

## Peritos y falso testimonio

### **Una reflexión sobre su función institucional en el proceso penal**

#### **Sumario**

-  
*El presente trabajo recoge una reflexión sobre cuál debería ser el tratamiento jurídico-penal adecuado de las conductas incorrectas de los peritos en los procesos penales que tienen por objeto conductas especializadas. Tras aproximarse a la función realmente asumida por los peritos en dichos procesos, la cual abarcaría no solo el informar sobre hechos, sino también la identificación de normas de conducta, su interpretación y aplicación a los hechos – excediendo claramente la función que les asigna el Derecho positivo –, el trabajo se detiene en la respuesta jurídico-penal vigente a las conductas incorrectas de los peritos (el tipo de falso testimonio), analiza las propuestas que se han formulado para dar un tratamiento jurídico adecuado a las conductas de los peritos y concluye con la propuesta de lege ferenda de un tipo penal que recoja el injusto específico del perito que informa incorrectamente sobre el Derecho y, con ello, infringe su deber institucional específico de auxiliar al juez en cuestiones de Derecho.*

#### **Abstract**

-  
*This article addresses the question of the appropriate criminal law approach to the misconduct of expert witnesses in criminal proceedings involving specialised conducts. First, the function that experts actually assume in such proceedings is analysed. This function includes not only the determination of facts, but also the identification of norms of conduct, their interpretation and application to the facts of the case, which goes beyond the function assigned to experts by positive law. Thereafter, the article focuses on the current criminal law response to expert witness misconduct (the offence of false testimony in criminal proceedings), analyses the proposals that have been formulated in order to provide an appropriate legal treatment of the conduct of expert witnesses, and concludes with a proposal to introduce a new criminal offence covering the specific misconduct of the expert who provides false information about the law and thus violates his or her specific institutional duty to assist the judge in matters of law.*

#### **Zusammenfassung**

-  
*In dem vorliegenden Beitrag wird die Frage nach der angemessenen strafrechtlichen Behandlung des Fehlverhaltens von Sachverständigen in Strafverfahren erörtert, deren Sachverhalt spezialisierten Verhaltensweisen umfasst. Zuerst wird die Funktion analysiert, die Sachverständigen in solchen Verfahren wirklich übernehmen. Diese umfasst nicht nur die Feststellung von Tatsachen, sondern auch die Ermittlung von Verhaltensnormen, deren Auslegung und Anwendung auf den Sachverhalt, was über die den Sachverständigen vom positiven Recht zugewiesene Funktion hinausgeht. Anschließend konzentriert sich der Beitrag auf die gegenwärtige strafrechtliche Antwort auf das Fehlverhalten von Sachverständigen (die Straftat der Falschaussage im Strafverfahren), analysiert die Vorschläge, die zu einer angemessenen rechtlichen Behandlung der Verhaltensweisen von Sachverständigen formuliert worden sind, und schließt mit dem Vorschlag, einen neuen Straftatbestand einzuführen, der das spezifische Fehlverhalten des Sachverständigen erfasst, der falsch über das Recht Auskunft gibt und damit seine spezifische institutionelle Pflicht verletzt, den Richter in Rechtsfragen zu unterstützen.*

**Title:** *Expert witnesses and false testimony. A reflection on their institutional function in the criminal proceedings*

**Titel:** *Sachverständige und Falschaussage. Eine Überlegung über ihre institutionelle Funktion in dem Strafverfahren*

-

**Palabras clave:** peritos, falso testimonio, cuestiones de hecho y de Derecho, derecho de defensa, prevaricación

**Keywords:** *expert witnesses, false testimony in proceedings, questions of fact and questions of law, right of defence, judicial misconduct*

**Stichwörter:** *Sachverständige, Falschaussage im Verfahren, Tatsachen- und Rechtsfragen, Verteidigungsrecht, Rechtsbeugung*

-

**DOI:** 10.31009/InDret.2024.i1.04

-

1.2024

Recepción  
02/05/2023

-

Aceptación  
20/10/2023

-

## Índice

-

- 1. Introducción**
- 2. El juez ante las conductas especializadas**
- 3. La función de los peritos en los procesos penales sobre conductas especializadas: dominio del proceso y asunción de funciones judiciales**
- 4. El tratamiento de la actuación del perito en el Derecho vigente**
- 5. Posibles soluciones**
- 6. La posición institucional específica del perito en el seno de la Administración de Justicia: su deber de auxiliar al juez en cuestiones de Derecho**
- 7. Excurso: modificaciones en el tratamiento jurídico-procesal de la actividad jurídica de los peritos en el proceso**
- 8. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

## 1. Introducción\*

En un mundo cada vez más especializado, la labor del juez es cada vez más compleja. Es cierto que, en primer lugar, algunos de los casos que este debe enjuiciar se pueden resolver con la legislación penal y los criterios interpretativos que, con el apoyo de la dogmática, se han ido desarrollando. Con otras palabras, hay supuestos en los que el juez está en condiciones de conocer los hechos, así como el Derecho aplicable. Sin embargo, hay muchos supuestos en los que la situación es sustancialmente distinta. Así, en segundo lugar, hay casos en los que el delito se ha cometido en un ámbito de actividad especializado, por lo que el juez carece de los conocimientos específicos para entender qué ha ocurrido exactamente –por qué murió el paciente, si hay vínculo causal entre la exposición a una sustancia química y la enfermedad contraída, cuál es el grado de contaminación del aire o las aguas, etc.–, es decir, para conocer *los hechos*<sup>1</sup>. Para resolver este problema clásico, la legislación procesal penal ha previsto mecanismos de compensación de la inferioridad informativa del juez, en concreto, la incorporación de peritos al proceso, sobre los que pesa un deber de veracidad bajo la amenaza de la pena del tipo de falso testimonio (art. 458 ss. CP). Este grupo de casos es cada vez mayor, dada la creciente complejidad social<sup>2</sup>. Ahora bien, en tercer lugar, en muchos supuestos el juez se enfrenta a una dificultad sustancialmente distinta pues se enfrenta a un maremágnum de niveles de regulación con contenidos especializados y tiene dificultades para identificar el Derecho (escrito o no) relevante para la resolución del caso, es decir, se encuentra en una situación de insuficiencia informativa en lo que atañe *al Derecho* (ej.: el juez no conoce lo que indica la *lex artis* de la medicina o cuáles son los criterios que determinan que un programa de cumplimiento sea adecuado para una determinada persona jurídica). A este problema ha dedicado su atención últimamente SILVA SÁNCHEZ en su monografía sobre el riesgo permitido en Derecho penal económico: en tales escenarios, pone de relieve este autor, la premisa *iura novit curia* no se cumple<sup>3</sup>. Pues bien, el presente trabajo se concentra en este último grupo de casos, en los que, salvo cuando es posible recurrir a una cuestión devolutiva<sup>4</sup>, los peritos no solo informan sobre hechos, sino que asumen la función de informar sobre el Derecho, de interpretarlo y de llevar a cabo, además, el juicio de subsunción de los hechos en el Derecho. Como se verá, esto no solo resulta problemático porque conduce a que, en el proceso penal, haya cuestiones relativas al Derecho que se acaban tratando como *quaestio facti*<sup>5</sup>, sino porque la actividad del perito consistente en informar sobre Derecho implica que aquel asume funciones genuinamente judiciales, es decir, una posición institucional en la Administración de Justicia que va mucho más allá de la que le reconoce el Derecho positivo.

---

\* Autora de contacto: Nuria Pastor Muñoz (nuria.pastor@upf.edu). Este trabajo se enmarca en el Proyecto de la Agencia Estatal de Investigación: “La imputación subjetiva en el Derecho penal económico”, PID2020-115863GB-I00.

<sup>1</sup> Cfr. por todos ERB, «Die Abhängigkeit des Richters vom Sachverständigen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (121), 2009, p. 882; SENDLER, «Richter und Sachverständige», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, p. 2908.

<sup>2</sup> BOEHME-NEßLER, «Prekäre Balance: Überlegungen zum heiklen Verhältnis von Richtern und Gutachtern», *Rechtswissenschaft*, (2), 2014, p. 191 s., de manera que los peritos se convierten en una pieza indispensable del proceso. Cfr. también, MARCHENA GÓMEZ, «De peritos, cuasiperitos y pseudoperitos», *Poder Judicial*, (39), 1995, pp. 233 s.

<sup>3</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, pp. 162 ss.

<sup>4</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 163.

<sup>5</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 165.

En lo que sigue, tras esbozar brevemente algunos de los retos importantes a los que se enfrenta el juez cuando debe enjuiciar conductas propias de un ámbito de actividad especializado (apartado 2), abordaré el problema específico de cuán extenso puede llegar a ser el papel real asumido por los peritos en el proceso penal (apartado 3), examinando a continuación las luces y sombras de la respuesta jurídico-penal *de lege lata* a las conductas incorrectas de los peritos (apartado 4), las posibles soluciones (apartado 5), para concluir con una propuesta de *lege ferenda* (apartado 6) y unas breves reflexiones sobre la dimensión jurídico-procesal de esta (apartado 7). Dicho esto, conviene subrayar, primero, que el objeto de la investigación se ciñe a la actuación de los peritos que intervienen en el proceso a solicitud del juez, dejando de lado los problemas específicos adicionales que se plantean en los peritajes de parte y, segundo, que no se profundizará en determinadas cuestiones jurídico-procesales, como la relativa a los mecanismos de aseguramiento de la imparcialidad de los peritos<sup>6</sup>.

