

Capítulo Primero

LA PRUEBA PERICIAL

I. Derecho a la prueba y proceso civil

I.1. Los derechos constitucionales de configuración legal

1. Con respecto al derecho constitucional fundamental de servirse de los medios de prueba, la doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente en el marco del artículo 24.2 CE¹.

Se trata de un derecho fundamental operativo en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado. El derecho a la prueba es de configuración legal, por lo que hace falta que el medio de prueba sea solicitado en tiempo y forma legalmente establecidos², siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento jurídico vigente³. Efectivamente, excluye una actividad probatoria ilimitada, por lo que las partes litigantes no se encuentran facultadas para exigir cualesquiera pruebas que consideren oportuno proponer: sólo existe derecho a la recepción y práctica de las que sean

1. Seguimos, por todas, la STC 165/2001, de 16 de julio, FD 2º, donde se recoge el apunte de la jurisprudencia constitucional que se cita a continuación.

2. SsTC 149/1987, de 30 de septiembre; 212/1990, de 20 de diciembre; 87/1992, de 8 de junio; 94/1992, de 11 de junio; 1/1996; 190/1997; 52/1998, de 3 de marzo; 26/2000, de 31 de enero.

3. SsTC 101/1989, de 5 de junio; 233/1992, de 14 de diciembre; 89/1995, de 6 de junio; 131/1995; 164/1996, de 28 de octubre; 189/1996, de 25 de noviembre; 89/1997, de 10 de noviembre; 190/1997, de 10 de noviembre; 96/2000, de 10 de abril.

pertinentes⁴. La pertinencia se define, a estos efectos, como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi* (STC 26/2000, de 31 de enero, FJ 2).

2. Es competencia de la jurisdicción ordinaria examinar la legalidad y pertinencia de las pruebas, sin que el TC pueda sustituir o corregir esa actividad de los órganos judiciales, pues de lo contrario se convertiría en una nueva instancia. La competencia del Alto Tribunal radica en el control de las decisiones judiciales que se dictan ejercitando aquella facultad de examen, siempre y cuando se hubiera producido una inadmisión de medios de prueba relevantes para la decisión final, sin mediar motivación alguna o resultando ésta insuficiente, sirviéndose el juez o tribunal de una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable, o cuando la falta de práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial⁵.

Asimismo resulta necesario que la ausencia de actividad probatoria haya propiciado una efectiva indefensión del recurrente en amparo: *decisiva* en términos de defensa⁶. En este orden de ideas, para verificar si la prueba ostenta ese carácter decisorio que otorga relevancia constitucional, no cabe analizar de oficio las circunstancias concurrentes *ad casum*, sino que se exige que el recurrente en amparo alegue y fundamente de modo adecuado la indefensión material, en tanto es sabido que la carga de la argumentación recae sobre el solicitante⁷.

4. SsTC 168/1991, de 19 de julio; 211/1991, de 11 de noviembre; 233/1992, de 14 de diciembre; 351/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre; 1/1996, de 15 de enero; 116/1997, de 23 de junio; 190/1997, de 10 de noviembre; 198/1997, de 24 de noviembre; 205/1998, de 26 de octubre; 232/1998, de 1 de diciembre; 96/2000, de 10 de abril, FJ 2°.

5. SsTC 233/1992, de 14 de diciembre; 351/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre; 35/1997, de 25 de febrero; 181/1999, de 11 de octubre; 236/1999, de 20 de diciembre; 237/1999, de 20 de diciembre; 45/2000, de 14 de febrero; 78/2001, de 26 de marzo.

6. SsTC 1/1996, de 15 de enero; 219/1998, de 17 de diciembre; 101/1999, de 31 de mayo; 26/2000, de 31 de enero; 45/2000, de 14 de febrero.

7. SsTC 1/1996, de 15 de enero; 164/1996, de 28 de octubre; 218/1997, de 4 de diciembre; 45/2000, de 14 de febrero.

La exigencia observa dos vertientes. Una por la que se debe razonar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas⁸. Otra por la que procede argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso *a quo* podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia⁹. Únicamente en el supuesto del fallo perjudicial que pudo ser de distinto signo en virtud de una prueba no llevada a cabo, explica nuestro Alto Tribunal que podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo¹⁰.

3. Los derechos fundamentales de configuración legal suscitan un buen número de problemas, en la medida que el legislador ordinario que *configura* el derecho debe respetar un contenido esencial mínimo, elemento con sustantividad propia creado por el legislador constituyente, especialmente inviolable en lo que refiere a su denominado núcleo duro¹¹. Llama la atención, sin embargo, que el Tribunal Constitucional condicione el amparo solicitado al resultado concreto del pleito, lo que parece disgregar el valor del derecho fundamental como tal. Imagínese que se negase el acceso a la jurisdicción a través de la inadmisión a trámite de una demanda y que fuese preciso, para considerar vulnerado el derecho del artículo 24.1 CE (donde siquiera se garantiza el acierto en la decisión juzgadora), que el recurrente en amparo demostrase que, de haberse admitido su demanda, hubiera sido estimada.

El Tribunal de la Constitución reitera que “el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes constituye un derecho fundamental, inseparable del derecho de defensa, que el art. 24.2 CE reconoce y

8. SsTC 149/1987, de 30 de septiembre; 131/1995, de 11 de septiembre.

9. SsTC 116/1983, de 7 de diciembre; 147/1987, de 25 de septiembre; 50/1988, de 2 de marzo; 357/1993, de 29 de noviembre.

10. SsTC 30/1986, de 20 de febrero; 1/1996, de 15 de enero; 170/1998, de 21 de julio; 129/1998, de 16 de junio; 45/2000, de 14 de febrero; 69/2001, de 17 de marzo.

11. Sobre esta materia puede verse Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *Derecho al recurso en el proceso penal. Nociones fundamentales y teoría constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 224 y ss.

garantiza a todos los que son parte en un proceso judicial, y cuyo contenido esencial se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto que es objeto del proceso”¹². Con este planteamiento añade que la vulneración del derecho tiene lugar “cuando la falta de práctica de la prueba propuesta, ya sea porque fue inadmitida por los órganos judiciales o porque, aun cuando admitida, no llegó a practicarse por causas no imputables al demandante, haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (SSTC 50/1988, de 22 de marzo, 59/1991, de 14 de marzo, 205/1992, de 26 de noviembre, 357/1993, de 29 de noviembre, 131/1995, de 11 de septiembre, 1/1996), puesto que el ámbito material protegido por el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (STC 1/1996)”¹³.

