien la presenta, sencillamente no lo presentaría.¹⁵ Pero lo cierto es que a muchos de los dictámenes periciales que se presentan en juicio, que se dice que no son de parte, les sucede exactamente lo mismo, pese a que, como decimos, son oficiales: *ad exemplum*, si el dictamen pericial de la unidad de delito de la AEAT considera que no hay méritos para considerar una determinada operación como delito fiscal, la querrela por tal delito no se presentará o, lo que es lo mismo, el dictamen pericial es “de parte”, pues igualmente solo se presenta si en efecto da la razón a la parte. Los peritos de la AEAT, por ejemplo, son peritos oficiales, pero no por ello dejan de ser de parte.

4. Además de que el perito sea imparcial, resulta fundamental saber que el perito es confiable.¹⁶ Por supuesto que se trata de una confianza en el perito normativa, es decir si existen razones racionales para confiar, no si las partes confían en él, pero de todas formas ello está basado en esperanzas, fe ciega, deseos injustificados, etc.

15 Vázquez Rojas, Carmen, De la prueba científica a la prueba pericial, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo 2015, pág. 22.

16 Sobre la cuestión, definitivo, Vázquez Rojas, De la prueba científica a la prueba pericial, pág. 228.

La confianza racional debe explicar los parámetros en los que está basada: que exista, por ejemplo, experiencia previa en tratamiento de problemas similares, estudios científicos previos sobre aspectos semejantes, realización de pericias previas, aunque este último aspecto puede dar lugar a determinados sesgos, etc. Todo ello no puede ser sustituido por una suerte de El Dorado probatorio pericial: la mera mención a que se trata de un funcionario como perito, que es un forense adscrito al Juzgado, o un miembro de la policía científica o de la AEAT, ni todo lo sana, ni todo lo evita.

Antes bien, un parámetro esencial es la propia autoridad que se reconozca al perito en su disciplina. De nuevo, una comparación puede ilustrar la cuestión a la que nos estamos refiriendo: resulta absurdo que para que a un profesor universitario le reconozcan un denominado sexenio de investigación, tenga que aportar una relación de citas doctrinales de la obra que somete a consideración, y en cambio, para que una misma opinión tenga, nada más y nada menos, que fuerza probatoria que puede conducir a la condena de una persona, sea suficiente –se considere suficiente– la mera emisión de la opinión, sin que se refiera en ningún momento y de ninguna manera la aceptación de la comunidad científica respecto de tal opinión. Pues, al fin y al cabo, sin esta aceptación: ¿qué diferencia hay entre unas opiniones y otras? ¿Por qué unas deberían tener entonces más peso que las otras? ¿Cómo establecer un parámetro de decisión al respecto?

Como ha sido establecido con toda razón por la doctrina,¹⁷ y de lo que lamentablemente no siempre ha tomado razón parte de la jurisprudencia, no es lo mismo confianza que confiabilidad: la confianza que un estado mental contingente, el receptor de la pericia, simplemente confía; en cambio, la confiabilidad es que exista justificación para creer en una determinada fuente de información, en este caso un perito, y ello incluso con independencia de si el receptor de la pericia confía o no confía en el perito subjetivamente. La confiabilidad por tanto es confianza fundada, de tal modo que para que se pueda concluir que la valoración de la prueba pericial es racional la sentencia debe contener las razones según las cuales se debía confiar en el perito (confiabilidad) y no simplemente la aseveración de que el juez confió en el perito. Cuando una sentencia diga que un perito merece su confianza, inmediatamente después tiene que dar las razones para la dicha confiabilidad, para dicho crédito, so pena de

17 Cfr. la completa obra de: Vázquez Rojas, De la prueba científica a la prueba pericial, pág. 232.

que de otro modo tal expresión de confianza pueda entenderse simplemente como una cuestión emotiva, una suerte de anhelo del juez en que la persona en quien ha delegado –el perito– no se ha equivocado, pero desde luego todo ello no puede tenerse por válido a los efectos de una sentencia que pretenda estar soportada en una valoración racional de la prueba pericial.

En verdad, trayendo de nuevo a colación la comparación con la prueba testifical, la confianza hacia un perito es igual que la confianza hacia un testigo: no basta con su mera buena voluntad. Igual que un testigo que estaba muy alejado del lugar de los hechos, por mucha buena voluntad que tenga no podrá nunca prestar un testimonio confiable –y de buena calidad–, un perito cuyos conocimientos estén muy alejados de la materia objeto de la pericia, no puede tampoco prestar un testimonio confiable –y de buena calidad–, y por tanto es un perito en el que no se puede confiar. O, mejor dicho: se está ante un perito en el que si el juez confía en realidad estará produciendo una valoración de la prueba irracional. La motivación de un perito por tratar de hacerlo bien, un hasta denodado esfuerzo del perito a este propósito, no es un motivo racional para confiar en dicho perito.

5. La autoridad técnica se gana en cada pericia. No debe caerse en la falacia del argumento de autoridad. En este sentido, la doctrina más autorizada ha sugerido que exista un control positivo de los peritos al modo de la creación de un prestigio forense consistente en fomentar la publicación de investigaciones surgidas de peritajes forenses, a publicar en revistas especializadas.¹⁸

En caso de que los expertos no estén de acuerdo desde un punto de vista racional sólo se puede concluir que existe una duda probatoria (!) la cual, como tal, debe ser resuelta *pro reo*.¹⁹ Lo contrario es una “hipervaloración” del informe pericial,²⁰ y, encima, como si fuese único. Al perito se le debe preguntar por el margen de error que preside su disciplina.²¹ Lo que no puede hacerse es que parezca, tanto

18 Vázquez Rojas, De la prueba científica a la prueba pericial, pág. 247.

19 A la misma conclusión llega por ejemplo Vázquez Rojas, De la prueba científica a la prueba pericial, pág. 284.

20 Marchena Gómez, Manuel, De peritos, cuasiperitos y pseudoperitos, Poder Judicial n.º 39 (1995), pág. 234.

21 Vázquez Rojas, De la prueba científica a la prueba pericial, pág. 286: “Dado que no hay métodos o técnicas 100 por 100 fiables, es indispensable conocer los rangos de error durante la aplicación. Ello supone, por un lado, que las comunidades de expertos hagan las investigaciones

por los interrogatorios primero, como por la sentencia después, que las pruebas periciales tienen unos resultados únicos e incontestables. Los desacuerdos teóricos entre peritos no pueden dar como resultado el ingreso en prisión de una persona.

oportunas para saber cómo de hecho están funcionando las técnicas que emplean; pero, también supone, por otro lado, que hagan pública tal información no solo a través de peritajes, sino mediante publicaciones (...)"