## 2. El juez ante las conductas especializadas

En los casos en los que el juez debe enjuiciar conductas cometidas en el marco de actividades generales, no especializadas, aquel ya se enfrenta a dificultades importantes para averiguar el estándar de conducta relevante, en especial teniendo en cuenta el carácter heterogéneo de nuestras sociedades<sup>7</sup> –tan heterogéneo que, en ocasiones, deberíamos decir que conviven diversas sociedades en una–, el cual determina que exista una importante zona gris de supuestos en los que la corrección o incorrección de la conducta es objeto de discusión y disenso social. Piénsese en la discusión sobre si los padres, garantes de la vida de sus hijos pequeños, deben vacunarlos o no, si en caso de fiebre les deben dar antitérmicos, etc. En tales supuestos, el peligro evidente es que, ante la falta de claridad sobre cuáles son las convicciones sociales vigentes sobre la conducta correcta (sobre cuál es la costumbre social o normatividad social), si es que las hay, el juez las sustituya por su convicción subjetiva<sup>8</sup>. Ahora bien, en este caso el juez no se encuentra en una situación de inferioridad informativa –es un participante más en la actividad general en cuyo marco se ha cometido la conducta enjuiciada<sup>9</sup>–, sino que topa con las mismas dificultades que encontraría cualquier ciudadano para averiguar cuál es la conducta correcta en una determinada situación.

Pues bien, si la determinación del estándar de corrección de conductas no especializadas ya genera problemas, estos se multiplican cuando las conductas objeto de la valoración pertenecen a sectores de actividad especializados. En este último ámbito hay que responder esencialmente a dos preguntas. La *primera* reza qué fuente define el estándar de conducta especializada correcta, es decir, cuál de las numerosas fuentes reguladoras ha de considerarse relevante y qué criterio se debe seguir en caso de discrepancia entre ellas; la *segunda* pregunta tiene que ver con

---

<sup>6</sup> El problema de una posible falta de imparcialidad se plantea sin duda cuando el perito no está al servicio exclusivo de la Administración de Justicia (como pueden estarlo los Médicos Forenses, Facultativos y Técnicos especialistas del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, así como los equipos mencionados en la LORPM), sino que tiene, a la vez, una actividad profesional en el ámbito en el que se ha cometido la conducta sobre la que debe informar. Sobre la exigencia de imparcialidad, cfr. por todos GIMENO SENDRA/DÍAZ MARTÍNEZ/CALAZA LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, 2021, pp. 480 s.; NIEVA FENOLL, *Derecho procesal II. Proceso penal*, 2ª ed., 2022, pp. 363 s.

<sup>7</sup> PASTOR MUÑOZ, *Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, 2019, p. 51.

<sup>8</sup> PASTOR MUÑOZ, *Riesgo permitido y principio de legalidad*, 2019, p. 116.

<sup>9</sup> PASTOR MUÑOZ, *Riesgo permitido y principio de legalidad*, 2019, p. 111.

el problema del conocimiento del estándar de corrección por parte del juez, así como con su interpretación y aplicación de dicho estándar al caso concreto.

En lo que atañe a la *primera cuestión*, la relativa a qué regulación debe tomar el juez como referente para determinar la corrección o incorrección de la conducta, el problema esencial es la existencia de numerosos cuerpos normativos, de naturaleza diversa, escritos o no. Así, sobre una actividad especializada (la cardiología, la producción de fármacos, la elaboración industrial de alimentos, la construcción de puentes, aviones, marcapasos, la elaboración de programas de cumplimiento) se pueden pronunciar diversos «cuerpos normativos»: normas jurídico-administrativas, otras normas jurídicas extra-penales (por ejemplo, del Derecho de sociedades), normas sectoriales definidas por autorregulación (regulada o no), recomendaciones de colegios profesionales, asociaciones médicas, programas de cumplimiento y también (algo sobre lo que me detendré brevemente) la *lex artis* de las diversas profesiones. Obviamente, para elegir la regulación o fuente válida para definir el estándar de actuación correcta es necesario determinar previamente cuál es el peso normativo de tales fuentes y, en concreto, en caso de que haya varias, cuál de ellas tiene prioridad. Al respecto, es, en lo que alcanzo, decisivo averiguar el *telos* del cuerpo normativo<sup>10</sup>: ¿qué pretende un determinado Reglamento?, ¿qué pretende un Código de Buenas prácticas?, ¿cuál es el fin de una determinada recomendación de un Colegio profesional? Así, cuando tal cuerpo normativo tiene la pretensión de reflejar los estándares de conducta correcta y, además, lo hace efectivamente, será un referente adecuado para la labor judicial de valoración de la corrección de la conducta especializada. En tal caso, dicho cuerpo normativo reflejará las convicciones de ese sector de actividad especializado sobre cuál es la conducta correcta –es decir, una normatividad social de dicho sector–. Cuando, en cambio, el cuerpo normativo no tenga la pretensión de recoger los estándares de conducta correcta –ejemplo: un programa de cumplimiento que exige más de lo «correcto» por razones estratégicas, a saber, mantener a la justicia penal lejos de la empresa<sup>11</sup>– o, en caso de tenerla, cuando no logre recogerlos correctamente –ejemplo: las normas administrativas obsoletas<sup>12</sup>–, entonces dicho cuerpo normativo decaerá como fuente de referencia para el juez en valoración de la corrección de la conducta.

En realidad, esta primera pregunta, la relativa al cuerpo normativo válido para definir los estándares de actuación correcta, depende esencialmente de cómo se conciba la relación entre Derecho administrativo –y, en general, público– y las convicciones sociales sectoriales sobre la conducta correcta, así como también del modo en que se conciba la relación entre estas últimas y los cuerpos normativos privados. Si se opta por concebir el Derecho público como la fuente cuya función es definir el estándar de conducta correcta, las convicciones de dicho sector sobre el estándar de conducta correcta solo adquieren relevancia cuando no existe definición jurídico-pública de dichos estándares o cuando «el sustrato cognoscitivo de la disposición extrapenal (...) no se adecúa al estado de la información de la ciencia o de la técnica»<sup>13</sup>. En cambio, si se opta por entender que el valor normativo de las disposiciones administrativas depende de si estas *pretenden* reflejar el estándar de conducta correcta vigente en dicho sector (*telos*)<sup>14</sup>, su valor como

<sup>10</sup> PASTOR MUÑOZ, *Riesgo permitido y principio de legalidad*, 2019, pp. 17 ss.

<sup>11</sup> PASTOR MUÑOZ, *Riesgo permitido y principio de legalidad*, 2019, p. 18.

<sup>12</sup> PASTOR MUÑOZ, *Riesgo permitido y principio de legalidad*, 2019, pp. 79 ss.

<sup>13</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, pp. 137 s.

<sup>14</sup> No pretenderían reflejar estándares de conducta correcta aquellas disposiciones administrativas que pretenden generar posibilidades de control de la actividad por parte del Estado, pero no definidoras de la manera correcta de

fuerza de definición judicial de la corrección de la conducta depende del resultado de dicho examen material de su contenido. Desde este punto de vista, las disposiciones administrativas tendrían un valor indiciario de corrección o incorrección de determinadas conductas, pero no definitivo. En puridad, esta última solución se podría extrapolar a la determinación de si otras disposiciones jurídicas, como la *Business Judgment Rule* que recoge el art. 226 LSC, son o no fuente de definición de la corrección de conductas especializadas (en el ejemplo, la del administrador de una sociedad) y, en lo que alcanzo, con mayor razón, al examen del valor normativo de las regulaciones privadas (programas de cumplimiento y niveles más complejos de autorregulación privada)<sup>15</sup>.

Sea como fuere, en lo que sigue no me centraré en esta primera cuestión, sino en la *segunda pregunta*, relativa a las dificultades del juez para conocer el estándar correcto de conducta, para interpretarlo y aplicarlo al caso. En efecto, ¿cómo puede el juez acceder al estándar correcto de conducta en un sector especializado como la medicina, la producción de fármacos, los negocios internacionales, la construcción de puentes o el diseño de un programa de *compliance* eficaz? El juez, como cualquier ciudadano no especialista de ese sector, carece de los conocimientos necesarios para *identificar las fuentes definidoras de los estándares de conducta correcta* (ej.: para averiguar si una regulación administrativa es acorde con los estándares vigentes en el sector, para averiguar si un cuerpo normativo de un colegio profesional recoge fielmente la correspondiente *lex artis*), *comprender e interpretar* el contenido de dichas fuentes y *aplicarlas* al caso. Esto, unido al tradicional reconocimiento de que el juez tampoco está siempre en condiciones de conocer los hechos de sectores especializados (y a veces, de sectores generales) o en condiciones de comprenderlos coloca al juez en una posición de inferioridad de conocimientos en cuestiones de hecho y cuestiones de Derecho. En efecto, en el caso de conductas especializadas, el juez no solo no sabe (ni debe saber) que la combinación de fármacos que fue prescrita a un paciente era letal y el modo en que dichos fármacos generaron la muerte, sino que tampoco sabe (ni debe saber) qué medicación se *debe* prescribir a quien padece dicha enfermedad y bajo qué condiciones dicha prescripción es aconsejable (el estándar de conducta correcta), ni sabe si en el caso concreto se daban las condiciones médicas necesarias para tal prescripción (la interpretación del estándar y su aplicación a los casos concretos). El problema que esto genera lo ha subrayado recientemente SILVA SÁNCHEZ: ya no se puede seguir diciendo que *iura novit curia*<sup>16</sup>. Por tanto, allí donde no sea posible recurrir a las cuestiones devolutivas, el perito puede llegar a asumir un papel de tal relevancia que el juez puede quedar desarmado<sup>17</sup>, en una relación de cuádruple dependencia respecto a aquel: dependencia del perito para fijar los hechos, conocer las normas del sector definidoras del estándar de conducta correcta y, como se explica en lo que sigue, interpretar dichas normas y subsumir los hechos en dichas normas.