4. Cabría una interpretación en parte favorable a la tesis del Tribunal de la Constitución, referida a la noción de gravamen. En términos de defensa, cuando el recurrente hubiera vencido no importaría que su prueba no fuese utilizada. Ofrecer una autonomía tal del derecho a la prueba que permitiera su defensa independizada del resultado del proceso, llevaría a conclusiones absurdas. Pues, podría defenderse sin mediar ningún gravamen real, pese a que el Tribunal Constitucional no es ninguna instancia judicial y no se sujeta a la teoría general del recurso jurisdiccional, donde reside el concepto de interés y dentro de él, el gravamen. No puede desoírse el sentido último del derecho fundamental a la prueba y a la defensa, pero también a la obtención de tutela judicial más allá de la configurada en el artículo 24.1 CE, que no comprende –como no podía ser de otra manera– el derecho a obtener una sentencia de fallo favorable (si así fuera, la dualidad de partes impondría siempre la vulneración del derecho de alguno de los litigantes). Sentado lo anterior, debemos alejarnos de pretensiones de control o protección autónomas. Pero la constancia de que el medio de pue-

12. STC 37/2000, de 14 de febrero, FD 3º.

13. STC 37/2000, de 14 de febrero, FD 3º.

ba inadmitido hubiera sido irrelevante, debe enlazarse con la utilidad y pertinencia y, como no puede proceder a su práctica en sede constitucional, bastará la mera hipótesis probabilística de que su uso favorecerá las pretensiones del recurrente en amparo en el juicio jurisdiccional donde aquél participó y al que se debe regresar.

Se concluye que el litigante no puede sufrir “los efectos negativos que se derivan de la falta de prueba de un hecho constitutivo de su pretensión [...] sin que le sea imputable esta carencia probatoria, ya que hizo todo cuanto procesalmente estaba a su alcance para acreditar”. No se llevó a cabo la práctica de la prueba, tanto en primera como en segunda instancia, siendo imputable al órgano judicial la indefensión material de la parte, acreedora en consecuencia del amparo constitucional¹⁴.

5. El derecho a la prueba no trata exclusivamente del poder jurídico del que dispone un litigante para llevar al proceso aquellos medios probatorios, enumerados o no, que permitan obtener la convicción juzgadora. También incluye la adquisición procesal del resultado de la prueba practicada y el derecho a intervenir en la práctica de los medios de prueba instados por la contraparte o decididos de oficio por el tribunal¹⁵.

Las normas sobre prueba participan de la naturaleza procesal de forma inevitable, en tanto sus consecuencias jurídicas se dirigen al proceso. Obvia decir, pues, que estudiamos la prueba procesal, no la material que puede utilizarse en otros ámbitos.

6. Los hechos expresamente admitidos por las partes son una porción incontrovertida de la base fáctica del objeto procesal y, como regla general, se encuentran exentos de prueba en procesos civiles de objeto disponible. En efecto, en estos casos son las partes quienes delimitan la controversia litigiosa, los hechos que la provocan y los que no. Si la admisión es tácita también se plantea la exención probatoria, discu-

14. STC 37/2000, de 14 de febrero, FD 4º.

15. Por todos, Michele TARUFFO, “Il Diritto alla prova nel processo civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, ottobre-dicembre 1984, núm. IV, pp. 98 y s.

tiendo cuando es oportuna su determinación judicial. La audiencia previa es, en el juicio ordinario, y la vista, en el verbal, el momento procesal en que se propone prueba, pero ello es así porque inmediatamente antes las partes han delimitado el objeto del proceso controvertido bajo la dirección del juzgador. De ahí que, en aplicación de los artículos 426.6 y 428.1 LEC, sea en esa audiencia –o en la vista– cuando el juez determina qué hechos son necesarios probar y cuáles no.

Recuérdese que también los hechos no controvertidos pueden tener relevancia para resolver la causa. Forman parte, de ese modo, del objeto del proceso. Palmario ejemplo aquel donde nadie discute los hechos sino la aplicación del Derecho a los mismos, permitiendo dejar el pleito visto para sentencia al concluir el acto de audiencia previa (artículo 429.8 LEC).

7. Si existiera cualquier duda sobre el carácter pacífico o controvertido de algún hecho, más vale asegurar su prueba aunque luego al valorarla –sobre todo tras oír las conclusiones de las partes, en el juicio ordinario–, descubra el juzgador la innecesariedad del medio probatorio. Se habrá producido un mayor coste del proceso y acaso un incremento de su duración, preferibles empero a una insuficiencia probatoria difícil de solventar al momento de dictar sentencia, sobre todo porque sin una proposición probatoria previa es difícil encajar los requisitos de una diligencia final –de nuevo en el juicio ordinario exclusivamente–.

8. El Derecho extranjero –por no ser interno– y la costumbre –por no ser escrita– deben alegarse y probarse. Habrá exención de prueba –por inútil– cuando el juez tenga conocimiento de lo alegado. También –por innecesaria, aunque viable– si las partes están conformes con la existencia y contenido de la costumbre (artículo 281.2 LEC). Ello no obstante, como sea que la costumbre, igual que el Derecho extranjero, no es un hecho sino fuente de Derecho, el juzgador se desprende de cualquier vinculación y podría, pese a la aludida conformidad, admitir el medio de prueba sobre la costumbre para poder aplicarla, siempre que no sea contraria al orden público.

Ahora bien, dado el conforme no será lógico que los litigantes propongan prueba, por lo que aunque el artículo 281.2 LEC refiere simplemente su falta de necesidad, el juez podrá utilizar la facultad del

artículo 429.1 LEC por entender, curiosamente, que sí es necesario. Las partes seguirán siendo libres, sin embargo, de mantener su negativa sobre la proposición de prueba de la costumbre alegada y conforme. Con todo, el problema para el juzgador no existe en realidad, sobrando la opción conferida por el artículo 429.1 LEC: la costumbre es fuente de derecho y como tal puede ser estudiada privadamente por el sentenciador. Este estudio puede concluir en la incorrección de lo alegado por los litigantes, y como acaso tal conclusión puede provenir de una aproximación deficitaria, cuando el juez traslade sus dudas a las partes será aconsejable proponer la prueba pertinente para evitar ese riesgo final.