---

desempeñar esa actividad, como, por ejemplo, los deberes de someterse a inspecciones de las entidades de supervisión.

<sup>15</sup> PASTOR MUÑOZ, «Programas de cumplimiento y normas de conducta jurídico-penales: una reflexión desde la perspectiva de la responsabilidad penal de las personas físicas», *La Ley Compliance penal*, (5), 2021, pp. 3 ss.

<sup>16</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 165.

<sup>17</sup> ERB, *ZStW*, (121), 2009, p. 892, con más referencias.

### 3. La función de los peritos en los procesos penales sobre conductas especializadas: dominio del proceso y asunción de funciones judiciales

Conforme a nuestro Derecho positivo, los peritos tienen la función de aportar al juez *conocimiento* (científico o artístico) *sobre los hechos* (art. 456 LECrim) mientras que las cuestiones de Derecho competen al juez. Este principio se puede llegar a cumplir en algunos procesos penales, en los que la competencia del perito se limita a explicar lo acaecido conforme a las leyes de su ciencia: así debería ocurrir, por ejemplo, en el caso del examen psiquiátrico del acusado, examen que se debe llevar a cabo conforme a criterios puramente médicos y cuya valoración normativa debería quedar en manos del juez<sup>18</sup>. Sin embargo, en otros procedimientos, *iura non novit curia*, por lo que la función judicial de valoración jurídica de los hechos es de difícil cumplimiento. Piénsese en los casos en los que los estándares de conducta correcta no están siquiera escritos, la *lex artis* de diversas clases de actividad, así como en los supuestos en los que existe una regulación escrita pero el juez carece de los conocimientos técnicos para comprender su alcance y su sentido<sup>19</sup>. Así, el problema del desconocimiento del Derecho se proyecta, en realidad, en tres niveles.

El primero es el *desconocimiento por parte del juez penal de los estándares de conducta correcta que rigen una actividad*, bien porque no están escritos o bien porque, ante una diversidad de cuerpos normativos, el juez no está en condiciones de valorar cuál de ellos recoge el estándar de conducta correcta. Ejemplos: el juez no sabe cómo se trata correctamente una determinada enfermedad, cuál es el manejo adecuado de procesos de producción mecanizados, cuál es el grado de protección adecuada de un sistema informático, cuáles son los riesgos que, racionalmente, puede asumir un administrador en la gestión de un patrimonio ajeno; en su caso, tendrá ante él un Reglamento o una recomendación de un colegio profesional, pero tampoco estará en condiciones de saber si el reglamento está actualizado u obsoleto, si la recomendación del colegio profesional obedece a razones de «precaución» o a la convicción sobre el modo en que se *debe* ejercer la profesión. Aquí es imprescindible la ayuda de un especialista que cubra la laguna de conocimientos del juez. Un ejemplo de la medicina: al igual que ocurre en otras especialidades médicas, en el caso de la cardiología existen una serie de criterios rectores formulados por la *European Society of Cardiology*; ahora bien, existe discusión entre los especialistas sobre la corrección de dichos criterios rectores pues, según algunos cardiólogos, estos últimos presentan defectos científicos, se han formulado con base en una cifra demasiado baja de pacientes o se han modificado a la baja como resultado de la incorporación de consideraciones referidas al coste-beneficio, de manera que los cardiólogos consideran que los criterios de la *European Society* no son correctos<sup>20</sup>; ¿cómo va el juez a estar en condiciones de averiguar si los estándares de

<sup>18</sup> FOERSTER, «Der psychiatrische Sachverständige zwischen Norm und Empirie», *Neue Juristische Wochenschrift*, (36-37), 1983, p. 2049 ss., si bien también en este ámbito se discuten sobre los límites de la actividad del perito y el peligro de que este acabe inmiscuyéndose en la valoración judicial. No se olvide que en ciencias como la psiquiatría hay, junto a la constatación de un estado mental, una *valoración* sobre los efectos de dicho estado mental en el sujeto y, con ello, una valoración decisiva que tomará como base el juez para determinar la imputabilidad del acusado. Sobre la discusión en la doctrina en torno a los límites de la actividad pericial psiquiátrica, p. 2052 s. Cfr. también KAUFMANN, «Das Problem der Abhängigkeit des Strafrichters vom medizinischen Sachverständigen», *JuristenZeitung*, (40-23), 1985, pp. 1066 s.

<sup>19</sup> Así, también, WEINERT, *Die Verletzung von Qualitätssicherungsvorschriften im Strafverfahren. Eine Lücke in der Lehre der Beweisverwertungsverbote*, 2015, p. 164.

<sup>20</sup> WOSTRY, «Gutachten in Strafverfahren wegen Tötungs- und Körperverletzungsdelikte – Brennpunkte und Ansätze für die Verteidigung», en AG MEDIZINRECHT IM DAV/IMR (eds.), *Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht. 4. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag*, pp. 99 ss.



conducta correcta son los reflejados en los criterios de la *European Society of Cardiology* o son otros, más o menos exigentes?

El *segundo* es la falta de conocimientos del juez para *comprender e interpretar las normas de conducta especializadas*. En efecto, aunque el juez pudiera identificar dichas normas de conducta, carece de conocimientos para interpretarlas. Esto significa que no es plausible reducir la actividad pericial a la *mera identificación* de los estándares de conducta correcta. Ejemplo: si el perito pone a disposición del juez los criterios médicos vigentes sobre los exámenes previos que se deben llevar a cabo antes de una intervención quirúrgica, el juez no estará en condiciones de interpretar dichos criterios y aplicarlos al caso. Otro ejemplo: la normativa alemana sobre cobro de prestaciones médicas es una amalgama de regulaciones, algunas obsoletas, cuya interpretación es imposible manejar sin conocimientos técnicos; ciertamente, dicha regulación es, aparentemente, muy concreta, pero de imposible interpretación para un lego<sup>21</sup>.

En realidad, de este segundo nivel se tiene que pasar a un *tercero*, a saber, el de la *subsunción de los hechos en la normativa especializada*. ¿Cómo va a llevar a cabo el juicio de subsunción el juez que no está en condiciones de identificar los estándares de conducta especializada correcta o que, aunque los hubiera identificado, no está en condiciones de comprenderlos ni interpretarlos? Al respecto, sirven los ejemplos anteriores relativo a la praxis médica o quirúrgica<sup>22</sup> o el correcto cobro de prestaciones médicas, pero también el caso en que el juez deba valorar la adecuación de las cuentas de una sociedad al Plan General contable o de una declaración tributaria a la normativa correspondiente<sup>23</sup>. Cuando en estos casos el perito auxilia al juez, no solo le informa sobre el Derecho, sino que lo interpreta y lo aplica al caso.

Esto desemboca en una *fuerte dependencia* del juez respecto a la aportación del perito al proceso, aportación que va mucho más allá de los hechos<sup>24</sup>. La única excepción se dará en aquellos supuestos en los que la conducta especializada a enjuiciar sea tan extremadamente negligente que hasta un lego sea capaz de valorarla: el médico operó sin siquiera mirar el historial médico del paciente, el empresario expuso a sus trabajadores a una sustancia venenosa sin ninguna protección o, por qué no, el administrador se fue al bingo y apostó fondos de la sociedad al rojo. En realidad, en estos supuestos la constatación de la incorrección de la conducta es posible porque algunos estándares especializados de conducta correcta se han incorporado al acervo general de conocimientos como consecuencia de la difusión del conocimiento científico. Así, en

<sup>21</sup> RATAJCZAK, «Der medizinische Sachverständige in Arztstrafverfahren – Gutachten von gewerblichen Unternehmungen wie z.B. der medi-transparent GmbH», en AG MEDIZINRECHT IM DAV/IMR (eds.), *Aktuelle Entwicklungen Im Medizinstrafrecht. 3. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag*, 2013, p. 32.

<sup>22</sup> Así, en los dictámenes médicos claramente se incluye no solo una descripción de lo acontecido sino una «valoración» sobre si ha habido una actuación médica incorrecta (WOSTRY, en AG MEDIZINRECHT IM DAV/IMR (eds.), *Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht*, 2014, p. 94).

<sup>23</sup> BALAGUÉ DOMÉNECH, *La prueba pericial contable en las jurisdicciones civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, 6ª ed., p. 196 s. considera que los hechos económicos con trascendencia jurídica no se pueden tratar por separado porque están incardinados estrechamente en el Derecho. En mi opinión no es que sea imposible deslindar el análisis de hechos del análisis jurídico, sino que lo que acontece es que los hechos (asientos contables) no «dicen nada» si no se examinan a la luz de la normativa contable. Por tanto, al juez no le aportaría nada que el perito simplemente le explicara qué dicen los asientos contables y qué operaciones hay tras ellos; necesita auxilio para comprender la normativa contable y para la subsunción: es el perito quien le puede decir si la contabilidad es *correcta* (valoración jurídica).

<sup>24</sup> MARCHENA GÓMEZ, *Poder Judicial*, (39), 1995, p. 245, ya ponía de relieve en 1995 la tendencia a que los peritos asuman funciones de asesoramiento jurídico, esto es, de naturaleza jurisdiccional, que van más allá de las funciones asignadas al perito por el art. 456 LECrim.

*general se sabe* que no se puede trasfundir sangre sin averiguar previamente el grupo sanguíneo del paciente o que no se puede hacer una radiografía a una mujer embarazada. Ahora bien, más allá de los conocimientos científicos básicos que se han incorporado al acervo común, el juez se encuentra en una situación de *fuerte dependencia respecto al perito*<sup>25</sup>.

Esta dependencia tiene *dos dimensiones* cualitativamente distintas. La primera dimensión se podría denominar *desplazamiento del control del proceso del juez al perito* y ha sido el objeto esencial de la preocupación de la doctrina. Así, la fuerte dependencia del juez respecto al perito en el caso de los procesos sobre conductas especializadas implica que el principio clásico según el cual el perito es únicamente una ayudante (*Helper und Berater*) del juez en la averiguación de los hechos (*Erkenntnistätigkeit*), siendo el juez el «señor» (*Herr*) del proceso<sup>26</sup>, se invierta, de manera que el perito pueda llegar a convertirse en el verdadero señor del proceso<sup>27</sup>. Así pues, la idea de un perito «dirigido por el juez» se revelaría como ajena a la realidad, ante la posibilidad de que el perito sea quien realmente valore la prueba y decida sobre el objeto del proceso<sup>28</sup>. Esto significa que, en los procedimientos sobre conductas especializadas, con frecuencia no será posible un control judicial del informe pericial ni que el juez decida a partir de «su convicción»<sup>29</sup>, no será posible la (libre) «valoración» de la prueba<sup>30</sup>, de manera que la afirmación de muchas sentencias según la cual el juez ha *controlado y valorado* el informe pericial se convertirá en una expresión genérica, una fórmula vacía. La realidad sería muy distinta: la concurrencia de una delegación de funciones judiciales (la valoración de la prueba) en el perito<sup>31</sup>. Es más, se podría

<sup>25</sup> NIEVA FENOLL, *Derecho procesal II. Proceso penal*, 2ª ed., 2022, p. 357.

<sup>26</sup> Así el BGH (ver en SCHREIBER, «Zur Rolle des psychiatrisch-psychologischen Sachverständigen im Strafverfahren», en BRODA/DEUTSCH/SCHREIBER/VOGEL (eds.), *Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag*, 1985, p. 1008, referencias a la jurisprudencia del BGH). UPMEIER, *Fakten im Recht: eine Untersuchung zur Tatsachenfeststellung im Rechtsprozess*, 2010, p. 107, pone de relieve que en determinados casos hay una asunción por parte del perito de la función de valorar la prueba y, con ello, de un papel decisivo en el proceso. Con todo, considera (p. 111 ss.) que se puede salvar la independencia judicial concibiendo la valoración judicial como un juicio con un horizonte práctico, de manera que el juez puede considerar verdadera una opinión pericial pese a carecer de los conocimientos científicos específicos. Para llegar a esta conclusión UPMEIER traza un paralelismo con el caso del médico que escoge una terapia dejando de lado las investigaciones que en ese momento están teniendo lugar: también para el médico habría un horizonte práctico marcado por lo que es útil y necesario respecto a su paciente. En lo que alcanzo, este paralelismo es problemático, pues hay una diferencia sustancial entre descartar un determinado estudio en curso en una decisión terapéutica y valorar, como juez, un informe pericial sin tener conocimientos científicos algunos para hacerlo.

<sup>27</sup> ULSENHEIMER, «Stellung und Aufgaben des Sachverständigen im Strafverfahren», en CHRISTEL/GERHART, *Der Sachverständige im Strafrecht. Kriminalitätsverhütung*, 2013, p. 3.

<sup>28</sup> Cfr., por todos, SCHREIBER, en BRODA/DEUTSCH/SCHREIBER/VOGEL (eds.), *FS Wassermann*, 1985, p. 1010, SENDLER, *NJW*, 1986, pp. 2908 s.

<sup>29</sup> WOSTRY, en AG MEDIZINRECHT IM DAV/IMR (eds.), *Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht*, 2014, pp. 90 ss., p. 93.

<sup>30</sup> Sobre este principio en el proceso penal, cfr. BALAGUÉ DOMÉNECH, *La prueba pericial contable*, 6ª ed., 2012, p. 126. Cfr. en Alemania por todos ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 30ª ed., 2022, § 27 nm. 2.

<sup>31</sup> Así lo ve ERB, *ZStW*, (121), 2009, p. 884, en el caso de los déficits de conocimiento insuperables, es decir, aquellos en los que el juez, por mucho que se esfuerce, no puede comprender las conclusiones del perito. Lo cierto es que esta realidad choca con la afirmación del Tribunal Federal alemán conforme a la cual el juez no puede delegar en el perito su responsabilidad de decidir (sentenciar) (BGHSt 8, 113 [118]). Cfr. NACK, «Abhängigkeit des Richters vom Sachverständigen», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (156-4), 2009, p. 204, sobre la práctica de los jueces de desplazar al perito la decisión sobre si concurre una causa que disminuya la imputabilidad (§ 21 StGB). Cfr. también SCHREIBER, en BRODA/DEUTSCH/SCHREIBER/VOGEL (eds.), *FS Wassermann*, 1985, p. 1011.

decir que el perito puede llegar a tener más poder sobre el contenido de la sentencia que un juez en un órgano judicial colegiado<sup>32</sup>.

Es más, nótese que cuando el Derecho procesal exige el testimonio oral del perito<sup>33</sup> ello responde claramente al propósito de compensar la situación de dependencia del juez respecto al perito. Así afirma GEPPERT: «Precisamente porque el juez que conoce del caso carece del saber necesario para juzgar una cuestión probatoria relevante para la sentencia, es especialmente importante para la formación de su propia convicción autorresponsable que se forme una imagen del conocimiento (y fiabilidad personal) del perito y que compense la diferencia de conocimientos mediante preguntas complementarias adicionales o preguntas de comprensión que le sean útiles»<sup>34</sup>. En efecto, tras la exigencia del testimonio oral el perito, parece haber una estrategia clara y ello tiene, en parte, sentido: al carecer el juez del saber necesario para controlar a fondo el *contenido* del informe pericial<sup>35</sup>, cobra una importancia vital el *control de la seriedad e imparcialidad del perito* (su fiabilidad), así como el proceso de elección del perito<sup>36</sup>. Ahora bien, en mi opinión, aunque el testimonio del perito puede, ciertamente, servirle al juez para formarse una cierta idea sobre su competencia y fiabilidad, las posibilidades que tiene el juez para controlar la fiabilidad del perito son muy modestas, no pudiendo ir más allá de un mero control superficial<sup>37</sup>. Por lo demás, las «preguntas adicionales» y «preguntas de comprensión» podrán mitigar algo la inferioridad de conocimientos del juez, pues las respuestas del perito harán las veces de «traducción» del contenido de su peritaje al lenguaje de los legos; sin embargo, no se puede hablar de verdadera «compensación» del desequilibrio de conocimientos que existe entre perito y juez. Es más, la necesidad de que el perito médico, ingeniero, químico o en *compliance* traduzcan el contenido de su informe confirma la inferioridad de conocimientos del juez y la necesidad de confiar, en gran medida a ciegas, en las afirmaciones del perito<sup>38</sup>. En definitiva, pues, la imposibilidad de que el juez sea el «señor» en un proceso sobre conductas especializadas y de que se forme su libre convicción de manera «autorresponsable» no desaparece ni mediante el control (limitado) de la fiabilidad del perito que pueda llevar a cabo el juez al oír su testimonio,

<sup>32</sup> Dicho sea de paso, en Alemania tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Federal parten de que el juez debe prima facie asumir el dictamen pericial, salvo que tenga razones para separarse de aquel (cfr. sobre esta jurisprudencia BOEHME-NEßLER, *RW*, (2), 2014, p. 199).

<sup>33</sup> GIMENO SENDRA/DÍAZ MARTÍNEZ/CALAZA LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, 2021, p. 341; NIEVA FENOLL, *Derecho procesal II. Proceso penal*, 2ª ed., 2022, pp. 362 s.

<sup>34</sup> GEPPERT, «Zur Stellung des ärztlichen Sachverständigen im Spannungsverhältnis zwischen Strafgericht und Proband (Rollenprobleme beim strafgerichtlichen Sachverständigenbeweis)», en HARDER (ed.), *De iustitia et iure: Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*, 1980, p. 779, siguiendo en este punto la BGHSt 7, p. 238, p. 239, la cual afirma que, en ocasiones, «el control judicial se puede limitar a si el perito es un representante probado y fiable de su materia y, por tanto, se puede confiar en su conocimiento especializado en este ámbito». Cfr. también SENDLER, *NJW*, 1986, p. 2907.

<sup>35</sup> BOCKELMANN, «Strafrichter und psychologischer Sachverständiger», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1955, p. 330; GIMENO SENDRA/DÍAZ MARTÍNEZ/CALAZA LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, 2021, p. 341 s., pp. 480 s.

<sup>36</sup> Así, NIEVA FENOLL, *Derecho procesal II. Proceso penal*, 2ª ed., 2022 pp. 357 ss.