9. De otro lado se asegura que no es aceptable la infracción de normas cuando excediera el plazo para la práctica de la prueba pericial, por cuanto ese particular no se considera indefensión para el litigante perjudicado, esto es, el proponente de la pericia que resulta admitida.

Es cierto que con el nombramiento del perito el juzgador señalará un plazo de entrega que el perito deberá cumplir (artículo 346 LEC), pudiendo este último advertir dificultades de tiempo que permitan aplazar la entrega, pero no por encima del tiempo que quede para practicar la prueba admitida, salvo supuestos que permiten la suspensión del curso del procedimiento.

10. La verdad material ha sido y sigue siendo elemento central de muchos planteamientos dogmáticos sobre la prueba. Con razón se ha asegurado que la verdad es única, sin que quepan distinciones naturalísticas entre la que es formal y la que es material. Cuando un hecho ocurre ha tenido lugar de una sola manera, por mucho que las perspectivas de la realidad no sean absolutas y, de hecho, sería imposible que un solo minuto después obtuviéramos un relato idéntico de ese hecho por cada uno de quienes lo presenciaron. Cuando el transcurso del tiempo hace mella y siquiera se dispone de una pluralidad de testigos presenciales sino que hay que recurrir a otros medios de prueba, la posibilidad de recuperar la *verdad* del hecho deviene más complicado. Y como quien debe plasmarla para sobre ella aplicar el Derecho no podrá haber participado ni presenciado los hechos (está prohibido el conocimiento privado del juez) más difícil resultará pretender que ese tercero alcance a describir esa verdad.

De este modo, más lógico es pretender que el juez se aproxime lo más posible a la auténtica verdad o lo materialmente sucedido, y establezca la verdad que, a efectos procesales, será lo que valga para resolver la causa litigiosa. En fin, desde el mismo momento que el hecho se produce, la posibilidad de plasmar la verdad *material* constituye una quimera, una hipótesis imposible de alcanzar, por lo que debe reconocerse que la verdad reflejada en las sentencias sólo puede ser artificial.

Además, debe tenerse presente que los hechos no aportados al proceso por las partes no existen en la causa —el juez civil no es inquisitivo—. Cuanto más corta sea la distancia entre la verdad formal o procesal y aquello que realmente ocurrió, más justa podrá ser la aplicación del Derecho. Abandonando la verdad y su mito se asume la certeza como función de la prueba, definiéndose esta última como la actividad procesal que tiende a conseguir certeza juzgadora sobre los datos aportados por las partes¹⁶.

1.2. Concepto y delimitaciones del perito

1. Sinónimo del término “perito” es “experto”, que en el ámbito judicial excluye la materia jurídica, de la que ya es experto el propio juez. El particular apunta el carácter auxiliar del perito, con independencia de que se afirme o se niegue su concepción probatoria. Se despliega por cualquier rama de la ciencia, el arte, la técnica o incluso la práctica que, aunque difícilmente, pudiera imaginarse ajena a una ciencia, un arte o una técnica. Su función en el proceso se dirige al conocimiento o apreciación de hechos con influencia en el pleito y que precisan de su saber especial¹⁷, con el objetivo de contribuir a la formación de la convicción juzgadora con la que se debe resolver el litigio¹⁸. La resolución a que se

16. Juan MONTERO AROCA, “Capítulo 12º. La prueba (I). Concepto, objeto y carga”, en *El nuevo proceso civil* (con otros autores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001², p. 305.

17. Leonardo PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, *Derecho Procesal Civil*, Edersa, Madrid, 1968.

18. Jaime GUASP DELGADO, *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, p. 394.

hace referencia lo es en el aspecto fáctico, pues como ya se ha adelantado el jurídico corresponde al juez en exclusiva.

2. Se trata de una persona física o jurídica ajena al proceso. No es parte, pues, sino tercero, y no acude a la causa como testigo presencial de los hechos litigiosos. Pero esta aseveración debe matizarse. Imagínese el defecto de la construcción de un edificio o el déficit mental generador del error negocial. En estos ejemplos el perito se conduce hasta una realidad de la vida, que presenciara como *hecho*, sea físico (la ruina, el defecto) sea psíquico (el retraso mental del contratante). El curso causal de la intervención pericial sirve para distinguir al perito del testigo. Este presenciara la construcción defectuosa o sabe de la compra de materiales en mal estado o conoce los efectos (ruidos, goteras, etc.). Muchos de esos datos podrá verificarlos el experto, sin embargo, el perito se introduce en el proceso con una propuesta probatoria que implica la preexistencia de aquél. El testigo preexiste al proceso. Punto de confusión es el del perito extrajudicial, que en puridad se incorpora al proceso después de la iniciación de éste, como no puede ser de otra manera, pero que ha realizado su actividad con anterioridad a él. No es argumento suficiente que, en muchos casos, la contratación privada y extrajudicial del experto venga ordenada a un proceso posterior. Esto sentado, habría casos en que un testigo habrá visto lo mismo que un perito, con la diferencia que las valoraciones del segundo son imposibles para el primero salvo en el supuesto del testigo-perito. Más adelante se retomará el problema que puede generar esta última figura jurídica.

3. El peritaje individual es el realizado por un solo perito, persona física, mientras que el colegiado es el peritaje elaborado por varios expertos, equipo que puede construirse por profesionales de una misma disciplina o resultar de composición heterogénea, bajo la simple unión de personas físicas o configurándose bajo la forma de una persona jurídica. Normalmente, los peritajes de Academias e Instituciones culturales y científicas son peritajes colectivos o colegiados, que provienen de personas jurídicas y suelen definirse como corporativos. Se trata de entidades “que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia”. De todos modos, el artículo 340.3 LEC ya prevé que las personas jurídicas indicarán qué persona o personas naturales prepararán materialmente el dictamen, sujetos estos últimos quienes cumplimentarán el juramento o promesa inviable para una institución.

Diferencia de interés es que el resto de personas jurídicas precisarán de una habilitación legal para poder peritar en los tribunales, sin que la ley distinga para ello entre personalidad pública o privada.

1.3. Capacidad pericial

1. Se afirma preciso que el experto ostente el título oficial que acredita su conocimiento especialmente, siempre y cuando sea aquél existente, por lo que es posible la peritación a cargo de expertos sin titulación por ser ésta inexistente.