<sup>37</sup> En lo que atañe al valor de la imparcialidad, cabe recordar aquí lo que ha expresado nuestro Tribunal Supremo: «La imparcialidad, que desde luego es un valor muy destacado de la función pericial, sin embargo, no asegura por sí misma la tecnicidad y racionalidad de las conclusiones ni las inmuniza de todo control crítico a la luz de otras periciales practicadas tal vez por peritos apriorísticamente menos imparciales, pero a lo mejor más solventes en el tema técnico-científico que constituye el objeto del dictamen. El simple escrutinio del origen profesional o la simple comparación cuantitativa de títulos académicos no puede resultar suficiente para otorgar o privar de valor a una conclusión pericial» (STS 463/2023, Penal, de 7 de junio [ECLI:ES:TS:2023:4313]).

<sup>38</sup> La doctrina ha diferenciado entre el déficit de conocimientos «superable» y el «insuperable» (ERB, *ZStW*, (121) 2009, p. 883), pero tal distinción no empece la afirmación de que, en todo caso, sea o no comprensible para el juez la información que le transmite el perito, el juez depende de este último.

ni mediante la formulación de preguntas al perito, ni tampoco mediante las disposiciones legales que exigen la imparcialidad de este<sup>39</sup>. A este respecto, la importancia que tiene en el sistema procesal la *imparcialidad* del perito es precisamente la prueba de la imposibilidad de un control judicial profundo del contenido del informe pericial. Por ello existe, en el caso de los peritos, una posibilidad de recusación semejante a la prevista para los jueces<sup>40</sup>. En definitiva, como ha afirmado claramente ERB, el «poder fáctico de decisión del perito (es) una realidad irremediable» (*unabänderliche Realität*) que en algunos casos se puede mitigar, pero no eliminar<sup>41</sup>.

Pues bien, nótese que esta relación de dependencia no solo tiene una dimensión de desplazamiento del control del proceso, sino una segunda dimensión muy importante, a saber, la de *reconfiguración del reparto de las funciones institucionales de juez y perito*. En efecto, la dependencia del juez respecto al perito no solo implica que, *de facto*, el perito pueda tener el control sobre el resultado del proceso penal. Esa posibilidad existe también en el caso de un único testigo cuyo testimonio es la única prueba incriminatoria o en el de un perito psiquiatra en un proceso sobre una conducta no especializada en el que la imposición de la pena depende de la valoración que haga el perito de la salud mental del acusado. El aspecto específico que me interesa subrayar es que la dependencia del juez respecto al perito desemboca, en el caso de los procesos sobre conductas especializadas, en un nuevo reparto de las funciones institucionales en la Administración de Justicia, *pues el perito acaba asumiendo funciones estrictamente judiciales*: de averiguación, interpretación y aplicación del Derecho. Así, pues, a la inversión del reparto de poder juez-perito, que determina que el juez deje de ser «señor» del proceso, va unida una modificación cualitativa del rol de perito, su asunción de funciones estrictamente judiciales (referidas al Derecho). Esto aproxima la figura del perito al juez y la distancia del testigo. En efecto, el testigo que miente puede ser la clave de la condena del acusado, pero una vez el juez ha oído el relato del testigo, es capaz de valorar dichos hechos en un juicio normativo libre. En cambio, tras haber oído al perito, el juez continúa en una posición de inferioridad de conocimientos, careciendo de herramientas normativas para valorar los hechos. Se produce, pues, *sit venia verbo*, un *outsourcing* de la Administración de Justicia que se percibe claramente, por ejemplo, en el papel que asume la Agencia Tributaria en los procesos por delito fiscal. Piénsese, además, en un ejemplo más reciente, a saber, el de los peritos en *compliance*: estos examinan si el programa de cumplimiento es adecuado, a la vista de las características de la concreta persona jurídica, así como si este programa se implementa efectivamente<sup>42</sup>. Ciertamente, algunos autores conciben la pericial de *compliance* como un peritaje en una materia

<sup>39</sup> SENDLER, *NJW*, 1986, pp. 2908 s., habla de una «ficción».

<sup>40</sup> ERB, *ZStW*, (121), 2009, p. 886. En Alemania, en el § 78 StPO, conforme al cual se puede rechazar a un perito de cuya imparcialidad se duda (casos de *Befangenheit*), como ocurre con los jueces (recusación). Así es también en el Derecho español, en el que los art. 468 y 662 LECrim prevén la posibilidad de recusar peritos en caso de parentesco con el querellante o reo, interés directo o indirecto en la causa u otra semejante o amistad íntima o enemistad manifiesta. Cfr. al respecto, por todos, GIMENO SENDRA/DÍAZ MARTÍNEZ/CALAZA LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, 2021, pp. 260 s.; MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, 8ª ed., 2017, p. 454.

<sup>41</sup> ERB, *ZStW*, (121), 2009, p. 888.

<sup>42</sup> LEO-CASTELA, *El perito en compliance. La ineludible intervención del experto en la Administración de Justicia penal frente a organizaciones y empresas*, 2022, pp. 114 s.; NEIRA PENA, «La prueba pericial sobre la eficacia de los programas de compliance», en PICÓ I JUNOY, (dir.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, 2020, pp. 586 s. Sobre los aspectos que deberían ser objeto de examen (tamaño de la organización, probabilidad de comisión de delitos a la vista de la clase de negocio, actividad o estructura organizativa –mapas de riesgo–, historial de la organización), GALLEGU SOLER, «Criminal compliance y proceso penal: reflexiones iniciales», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014, pp. 205 ss., 221 ss.

«técnicamente especializada», negando que se trate de un peritaje en Derecho: «se trata de acreditar en el marco del proceso penal unas reglas técnicas, al modo que sucede por ejemplo con los protocolos de actuación médica para concretar la *lex artis*»<sup>43</sup>. Sin embargo, considero que, en la medida en que son dichos peritos quienes *valoran* la eficacia y la idoneidad del programa de cumplimiento con base en estándares de adecuación o inadecuación de los programas de cumplimiento, su labor no se circunscribe a lo fáctico o a lo técnico, sino que implica valoraciones sobre la corrección (valoración normativa) de dicho programa: ¡es un peritaje sobre cumplimiento *normativo*!<sup>44</sup>

Así las cosas, conviene analizar qué respuesta jurídico-penal prevé nuestro Derecho para aquellos casos en los que el perito miente sobre hechos, sobre las normas de conducta de un sector, deforma su interpretación o fuerza la subsunción o no subsunción de los hechos en dichas normas de conducta.

#### 4. El tratamiento de la actuación del perito en el Derecho vigente

Allí donde sea posible, conviene que el juez penal recurra a las cuestiones prejudiciales devolutivas<sup>45</sup>, pero, como es sabido, ello no será posible cuando los cuerpos normativos de referencia (la *lex artis* de una profesión, programas de cumplimiento, etc.) no sean competencia de otro orden jurisdiccional. En esos supuestos, el perito resultará imprescindible en la tarea de identificación e interpretación de las normas de conducta, así como en la labor de subsunción. Así las cosas, conviene analizar qué respuesta prevé el Derecho penal para los siguientes supuestos: (i) el perito miente sobre hechos; (ii) el perito identifica incorrectamente las normas de conducta relevantes para el caso; (iii) el perito deforma la interpretación de estas últimas; y (iv), por último, el perito fuerza la subsunción (o no subsunción) de los hechos en dichas normas.

Obviamente, hay que dirigir la atención al *tipo de falso testimonio de peritos del art. 459 CP* (faltar maliciosamente a la verdad en su dictamen) y del art. 460 CP (sin faltar sustancialmente a la verdad, alterarla con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos)<sup>46</sup>. Al respecto, hay que plantear dos preguntas esenciales: la *primera* reza si los cuatro grupos de casos mencionados serían subsumibles en los tipos mencionados; la *segunda*, si

<sup>43</sup> GALLEGO SOLER, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la empresa y compliance*, 2014, p. 223.

<sup>44</sup> LEO-CASTELA, *El perito en compliance*, 2022, pp. 115 s., subraya que el perito en *compliance* deberá atender a la actividad y tamaño de la persona jurídica y «atender a la normativa sectorial aplicable, a las mejores prácticas y a los estándares propios de cada sector en concreto», para llegar a una valoración de la gestión que hizo la persona jurídica de sus riesgos legales. Al respecto, normas como la UNO-ISO 37301:2021 serán un referente importante (por ejemplo, para valorar la cultura empresarial de *compliance*). Este autor subraya ciertamente que el perito debe evitar una intromisión en la labor judicial (es decir, emitir un juicio sobre la posible exención de responsabilidad penal de la persona jurídica) –p. 127–, pero ello no empece que el perito lleve a cabo una *valoración de cómo la persona jurídica gestiona sus riesgos legales* –es decir, un juicio normativo sobre la «diligencia» de la persona jurídica o, mejor dicho, de quienes debían organizarla en *compliance*–. Es más, en mi opinión, dicha valoración será decisiva (si no sustitutiva) de la posterior decisión judicial a este respecto.

<sup>45</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, pp. 169 ss., con detalle sobre la situación de *lege lata* y la interpretación jurisprudencial del art. 4 LECrim y art. 10.1 LOPJ.