Algunos autores afirman que no tiene importancia que el experto posea un título oficial que le faculte para ejercer la profesión, y que aunque la ley prefiera el perito titulado bastará que sea un entendido en la materia¹⁹.

No obstante, esta situación presenta un problema de fondo relacionado con el intrusismo. El artículo 403 CP tipifica como delito la conducta de quien “ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente”. Y sólo reduce la penalidad cuando la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título. Por su parte, como falta penal el artículo 637 CP castiga al que “usare [...] se atribuyere públicamente la cualidad de profesional amparada por un título académico que no posea”. De este modo, no podrá negarse que, existiendo título académico²⁰ o título oficial sobre una determinada materia artística, científica, técnica o práctica, la falta de titulación impide el asesoramiento experto salvo que se invada el ámbito profe-

19. Juan Luis GÓMEZ COLOMER, “Capítulo 15º. La prueba (IV). Prueba y reconocimiento judicial”, en *El nuevo Proceso Civil* (con otros autores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001², p. 361.

20. Sobre éste v. SsTC 111/1993, 274/1994 y 130/1997, así como la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/96, de 20 de diciembre.

sional natural de los titulados a los que legítimamente se les reserva y protege²¹. Y si bien el artículo 340 LEC impone (“deberán”) el “título oficial” es correcto asimilarlo al “académico”, porque se trata de distinguir entre titulados y no titulados.

Y al igual que este último precepto, nada menciona el Derecho penal sobre la colegiación, con independencia de las consecuencias prácticas y acaso las responsabilidades administrativas que pudieran deducirse (un arquitecto no colegiado no podría obtener visado colegial para sus proyectos). Por poner un ejemplo, no podrán realizarse actos propios de un psicólogo cuando se posee un diploma de asistencia a unos pocos cursos siquiera reconocidos (STS de 18 de noviembre de 1991). Pero no habría inconveniente si se realizaran todos los estudios de la titulación en Psicología y todavía no se expidió el título correspondiente al que se tiene derecho (STS de 4 de marzo de 1988).

2. En absoluto se requiere la colegiación profesional del perito, cuando su profesión permita la colegiación. Que se pretenda sostener un mayor valor a un dictamen pericial emitido por un colegiado, supone una circunstancia injustificable en la medida que la colegiación obligatoria se orienta a las normas privadas del ejercicio profesional y no se recoge en el ámbito de la colaboración con la justicia. Es cierto que la actuación pericial en el ámbito judicial, cuando se trata de expertos privados, acaba por ser una actividad privada que como tal se cobrará, sin ningún control colegial de tipo deontológico ni gasto adicional para el experto relativo a cuotas del respectivo colegio. El control disciplinario desaparece pero se mantienen el resto de responsabilidades jurídicas (civil, penal), mientras que el desahogo de las meritadas cuotas puede abaratar el coste del profesional por mucho que el mismo actúa en ventaja de sus colegas colegiados y el prestigio de la profesión.

3. Las personas jurídicas y las entidades públicas también pueden *informar* por escrito, pero tal cosa se ubica en la práctica de la

21. Se encuentra abundante jurisprudencia en el campo de los actos médicos; SsTS de 7 de marzo de 1983, de 23 de enero de 1984, de 7 de junio de 1986, de 31 de octubre de 1986, de 28 de septiembre de 1992, etcétera.

prueba testifical. Por mucho que algunos lo consideren un peritaje *sui generis*, debe afrontarse que será el objeto del *informe* y el objeto del *dictamen* (siguiendo la terminología legal) lo que distinguirán el *testimonio del peritaje*, con independencia de que el origen de ese informe o de ese dictamen pueda nacer de una misma entidad. Por ejemplo, un determinado departamento de la Facultad de Psicología de una Universidad pública podrá emitir un informe escrito que refleje determinados hechos como lo haría cualquier persona física que testificase oralmente, pero también un dictamen que valore o exponga esos mismos hechos bajo el prisma del conocimiento especializado que le corresponde. En el primer caso se tratará de un medio de prueba testifical beneficiado por el privilegio de la entrega escrita, donde sin embargo no sea posible, o simplemente resulte innecesario, “individualizar en personas físicas determinadas el conocimiento de lo que para el proceso interesa” (artículo 381 LEC). En el segundo supuesto un peritaje que, no se olvide, puede comportar la presencia física de alguno o todos los miembros del meritado departamento universitario en virtud del artículo 347.1 LEC, sin que la actividad desempeñada equivalga a la testifical de esa entidad “en cuanto tal”.

Una tercera alternativa estaría en la copia de un documento en poder de la entidad, sin mediar informe ni dictamen alguno, pues aquel funcionaría como lo que es: un medio de prueba documental que se introduciría en el proceso. Desde un primer momento si la parte proponente puede acceder al documento, a través del requerimiento previa instancia oportuna, si no fue posible la adquisición del litigante (artículos 328, 330 y 332 LEC).

4. Pueden peritar los colegios profesionales de abogados ex artículo 4 EGAE, cosa que suele ocurrir en los procedimientos declarativos ordinarios donde el letrado reclama sus honorarios profesionales²². Esto ocurrirá habiendo prescindido el profesional del procedimiento sumario de jura de cuentas, que a diferencia de los anteriores no concluye con eficacia de cosa juzgada material (artículo 35.2 i.f.).

22. También es posible aplicar el artículo 381 LEC (prueba testifical por informes, en este caso colegiales).

La normativa de referencia comienza con el artículo 5.h de la ley 2/1974, de Colegios Profesionales. A su vez, las normas autonómicas acogen con algunas modificaciones o sin ellas, el mismo contenido: artículo 19.ñ Ley 10/1990, de 23 de mayo, del Parlamento de Canarias sobre Colegios Profesionales; artículo 13.d Ley 19/1997, de 11 de julio, de Colegios Profesionales de la Comunidad de Madrid; artículo 9.g Ley 4/1999, de 31 de marzo, de Colegios Profesionales de La Rioja; artículo 7.g Ley 6/1999, de 4 de noviembre, de Colegios Profesionales de la Región de Murcia; artículo 10.ñ de la Ley 1/2001, de 16 de marzo, de Colegios Profesionales de Cantabria; artículo 9.q Ley 11/2001, de 18 de septiembre, de Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Galicia. Aparte son de aplicación las normas de los propios colegios profesionales.