<sup>46</sup> Sobre este delito en Derecho español cfr., entre otros, MAGALDI PATERNOSTRO, *El falso testimonio en Derecho penal español*, 1987; BERNAL VALLS, *El delito de falso testimonio*, tesis doctoral, 1991; FARALDO CABANA/CATALINA BENAVENTE/CLEMENTE DÍAZ, *Falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes: un análisis desde el derecho procesal y la psicología jurídica*, 2017; SÁNCHEZ LUCERGA, *El delito de falso testimonio*, tesis doctoral, 2005.

el *injusto material* de la conducta del perito en estos cuatro grupos de casos queda plenamente cubierto por dichos tipos penales.

Para poder responder a la *primera cuestión* es necesario detenerse brevemente en la conducta típica del delito de falso testimonio: faltar a la verdad<sup>47</sup>. En la discusión sobre la interpretación del art. 459 CP y del § 153 StGB (*Falschaussage*) se han formulado diversas concepciones de «inveracidad» entre las que se cuenta no solo la de inveracidad como discrepancia entre palabra y realidad (*teoría objetiva*, dominante<sup>48</sup>), incluyéndose como «realidad» tanto los hechos externos como los hechos internos,<sup>49</sup> sino también como discrepancia entre palabra y conocimiento o representación del sujeto (*teoría subjetiva*) o como discrepancia entre palabra y conocimiento accesible o representación que el sujeto debería tener –haciendo un esfuerzo razonable para recordar, en el caso del testigo, o para procesar científicamente los hechos, en el caso del perito– (*teoría del deber*)<sup>50</sup><sup>51</sup>. En el caso de los peritos, las diversas teorías ofrecen una base para la subsunción de los cuatro grupos de casos mencionados, pues la deformación por parte del perito de los hechos, normas de conducta, su interpretación o su subsunción pueden etiquetarse como discrepancia entre su declaración y un hecho interno (su representación) o como discrepancia entre lo declarado y la convicción del perito<sup>52</sup>.

Ahora bien, la respuesta a la *segunda cuestión* ha de ser, en mi opinión, negativa. El tipo de falso testimonio no recoge de manera completa el injusto que comete el perito en los cuatro supuestos mencionados. Ciertamente, en el primer caso (i) podría tener sentido tratar al perito como a un testigo, pues su función se limita a la información sobre hechos. En cambio, los demás supuestos (ii, iii y iv) presentan una dimensión de injusto específica que el tipo de falso testimonio de peritos no recoge. En esos tres supuestos, la función institucional del testigo y la del perito son sustancialmente distintas: el primero tiene un deber institucional de aportar al proceso la información sobre hechos; en cambio, el segundo, cuando identifica estándares de conducta, los interpreta o subsume, se aproxima más en su función a la de un juez. Así, el tipo de falso testimonio sería adecuado para castigar al perito que afirma mendazmente que el acusado padece una enfermedad mental o que el tratamiento médico no fue la causa de la muerte, pero no para castigar en los casos en los que el perito miente sobre la *lex artis* o deforma su interpretación para fundamentar una determinada valoración de la conducta del acusado.

Además del falso testimonio, en algunos ordenamientos, como el alemán, los casos en los que el perito dolosamente identifica mal los estándares de conducta o deforma su interpretación o la subsunción para lograr la absolución del acusado podrá plantearse la concurrencia de un delito de encubrimiento en su modalidad de obstaculización de la Administración de Justicia (§ 258 CP). Esta posibilidad no existe en nuestro ordenamiento jurídico penal, en el que el

<sup>47</sup> Ver la discusión sobre la naturaleza de este delito en HERNÁNDEZ GUIJARRO, «Naturaleza del delito de falso testimonio», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (20-1/2), 1967, pp. 333 ss.

<sup>48</sup> HEGHMANN, *Strafrecht BT*, 2ª ed., 2021, nm. 2064. Cfr. por todos BOSCH/SCHITTENHELM, previos al § 153 ss., en Schönke/Schröder, *StGB*, 30ª ed., 2019, nm. 5.

<sup>49</sup> HETTINGER/BENDER, «Die Aussagedelikte (§ 153-162 StGB)», *Juristische Schulung*, (7), 2015, p. 579.

<sup>50</sup> La cual entiende que el testigo tiene que esforzarse por recordar porque así lo exige de él el deber procesal de veracidad (HEGHMANN, *Strafrecht BT*, 2ª ed., 2021, nm. 2065).

<sup>51</sup> Cfr. el análisis crítico de las diversas teorías por ROJAS, «La estructura típica de los delitos de falso testimonio y perjurio», *Política Criminal*, (17-33), 2022, pp. 317 ss.

<sup>52</sup> PROBST, «Amtssachverständige und bestellte Sachverständige –§§ 306, 29, 290 und 291 StGB– mißverständliche Gesetzestexte?», en HUBER/JESIONEK/MIKLAU (eds.), *Festschrift für Reinhart Moos zum 65. Geburtstag*, 1997, p. 170.

encubrimiento en su modalidad de obstaculización de la Administración de Justicia se limita a los casos de ocultación, alteración o inutilización del cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento (art. 451.1 CP) y, en determinados casos, a la ayuda a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura (art. 451.2 CP). Por lo demás, aquí, de nuevo, el injusto no contempla la infracción de los específicos deberes del perito que asume funciones originariamente judiciales<sup>53</sup>.

Así pues, volveríamos a encontrarnos al principio: el injusto *específico* de aquellas conductas del perito que se asemejan a las propias de un juez (en especial, la identificación de normas de conducta, su interpretación y la subsunción) no quedaría abarcado por los tipos de falso testimonio, pues estos no tienen en cuenta la *posición institucional específica del perito* cuando este asume *funciones judiciales*.

## 5. Posibles soluciones

A la vista de la situación de *inferioridad de conocimientos* en la que se encuentra juez en los procedimientos sobre conductas especializadas, no solo en lo que atañe a los hechos, sino también al Derecho, así como de la capacidad muy limitada del tipo de falso testimonio para castigar las actuaciones incorrectas del perito, en su papel real de informar sobre hechos, sobre el Derecho, interpretar este último y llevar a cabo la subsunción, lo que no se puede hacer es ignorar la realidad del reparto de funciones entre juez y perito en los procedimientos sobre conductas especializadas. Hay que buscar soluciones adecuadas. Al respecto, (i) no parece posible *volver sin más al concepto clásico de perito* como sujeto que informa únicamente sobre hechos<sup>54</sup>. (ii) Tampoco es satisfactorio, por ser un modo de eludir el problema, etiquetar *los peritajes jurídicos o técnico-jurídicos como meros peritajes técnicos*: cuando un perito contable examina unas cuentas a la luz del Plan General contable, no aplica solo una norma solo técnica, sino técnico-valorativa, pues el ordenamiento jurídico ha imputado a dicho Plan General contable carácter normativo; así, no solo indica «cómo se puede llevar bien la contabilidad», sino también «cómo se debe llevar la contabilidad», y lo mismo podría decirse de las pericias de *compliance*<sup>55</sup>. Por lo

<sup>53</sup> En el caso austríaco, el Código penal ofrece varias posibilidades para castigar al perito: la elaboración de un dictamen inveraz (*falsches Gutachten*) conforme al § 289 öStGB, la falsificación de medios de prueba (§ 293 öStGB) y la ocultación de medios de prueba (§ 295 öStGB), en lo que alcanzo partiendo siempre del modelo de un perito que informa sobre hechos (cfr. al respecto ATTLMAYR, «§ 25. Die strafrechtliche Verantwortung des Sachverständigen», en ATTLMAYR/WALZEL VON WIESENTREU (eds.), *Handbuch des Sachverständigenrechts, Praxisleitfaden für das Verwaltungsverfahren*, 2006).

<sup>54</sup> MARCHENA GÓMEZ, *Poder Judicial*, (39), 1995, p. 245, considera inaceptable que el perito se inmiscuya en cuestiones de valoración jurídica. *De lege lata* tiene toda la razón. El problema es que el juez no siempre conoce el Derecho, su interpretación o carece del conocimiento especializado para realizar la subsunción. Eso determina que hay que ser realistas en lo que atañe a la «libre valoración de la prueba»: cuando los hechos sobre los que informa el perito son altamente complejos, difícilmente puede decirse que el juez «valore» realmente la prueba. Y es que, en realidad, tampoco tiene sentido que la valore –ya MAYER, «Der Sachverständige im Strafprozeß», en ENGISCH/MAURACH, *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, 1954, p. 471, advertía del peligro de que el juez, sin tener base científica suficiente, discrepe arbitrariamente de la opinión del perito–. Allí donde no corresponde al juez «saber», su deber es incorporar a un perito (BOCKELMANN, *GA*, 1955, pp. 325 s., con referencias a la tensión entre la jurisprudencia del Tribunal del *Reich*, que apuntaba al deber del juez de recurrir al perito en cuestiones especializadas y la legislación alemana, que en materia de prueba remite al libre arbitrio –*freies Ermessen*– del juez).

<sup>55</sup> Sobre la confusión de peritajes técnicos y jurídicos, cfr. NEIRA PENA, en PICÓ I JUNOY, (dir.), *La prueba pericial a examen*, 2020, p. 590, problema que ilustra con el ejemplo del Plan General Contable.

demás, (iii) tampoco es posible partir de que el juez está en condiciones de revisar las valoraciones jurídicas del perito<sup>56</sup>, pues se trata de una tarea imposible en los ámbitos especializados.