5. Los organismos y corporaciones de naturaleza pública, estatal, autonómica o local, también efectúan dictámenes periciales con frecuencia, aunque sobre todo en ámbitos penales especializados que además funcionan bajo el régimen de gratuidad para los litigantes. Son ejemplos los gabinetes de policía científica de la Guardia Civil, el Cuerpo Nacional de Policía o los Cuerpos de Policía autonómica, el Instituto de Medicina Legal, el Instituto Anatómico forense, el Instituto Nacional de Toxicología y los Hospitales Clínicos.

Téngase presente, sin embargo, que la utilización del experto forense al servicio de juzgados y tribunales, tendrá lugar bajo la designación judicial en supuestos de justicia gratuita, a modo de servicio público. Fuera de esa hipótesis, por regla general la designación del juez (salvo que sea de oficio), y por supuesto la designación *ex parte*, no puede dirigirse a un experto que sea funcionario.

En este sentido “los médicos forenses son efectivamente, funcionarios, al servicio de la Administración de Justicia, no de las partes. Así se deduce de la regulación del Cuerpo que se contiene en los arts. 497 y sigts. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, singularmente, del art. 498 en cuanto expresa que los médicos forenses desempeñarán funciones de asistencia técnica a los Juzgados y Tribunales en las materias de su disciplina profesional. Con precisión absoluta así se desarrolla hoy en el art. 1.2 del Reglamento Orgánico de los Médicos Forenses, publicado por Real Decreto 296/1996, de 23 de febrero.

Los arts. 1.3 y 47 del Reglamento establecen su dependencia del Instituto de Medicina Legal. Se trata, en consecuencia, de un Cuerpo de profesionales médicos, que ostentan la condición de funcionarios públicos y de autoridad (art. 32), que, en su cualidad de personal al servicio de la Administración de Justicia, prestan asistencia técnica a los Juzgados y a los Tribunales. Como tales funcionarios no intervienen en los pleitos civiles, procesos de libre disponibilidad de las partes donde se dilucidan intereses privados. Incluso el art. 50 del Reglamento sujeta al régimen de incompatibilidades de tales funcionarios el ejercicio de "cualquier actividad pericial privada". Consiguientemente, la denegación de la prueba pericial médico-forense fue ajustada a derecho y no produjo indefensión a la parte proponente por cuanto la misma bien pudo haber solicitado la intervención pericial de cualquier otro profesional privado, según autoriza hoy el art. 339.2 de la LEC., y autorizaba en su momento el art. 611 de la antigua Ley procesal"²³.

6. Quepa anotar, por último, que en ocasiones la inercia del litigante conduce a que acompañe su demanda con documentos que tilda de peritajes, cuando, acaso siéndolos, no se enlazan con su auténtico autor. Nos referimos a los tan acostumbrados presupuestos de reparación de automóvil u otro tipo de objeto cuyos daños se reclamen. Si se trata de una relación bienes-costes elaborada por el perito de la compañía aseguradora faltará, normalmente, cumplimentar las prescripciones del artículo 335.2 LEC. A veces se propone, incluso, como medio de prueba documental, igual que ocurre con las facturas de reparación o los presupuestos previos. Pero sobre esto último no es extraño que se cite al trabajador del taller de reparaciones donde se presupuestó o se facturó, o al representante legal de ese taller, cualificándolo de perito.

Más allá de lo discutible que sería considerar un simple presupuesto o factura como dictamen pericial, quien acude al juzgado siquiera habrá confeccionado el documento, por lo que como máximo podrá manifestar la autenticidad del mismo, pero nunca ratificar o explicar su contenido en el sentido que lo haría el autor.

23. STSJ Cataluña de 16 de octubre de 2003, FD 5º (EDJ 128379).

7. Ocurre algo similar cuando comparece ante el juzgador el legal representante de una empresa consultora (sea de economistas, de psicólogos, etcétera) que efectivamente ha elaborado un dictamen pericial. El representante podrá afirmar que el dictamen es de su despacho profesional, pero no siendo el autor o uno de los autores jamás podría manifestarse sobre su contenido, ni por supuesto ratificarlo.

I.4. Problemas sobre la determinación del experto en concreto

1. A la vista de la jurisprudencia se observa que el tribunal ostenta un cierto margen de libertad en la determinación del tipo de perito designado judicialmente. Aun cuando las partes hayan propuesto una determinada cualificación, el juzgador puede considerar más conveniente otra distinta, por ejemplo un arquitecto técnico en vez de un arquitecto superior. El cambio no sólo puede afectar el coste de la pericia, elevándolo o disminuyéndolo, sino también los resultados de la misma, más o menos adecuados según sea más o menos ajustada la elección del experto en el caso concreto.

2. Es lícito que el órgano judicial advierta a la parte proponente que el medio de prueba elegido (por ejemplo la pericial a cargo de un ingeniero de telecomunicaciones) puede resultar inútil para evaluar el desprendimiento de una viga en un puente, y que lo aconsejable para ese tipo de tarea sería optar por un ingeniero de caminos, canales y puertos. Una vez propuesta la prueba el juzgador dispone de la vía del artículo 429.1 LEC para actuar de ese modo y acaso conseguir su propósito, en el sentido de advertir a las partes cómo, a través del perito propuesto (el ingeniero de telecomunicaciones) no se conseguirá prueba sobre el objeto pericial pretendido. Pues se advertirá la necesidad, más que obrar la sustitución de un perito por otro, de proponer la pericia del segundo experto. Obvia decir que si la parte opta por seguir la recomendación del juez procede la retirada de la proposición probatoria reconocida como errónea. Y nótese que el propio experto designado puede rechazar el cargo por no considerarse capaz de afrontar el objeto de la pericia, incluso cuando dentro del marco de una misma disciplina carezca de la especialización necesaria. A su vez, el juez es libre de inadmitir directamente el medio de prueba pericial en tanto lo

considere inútil, tal y como se ha planteado, en el ejemplo porque un ingeniero de telecomunicaciones para nada servirá a la vista del objeto pericial que el litigante interesa se analice.

La propuesta juzgadora efectuada al amparo del artículo 429.1 LEC tiene lugar cuando las partes propusieron toda su prueba, pero antes de que el juez la admita o no, de ahí que acoger la opción planteada por el juez impondría, en el ejemplo expuesto, retirar la propuesta del perito equivocado. Para quienes el juez debe admitir o no la prueba antes de pronunciarse sobre si faltan o no medios de prueba, la parte ya tendría en su haber una decisión judicial sobre el perito erróneamente propuesto, que si se denegó supondría renunciar tácitamente al recurso de reposición (en el juicio ordinario) o a la protesta (en el juicio verbal), y que si se admitió comportaría la renuncia expresa del medio de prueba, que al no haberse practicado no permite la adquisición procesal de su resultado por la parte contraria, quien por consiguiente nada podría manifestar al respecto.

Como se adelantaba al principio, algunas sentencias de nuestro Tribunal Supremo concluyen que el órgano judicial puede proceder al cambio del profesional *motu proprio*²⁴, lo que en principio parece discutir la autonomía de la proposición probatoria y enlaza críticas contra el voluntarismo judicial en determinados aspectos.

3. Se trata de planteamientos para los que el juzgador está vinculado al tipo de prueba propuesta –la pericial en ese caso– y al objeto pericial que se pretende estudiar, valorar y apreciar. Pero el mecanismo para conseguir llevar a efecto el peritaje, por ejemplo a través de una determinada elección de experto, resulta discrecional para el órgano judicial, que puede aceptar el propuesto *ex parte* para su designa o escoger otro distinto.

Llevada esa potestad judicial a sus últimas consecuencias, cuando las partes proponen una designación pericial no judicial, que aún no ha tenido lugar, igualmente podría el juez modificar la cualificación del

24. Por ejemplo STS de 13 de febrero de 1990, citada por Miguel LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, *La prueba pericial. Guía práctica y jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2004², p. 34.

experto, por entender que la potestad dispositiva y de aportación de parte se limita al medio de prueba en abstracto y su objeto, mientras que el resto le corresponde²⁵.

Pero aunque operase exclusivamente en el ámbito de la designa judicial, toparía con las reglas de la proposición probatoria desde el momento en que ninguna parte puede solicitar un perito faltando la oportuna singularización de su pericia, sin que por tanto quede al albedrío de otros la concreta técnica, ciencia, práctica o arte que se precisa a través de una mera descripción del objeto pericial.

Recuérdese que la defectuosa expresión de la prueba pericial interesada puede suponer la inadmisión de su propuesta. La jurisprudencia establece que “una prueba pericial tendente a comprobar la concurrencia de tales datos [propios del objeto procesal debatido] es en principio pertinente. Pero en los términos en que se propuso en la instancia su resultado hubiera sido el acreditamiento de la situación en el momento de la práctica de la prueba y no en el momento de la elaboración del planeamiento. En consecuencia y por razón de su irrelevancia ha de entenderse ajustada a derecho la denegación de la prueba pericial propuesta, sin que por tanto se aprecien las vulneraciones denunciadas”²⁶.

4. La posibilidad de que no fuese la parte quien determinarse el conocimiento especializado que se precisa constituiría una auténtica excepción de aplicación restrictiva. Radicaría en aquellos supuestos donde se defiende que el litigante no puede acompañar el dictamen pericial junto con sus alegaciones iniciales porque desconoce qué perito debe ocuparse de su elaboración, amparándose con ello una excepción al artículo 265.1.4 LEC²⁷.

Debe distinguirse aquí entre la ignorancia sobre el tipo de pericia necesaria y el desconocimiento del experto en concreto, sea persona

25. La excepción es ineludible cuando el dictamen ya está confeccionado y se aporta a los autos, quedando el juez con la competencia de admitir o inadmitir, previo planeamiento de medios de prueba necesarios a su entender (artículo 429.1 LEC).

26. STS (Sección 5ª de la Sala 3ª) de 14 de octubre de 1994, FD 3º (EDJ 8905).

27. Miguel LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, *La prueba...*, cit., p. 72.

física o jurídica. En el primer caso podría considerarse que el medio de prueba propuesto es indeterminado y, de ese modo, incompleto, de la misma manera que resultaría absurdo solicitar la práctica de un testimonio sin indicar qué testigo debe deponer. Podría decirse que el peritaje es cuestión diferente porque no depende de un sujeto que haya presenciado los hechos sino de cualquier experto en determinado conocimiento. Precisamente, la determinación exigible es ese conocimiento científico, artístico, técnico o práctico, para eludir la denegación de un proponente que no sabe lo que quiere. En el segundo supuesto cabe argumentar que la parte puede acudir por sí misma a la asociación o colegio profesional del que luego el juzgado se serviría para designar judicialmente, con el inconveniente que aquellos pudieran poner trabas a la solicitud de información sobre sus asociados o colegiados, incluso respecto a la lista de los mismos enviada anualmente a los juzgados y tribunales.

5. Consideramos que el método, sistema o análisis concretos para efectuar una pericia corresponden al experto, encontrándose en el ámbito de su propia responsabilidad profesional y bajo la obligación de llegar a cumplir con el objetivo encomendado, pero la determinación del tipo de pericia no puede estar a cargo del tribunal, limitado a la admisión o inadmisión del medio de prueba y, con mucho, a plantear a las partes la necesidad probatoria (artículo 429.1 LEC).

II. Derechos del perito

1. Al margen de los derechos de signo económico, a estudiar en la segunda parte de esta obra, donde se incluirá la provisión de fondos y el pago de honorarios y gastos desembolsados relacionados con la actividad pericial, se acumulan una serie de facultades y derechos bien heterogéneos, que a veces pueden resultar incluso anecdóticos en la práctica. En particular destaca el correcto entendimiento del secreto inherente a todo profesional, pero diluido cuando actúa como perito; y el derecho de propiedad intelectual del experto actuante en juicio.

2. La ley 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos, dirige su aplicación a las causas criminales en exclusiva (v. su artículo 1.1). Es evidente que alguna protección obtiene el experto en el proceso civil, pero el cauce protector se filtrará a través de las medidas cautelares que se soliciten y concedan en el seno de un proceso penal en el que el perito, sea o no parte comparecida, tendrá la cualidad de presunta víctima. Es decir, si por ejemplo se amenazase al perito de la causa civil, como medida cautelar en el proceso penal incoado por la dicha amenaza se operará la salvaguarda que el juez de instrucción, y en su caso el juez juzgador penal, consideren procedentes.

3. Otras facultades, de menor entidad, radican en la excusa de aceptar el cargo y la protección del prestigio profesional.