Así las cosas, tiene sentido examinar las siguientes soluciones. La *primera solución* que se ha planteado incide en la dimensión orgánica del problema y reza: *especialización de los jueces*. Se trataría de generalizar la especialización que ya existe en el caso de algunos órganos judiciales<sup>57</sup>. Este modelo es, desde luego, atractivo, en primer lugar y, sobre todo, porque permitiría sacar al juez de aquella situación de inferioridad de conocimientos –sobre los hechos y, añadiría yo, *sobre el Derecho!*– que actualmente le obliga a recurrir a los peritos. Así, el juez-médico, juez-ingeniero, etc. estarían en condiciones de identificar las normas de conducta vigentes, interpretarlas y llevar a cabo el juicio de subsunción. El juez no necesitaría a un perito médico que le explicara cuál es la *lex artis*, como se interpreta y si es aplicable al caso. Por ello, aunque solo uno de los miembros de un tribunal fuera especialista, ya se podría evitar el desplazamiento de funciones al perito. En segundo lugar, tal modelo sería plenamente respetuoso con la exclusiva competencia de jueces y tribunales para el ejercicio de la actividad jurisdiccional (art. 117 CE, en Alemania: art. 92 GG). No obstante, precisamente el elevado grado de especialización determina que, en primer lugar, sea muy difícil –por no decir imposible– contar con jueces con esa doble formación que mantengan actualizados sus conocimientos en ambos ámbitos, por lo menos de manera general (sería necesario contar con jueces especialistas en cientos de ámbitos específicos). En segundo lugar, la complejidad organizativa de cada causa sería muy elevada, ya que en muchas ocasiones sería necesario contar, por ejemplo, con un juez-psiquiatra, un juez-neurólogo y un juez-farmacólogo solo para poder abordar un caso.

Conforme a una *segunda solución*, muy discutida en Alemania, se debería incorporar al perito al órgano jurisdiccional (*der Sachverständige auf der Richterbank*)<sup>58</sup>. Esta solución tendría, aparentemente, la virtud de compensar la inferioridad de conocimientos del tribunal –el perito formaría parte del tribunal y, con ello, su conocimiento pasaría a pertenecer al órgano jurisdiccional–, si bien, en puridad, nos encontraríamos ante un tribunal dominado por la opinión del perito –la situación de dependencia se reproduciría en el seno del tribunal<sup>59</sup>. En segundo lugar, la propuesta va unida, igual que la primera solución, a importantes dificultades organizativas<sup>60</sup>. Por último, conforme a algunos autores, esta solución no sería compatible con la reserva de la actividad jurisdiccional a los jueces<sup>61</sup>. Con todo, y pese a no ser esta la única

<sup>56</sup> En este sentido NEIRA PENA, en PICÓ I JUNOY, (dir.), *La prueba pericial a examen*, 2020, p. 593. En mi opinión, quien no está en condiciones de realizar la valoración jurídica del caso tampoco está en condiciones de determinar si concuerda o discrepa de la valoración jurídica efectuada por el perito. La autora alude aquí al principio *iura novit curia*, que ciertamente rige en teoría, pero se revela, en los ámbitos especializados, como no acorde a la realidad.

<sup>57</sup> UPMEIER, *Fakten im Recht*, 2010, p. 109: algunos ya existen, a saber, en Alemania los tribunales especiales para cuestiones mercantiles, tribunales arbitrales, etc. También se podría añadir el *Bundespatentgericht* alemán, un tribunal formado por jueces especialistas en patentes. Cfr. al respecto BOEHME-NEßLER, *RW*, (2), 2014, pp. 217 ss.; SENDLER, *NJW*, 1986, p. 2910, 2919.

<sup>58</sup> La propuesta fue formulada por Horst SCHRÖDER en 1960 (cfr. referencias en SCHMIDT, «Gehört der Sachverständige auf die Richterbank?», *JuristenZeitung*, (16-19), 1961, p. 586).

<sup>59</sup> SCHMIDT, *JZ*, (16-19), 1961, p. 586.

<sup>60</sup> SCHMIDT, *JZ*, (16-19), 1961, p. 586.

<sup>61</sup> Cfr. por todos SCHREIBER, en BRODA/DEUTSCH/SCHREIBER/VOGEL (eds.), *FS Wassermann*, 1985, p. 1015. Dejo aquí de lado otras propuestas, como la de introducir la exigencia de que el juez encargue siempre dos peritajes independientes (BOEHME-NEßLER, *RW*, (2), 2014, p. 220), lo que le daría al juez la posibilidad de cuestionar cada uno de los dos peritajes basándose en el otro. El modelo no resulta, en mi opinión, convincente, pero no tanto por



fórmula posible, lo cierto es que la incorporación del perito al tribunal expresaría mejor la función institucional específica de este en la Administración de Justicia.

Así las cosas, descartada la primera solución por ser inviable y constatado que la segunda no elimina la dependencia del juez respecto al perito, todo apunta a que, sean incorporados o no al órgano jurisdiccional en el sentido de la segunda solución, es necesario *ajustar la legislación penal* y la *legislación penal procesal* a la verdadera función desempeñada por los peritos en los procedimientos sobre conductas especializadas, a su desempeño de funciones que originariamente pertenecen a los jueces. Así, en el ámbito de la legislación penal, convendría reconocer que, en la medida en que el perito puede informar sobre hechos, pero también sobre el Derecho, su interpretación y realizar el juicio de subsunción (funciones judiciales), es necesario incorporar un tipo específico que recoja la conducta incorrecta del perito cuando su informe versa sobre estos últimos aspectos (*infra* VI). Por otra parte, se podrían plantear cambios tanto en la posición orgánica de los peritos judiciales, como en la naturaleza jurídico-procesal del informe pericial (*infra* VII). En lo que sigue me centraré en el primer aspecto.

## 6. La posición institucional específica del perito en el seno de la Administración de Justicia: su deber de auxiliar al juez en cuestiones de Derecho

Afirmar que el perito tiene una *posición institucional* cuyo contenido son deberes de contribuir al buen funcionamiento de la Administración de Justicia no es nada nuevo. Sobre el perito y muchos otros sujetos (empezando por los mismos jueces, testigos, intérpretes, abogados, procuradores, etc.) recaen esa clase de deberes institucionales. El Estado delega en esos grupos de personas deberes de contribuir al cumplimiento de la función estatal de administrar justicia y los refuerza con pena. Por lo demás, también es evidente que el contenido de unos y otros deberes institucionales es distinto. A este respecto, la ley no asigna al perito la función de juzgar y hacer lo juzgado ni la de aplicar el Derecho o informar sobre este, sino la de aportar su conocimiento científico para la comprensión de los hechos, siendo así que su deber *ex lege* tiene una naturaleza más próxima a la del deber del testigo, quien debe de dar cuenta de lo que presencié. Sin embargo, en las líneas anteriores ya se ha puesto de relieve que esa limitación legal de la actividad del perito a cuestiones de hecho no se corresponde con la actividad realmente desarrollada por aquel. Con frecuencia, el perito no solo asume informar sobre cuestiones de hecho – cuando lo hace, se aproxima al testigo, si bien en ese punto hay también diferencias – sino funciones de valoración de los hechos: identifica estándares de conducta, los interpreta y los aplica al caso. Podría decirse que en tales casos *el perito asume funciones genuinamente judiciales*. Por ello, si esto es así, la protección del funcionamiento de la Administración de Justicia requeriría un tratamiento jurídico-penal distintivo de las dos posibles funciones asumidas por el perito y, en especial, una reflexión específica sobre la función que el tipo de falso testimonio no tiene en cuenta, a saber, la actuación del perito como un cuasi-juez, una suerte de asesor jurídico cuyas conclusiones son (tienen que ser) asumidas a ciegas por el juez, quien, al encontrarse en una posición de inferioridad informativa, únicamente puede llevar a cabo un control superficial del contenido de

---

razones prácticas, de costes –BOEHME-NEßLER, *RW*, (2), 2014, p. 220, lo rechaza por esa razón–, como por razones conceptuales: si el juez no está en condiciones de valorar una pericia, tampoco estará en condiciones de basarse en ella para valorar una segunda. La inferioridad de conocimientos le incapacita para ello por lo que, aunque la existencia de un segundo dictamen opere como un incentivo a la actuación correcta del primer perito y viceversa, ello no es una garantía de la corrección material del informe elegido.

la pericial y un control «externo», es decir, un control de fiabilidad de la fuente (la profesionalidad e independencia del perito).

En puridad, si bien el peritaje no es *de lege lata* vinculante para el juez, como sí ocurría en los tiempos del *iudex facti*<sup>62</sup>, en realidad muchas veces se opera como si lo fuera, por lo que la figura del *iudex facti* constituye quizá un reflejo más realista de las funciones del perito en el proceso. En lo que aquí interesa, aquella figura, que se limitaba a la función pericial de fijar los hechos – por lo que no se puede trasladar sin más a las reflexiones de este texto –, tenía una virtud: *reconocer que la posición institucional del perito está muy cercana a la del juez*. Proyectado sobre el problema que aquí interesa en el marco de los procedimientos penales sobre conductas especializadas, esto cobra aún mayor importancia y una dimensión *cualitativa* nueva, pues el perito no solo asume un papel sustancial (o definitivo) en las cuestiones de hecho sino también en las cuestiones de Derecho: ejerce *funciones judiciales* (no solo da al juez el *factum*, sino también el *ius*) y, por eso, es «*Rechtsgehülfe*» no en el sentido de «mero ayudante» del juez, sino en el sentido original de sujeto que asume (parte de la) responsabilidad judicial<sup>63</sup>.