II.1. Excusa para aceptar el cargo designado

1. La excusa o no aceptación del cargo exime de la genérica obligación de colaborar con la Administración de Justicia, y salvo en aquellas circunstancias en que se convierte en deber, como luego veremos, es una facultad de libre uso.

2. Cualquier causa que se alegue debe justificarse suficientemente, pero no existe un listado de las mismas. Desde una perspectiva casuística, con menor o mayor flexibilidad en el criterio del juzgador, puede incluirse el exceso de trabajo, la celebración de la propia boda, eventos personales o familiares de similar significación, que el encargo sea ajeno a la especialidad de conocimiento o práctica desempeñada, que el perito haya de ausentarse del lugar del juicio o del país, que sufra un accidente o enfermedad o lo sufran sus allegados, etcétera.

3. En el terreno de la excusa no deja de ser curioso que el perito deba aceptar el cargo en primer lugar y después se le indique el motivo de la pericia y el objeto del peritaje. De ese modo nunca podría el experto rechazar la designa en razón, por ejemplo, a la falta de especialidad o conocimientos que se le reclaman desde el juzgado, pues descubre la exigencia *a posteriori*. El orden teórico, por consiguiente, debería ser alterado por lógica o, con mucho, considerar que, en su

caso, se sucede una causa sobrevenida de no aceptación, aquélla derivada del nuevo conocimiento del experto respecto a qué se pide o espera de él. En la práctica el problema queda solucionado porque el perito suele conocer qué está aceptando, pues recibe la designa judicial junto con lo pretendido por las partes, o por el juzgador cuando se trata de una decisión de oficio.

4. Por su parte, el derecho de acogerse a la causa de exención cuando no se haya cumplido con la provisión de fondos solicitada y judicialmente acordada, recibirá el tratamiento de una renuncia. Ello es así en tanto el experto habrá tenido que aceptar el cargo con antelación y ser nombrado perito formalmente, porque si no lo es resulta imposible pedir provisión.

II.2. La salvaguarda del buen nombre

1. Todo perito tiene derecho a mantener su prestigio profesional, pero sólo los designados por las partes, únicos que pueden ser tachados, tienen la facultad de exigir que se limpie cualquier duda sobre la objetividad e imparcialidad en el ejercicio de su función pericial, que no deja de ser un aspecto importante de su profesionalidad.

2. Una vez dictada sentencia que pone fin a la instancia, el perito que se considere injustamente tachado puede solicitar que el juez resuelva sobre el particular en el sentido de declarar que obró correctamente. En efecto, “si la tacha menoscabara la consideración profesional o personal del perito, podrá éste solicitar del tribunal que, al término del proceso, declare, mediante providencia, que la tacha carece de fundamento” (artículo 344.1 II LEC). El juzgador resolverá “sin más trámites”.

3. En sentido propio el juez no mantiene la competencia objetiva después de haber dictado sentencia definitiva, cerrar la instancia y su labor declarativa ordinaria, pues la providencia se dictará junto con la sentencia a la vista del artículo 344.2 LEC. Es innecesario hacer mención a las costas generadas por la petición del perito y la providencia a dictar, pues el único gasto es el propio del perito al solicitar por escrito, sin necesidad de postulación alguna, y de la Administración de jus-

ticia al resolver. Si existiera algún tipo de actuación incidental añadida, por ejemplo alguna comparecencia, acaso podría discutirse la necesidad de imputar su coste²⁸.

4. Cuestión diversa es que si se “apreciase temeridad o deslealtad procesal en la tacha, a causa de su motivación o del tiempo en que se formulara, [el juez] podrá imponer a la parte responsable, con previa audiencia, una multa de 60 a 600 euros” (artículo 344.2 LEC in fine). El particular puede tener lugar tanto en razón de la petición del experto como a consecuencia de una decisión judicial individual, pues mientras la motivación de la temeridad o la deslealtad pueden vincularse a la injusticia de la tacha, nada tendría ésta que ver con una actuación voluntariamente extemporánea, por mucho que tal actuar resulte contrario a la buena fe y sea tildado de desleal o temerario.

II.3. Apreciaciones sobre el secreto profesional

1. Como regla de principio es preciso aclarar que el profesional dispone de la facultad de alegar secreto profesional en el proceso civil, conformado éste como un *derecho* propio que se apoya en una obligación subyacente, el *deber* de confidencialidad para con el cliente. El sujeto es libre, pues, de usar o no su derecho al secreto, aceptando las consecuencias jurídicas que, en el terreno de la responsabilidad deontológica, civil e incluso penal, encierra la vulneración del deber de confidencialidad de su cliente. De este modo, el profesional de la Medicina, el Derecho, las Finanzas, o cualquier otra disciplina, cuando sea llamado como testigo precisaría de la autorización de su cliente para desprenderse del secreto (no usar su derecho) a fin de no infringir la confidencialidad (el deber).

2. Al margen de las hipótesis referidas a las materias reservadas, que precisan un tratamiento especialísimo (artículo 371.2 LEC), como

²⁸. Si bien el artículo 344.2 LEC nada expresa al respecto, algunos autores sostienen que previamente a resolver la petición del tachado procede la audiencia de la parte que planteó la tacha, Miguel LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, *La prueba...*, cit., p. 79.

régimen general se establece que “cuando, por su estado o profesión, el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interrogue, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho...” (artículo 371.1 LEC).

Sin embargo, cuando el sujeto es requerido como perito, desaparece el vínculo de confidencialidad existente en el ámbito de las relaciones profesional-cliente, con lo que ineludiblemente pierde base la posibilidad de alegar secreto profesional.

3. En el ámbito sanitario la materia ofrece problemas muy interesantes, partiendo de las distintas concepciones que se forman sobre el profesional en cuanto tal (los fines de salud, la idea de curar, el principio hipocrático del *non nocere*) y el perito auxiliador en particular (los fines legales, por ejemplo de la medicina forense). De todos modos, en este último funciona todo un cuerpo de principios éticos y directrices de especial valor²⁹. En efecto, aunque el médico actúe como perito y carezca del derecho de secreto, habrá de aconsejar e informar al sujeto evaluado del propósito de la intervención pericial, del destino y uso de los resultados de esa intervención y de las posibles repercusiones de la evaluación, extremo este último en el que puede necesitar el auxilio judicial. Con todo esto la confidencialidad de la que hablábamos sigue salvaguardada, en el bien entendido que el sujeto explorado o pericialmente estudiado puede colaborar voluntariamente o negarse a ello.

4. Junto con el derecho a la información sanitaria, es un rasgo básico de la LBRAP la intimidad del paciente. El primer concepto refiere a saber o a no querer saber (las limitaciones aparecen con ciertos diagnósticos que puedan conducir a la destrucción psíquica o respecto de terapias electro-convulsivas). Y sólo cuando el paciente lo permite informar a personas con él vinculadas, si bien operan dos tipos de restricciones: por necesidad terapéutica acreditada (con constancia docu-

29. J. LADD, “Legalism and Medical Ethics”, en *Contemporary Issues in Biomedical Ethics* (con otros autores, J. W. Davis y B. Hoffmaster editores), The Human Press, New Jersey, 1978, pp. 1 y ss.; J. GUNN y P. Taylor, *Forensic Psychiatry: Clinical, Legal & Ethical*, Butterworth/Heinemann, Oxford, 1993.

mental) y tratándose de información para colectivo o sujeto individual, siempre y cuando haya riesgo para la salud (infecciones a terceros).

En el segundo concepto partimos de la ubicación constitucional del derecho fundamental y la jurisprudencia constitucional que coloca el parentesco, las razones religiosas, ideológicas, raciales, de salud o profesionales dentro de las relaciones afectivas y sexuales y la esfera de la confianza. En este ámbito el secreto médico, como derecho, se vincula a la confidencialidad que protege la intimidad, como deber propio del derecho del paciente.

5. Incluso antes de quebrar el derecho al secreto a causa del peritaje, ya se producen dilemas que favorecen la vulneración de confidencialidad: los malos tratos, el desamparo y custodia de niños, las relaciones de padres y tutores con sus hijos o pupilos menores o incapaces o adolescentes con trastornos de conducta, problemas con el sexo o las drogas.

Pero el dilema más importante en lo que ahora nos interesa se alcanza con los requerimientos judiciales que buscan información sin siquiera convertir al requerido, no ya como perito, sino siquiera como testigo. La reserva debida funciona como regla, mientras que las excepciones precisan de justificación específica, pasando por la segunda opinión para negociar con el paciente, la discusión colegiada en sesión clínica o la consulta al Comité de Ética que corresponda. Existe un especial deber de secreto respecto de la historia clínica de cualquier paciente, y el centro sanitario no puede abrir sus archivos vulnerando con ello el secreto (como derecho) de un profesional persona física. El problema se plantea cuando existe una autorización judicial a ese respecto, formalmente justificadora y que por demás elude inconvenientes relativos a la Ley de Protección de Datos.

II.4. En particular: la propiedad intelectual del experto actuante en juicio

1. En relación con las obligaciones de elaboración y entrega, se ha planteado que a la vista del artículo 13 LPI los informes y dictámenes forenses incorporados a los autos pasan a considerarse como las resoluciones judiciales.

Es lo cierto que los dictámenes de los organismos públicos se citan expresamente en ese artículo 13 LPI, acaso comprendiendo dictámenes periciales emitidos por personas jurídicas públicas. Mas parece, sin embargo, que el término *dictámenes* equivalga en ese caso a *resoluciones*. Pero lo que no tiene sentido es generar excepciones a la regla general del artículo 11 LPI, donde se protegen *todas* las creaciones originales literarias, artísticas o científicas, a base de la incorporación de las mismas a una resolución judicial.

2. Si la actividad pericial comporta una creación científica original, igual que si lo es la tesis del letrado actuante en un pleito, nada importa que el juzgador incorpore una u otra a su resolución. No por ello perderá el autor del peritaje o del argumento jurídico originales su derecho a la protección intelectual. Ocurre sin embargo que tal pericia o argumento van dirigidos, precisamente, a la utilización juzgadora, por lo que no tendría sentido que el uso de los mismos por el juez supusiera, por ejemplo, el devengo de derechos de autor, extremo que tampoco sería lógico en resoluciones de pleitos posteriores por cuanto se asume que desde el primer momento entró en juego la posibilidad de formar jurisprudencia, aunque sea “menor”.

Ello no obstante, la protección jurídica de ese peritaje o de ese alegato jurídico original se mantiene porque el derecho de propiedad intelectual sigue vivo aunque las sentencias y autos carezcan de la misma protección. Otra cuestión sería discutir sobre el uso de las recopilaciones o bases de datos elaborados sobre las resoluciones judiciales.

3. En resumen, no puede aceptarse que cuando se emitan en el proceso las tesis del abogado director del procedimiento o de los dictámenes o informes forenses, dejen de ser objeto de propiedad intelectual porque han sido incorporados a una resolución judicial³⁰. Piénsese que un juez redacte su sentencia citando a un literato o, como puede ser más común, utilizando las tesis de una monografía jurídica sin siquiera citar a su autor, que es lo habitual. ¿Perdió por ello

30. Así lo defiende, sin embargo, Miguel LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, *La prueba...*, cit., p. 283. Según este autor, la actividad intelectual del perito se desprende de éste y pasa a ser cosa pública; íd., p. 284.

el escritor o el autor jurídico su derecho de propiedad intelectual, que existe aun cuando no haya sido publicado? Cumpliendo la nota fundamental de originalidad y resto de requisitos de la LPI, aun cuando no se haya registrado –el registro *prueba* pero no *constituye* el derecho– obtiene derecho de explotación durante toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento (artículo 26 LPI). Además, son derechos irrenunciables e inalienables, entre otros, “exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra” y “exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación” (artículo 14.3 y 4 LPI), derechos ambos que pueden ejercerse durante toda la vida del autor y, tras su muerte, sin límite de tiempo (artículo 15.1 LPI)³¹.

31. A favor de considerar operativo el derecho de propiedad intelectual de los peritajes en el proceso v. Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *Manual de Psicología penal forense* (con otros autores), Atelier, Barcelona, 2002, pp. 120 y s. Con todo, cuando el juez es quien crea y utiliza una tesis jurídica original ha de registrarla para disfrutar del correspondiente derecho de autor, después de sentenciar o antes de ello, en este segundo caso objetivando la teoría, sin desvelar el fallo. Nótese que si no lo hiciera, cualquiera que tomase su idea y la registrase, publicándola o no, sería el titular del derecho de autor correspondiente, sin que sea posible que, una vez registrado el derecho se registre otro sobre igual objeto.