Obviamente, esta visión de la función del perito tiene consecuencias en planos diversos: así, *en primer lugar*, en el plano orgánico, se debe plantear cuál es la mejor forma de integrar al perito en la Administración de Justicia, de manera que su posición sea acorde con su función. Esto entronca con la discusión doctrinal alemana –a la que me he referido *supra*– sobre la incorporación de los peritos a los tribunales y que cristalizó en el *Alternativ-Entwurf-Strafprozeßordnung- Hauptverhandlung* de 1985<sup>64</sup>. *En segundo lugar*, esta visión del perito como sujeto que eventualmente puede asumir funciones judiciales tiene una dimensión jurídico-constitucional compleja: así, según algunos autores, reconocer que el perito se hace cargo de algunas funciones judiciales es problemático, pues solo a los jueces les corresponde impartir justicia, ejercer la actividad jurisdiccional (art. 117 CE, art. 92 GG). La objeción no es irrelevante, pues si el perito puede *de facto* llegar a ser quien identifica, interpreta y aplica el Derecho, se podría convertir «prácticamente» en el juzgador del caso, siendo el juez únicamente una instancia de refrenda a ciegas el juicio de aquel. Al respecto, sería necesario diferenciar entre funciones judiciales asumidas por el perito y funciones judiciales que aquel no puede asumir: aquel puede identificar normas, interpretarlas, aplicarlas, pero no puede dictar sentencia (*das Recht sprechen*). *En tercer lugar*, esta concepción de la función del perito tiene consecuencias jurídico-procesales, pues cuando el perito informa sobre el Derecho deberían existir contra su informe los mismos medios de defensa que frente a la interpretación y aplicación del Derecho por parte del juez. Y, por último, *en cuarto lugar*, esta concepción tiene, por supuesto, consecuencias jurídico-penales: no basta el tipo de falso testimonio (que cubre los casos del perito que miente sobre hechos), sino que es necesario un tipo penal que recoja el injusto específico del perito que deforma el Derecho.

Me detengo en este último aspecto: *la función del perito puede consistir en la asunción de algunas funciones genuinamente judiciales –no todas: el perito puede deformar el Derecho, pero no dictar la*

---

<sup>62</sup> ERB, *ZStW*, (121), 2009, p. 885. La figura del *iudex facti* es abandonada en la Ordenanza procesal penal del Reich por resultar incompatible con el principio de libre valoración de la prueba introducido por dicha ordenanza, que implicaba abandonar el sistema de reglas fijas de prueba. Cfr. también MAYER, en ENGISCH/MAURACH, *FS Mezger*, 1954, pp. 465 s

<sup>63</sup> ERB, *ZStW*, (121), 2009, p. 885.

<sup>64</sup> KAUFMANN, *JZ*, (40-23), 1985, pp. 1068 s.

*sentencia*. Pues bien, cuando el perito deforma el Derecho, su injusto viene a ser una especie de casi-prevaricación o injusto de *auxilio defectuoso al juez en cuestiones de Derecho*, y ese injusto específico no lo cubre el tipo de falso testimonio. Obviamente, solo la actividad adicional del juez consistente en asumir el informe del perito sobre cuestiones de Derecho dota a este informe de los efectos jurídicos de la sentencia, pero cierto es que el perito que proporciona al juez las normas especializadas, su interpretación y la subsunción *configura esencialmente el contenido de la resolución judicial*. Así las cosas, se debería plantear cómo recoger correctamente este injusto que (i) consiste en un *auxilio defectuoso en cuestiones jurídicas* y (ii) tiene una dimensión inherente de instrumentalización de la decisión judicial. Probablemente, la mejor manera sería la criminalización de un *tipo autónomo que recoja la infracción de los deberes institucionales específicos del perito de auxiliar al juez en cuestiones de Derecho*. Así, el perito que informara mendazmente sobre la *lex artis* de una profesión, deformara su interpretación o forzara su aplicación o no aplicación al caso concreto infringiría dicho deber específico, en puridad, manipulando la decisión del órgano judicial.

Pendiente quedaría determinar si el injusto se debería concebir *como independiente de la resolución judicial a la que pueda conducir* –es decir, con independencia de si el auxilio defectuoso tiene o no capacidad de alterar el sentido de la sentencia– o como *dependiente de esta última*. La diferencia no es irrelevante, pues un tipo independiente de su capacidad de incidir en la resolución judicial conduciría a castigar a todo perito que aportara al juez un «mal asesoramiento» en cuestiones de Derecho. En cambio, si se concibiera el injusto de auxilio defectuoso en cuestiones de Derecho como un tipo penal en el que el deber de auxilio infringido no se refiere al juez (= el juez debe recibir del perito un auxilio correcto en cuestiones jurídicas), sino a la función del proceso (=el perito debe aportar al proceso un auxilio correcto en cuestiones de Derecho), el tipo solo debería castigar en aquellos casos en los que el auxilio defectuoso del perito en cuestiones de Derecho es *ex ante* idóneo para contribuir esencialmente a una sentencia injusta o, incluso, para instrumentalizar el proceso y llevarlo a una resolución injusta (es decir, estaríamos ante una estructura de autoría mediata). Con otras palabras, el tipo podría concebirse en términos de mero incumplimiento del deber institucional específico de informar correctamente sobre el Derecho o en términos de infracción de dicho deber idónea para desembocar en una sentencia injusta, es decir, como injusto de instrumentalización de la decisión judicial. En mi opinión, el camino más convincente sería el segundo, aproximando así el injusto del perito que auxilia defectuosamente al juez en cuestiones de Derecho a la lógica del delito de prevaricación judicial. Ciertamente, la comprobación de la infracción de dicho deber sería, nuevamente, algo fuera del alcance del control judicial y, por tanto, para enjuiciar la conducta del perito que identifica mal el Derecho, deforma su interpretación o fuerza la subsunción o no subsunción debería necesariamente dejarse en manos de otro perito<sup>65</sup>.

## **7. Excurso: modificaciones en el tratamiento jurídico-procesal de la actividad jurídica de los peritos en el proceso**

El reconocimiento de que, en algunos casos, el perito asume una función de auxilio al juez en cuestiones jurídicas obliga a reflexionar sobre algunos aspectos más allá del tratamiento jurídico penal de la conducta del perito consistente en deformar el Derecho. Uno de ellos es la cuestión, ya mencionada, relativa a la compatibilidad de dicha función casi-judicial de los peritos de

---

<sup>65</sup> Como ya puse de relieve en PASTOR MUÑOZ, *Riesgo permitido y principio de legalidad*, 2019. p. 115.

informar en Derecho con la exclusividad de la actividad jurisdiccional conforme al art. 117 CE (en Alemania, art. 91 GG), y si una posible objeción basada en dicho precepto podría superarse sosteniendo que el acto más genuino del juez, dictar sentencia (*Rechtsprechung*, esto es, *das Recht sprechen*), le queda reservado a este, aunque pueda llegar a ser una actuación a ciegas. Si es posible superar esta objeción afirmando que el perito no tiene la potestad de dictar sentencia – aunque sí el poder de identificar e interpretar el Derecho y realizar la subsunción – es una cuestión que requeriría un estudio específico jurídico-constitucional. El segundo aspecto tiene que ver con el mejor modo de engarzar orgánicamente al perito en la Administración de Justicia. Algunos han recurrido a la reformulación de la posición del perito en el proceso precisamente para superar la objeción conforme a la cual la Constitución impide asignarles funciones judiciales: así, el paradigma que propone incorporar peritos a los tribunales o el que propone especializar a los jueces. Y el tercer aspecto, en el que me detengo brevemente, tiene que ver con las consecuencias jurídico-procesales de diferenciar entre informes periciales sobre hechos e informes periciales sobre Derecho o, en su caso, entre dos dimensiones sustancialmente distintas dentro de un informe pericial.

Como ha puesto de relieve SILVA SÁNCHEZ, en el modelo vigente, en la medida en que el objeto del peritaje sea considerado siempre una *quaestio facti*, pese a incorporar aspectos jurídico-valorativos, se bloquea la posibilidad de revisión en recurso de casación<sup>66</sup>. En efecto, nuestro Derecho positivo trata la actividad del perito como referida exclusivamente a hechos (aunque no sea así) y, por ello, sujeta la prueba pericial al principio de inmediación, por lo que esta queda excluida del recurso de casación<sup>67</sup>. Desde la perspectiva del derecho de defensa, esto es difícil de justificar, si tenemos en cuenta la posibilidad de una actividad del perito consistente en informar sobre el Derecho. Por ello, sería necesario diferenciar en los informes periciales sus afirmaciones sobre hechos y sus afirmaciones relativas a normas (*lex artis* médica, normas contables, etc.), su interpretación y la subsunción de los hechos en estas. A partir de ahí, el tratamiento jurídico-procesal de ambas partes debería ser, en lo que atañe al derecho de defensa, distinto: respecto a la *parte jurídica del informe o al informe plenamente jurídico*, que obviamente dejaría de ser un medio de prueba, se debería garantizar un derecho a la defensa en forma de posibilidad de recurrir el informe pericial en Derecho. Dejo aquí de lado cuál debe ser el tratamiento de la prueba pericial sobre hechos y su relación con el derecho de defensa, si bien es importante subrayar que, con frecuencia, hay informes periciales que tienen por objeto, aparentemente, solo hechos, si bien, en realidad contienen *valoraciones* de los hechos y que, por tanto, son fruto de la interpretación y aplicación de criterios normativos (estándares de diligencia, etc.) al caso<sup>68</sup>. Así

<sup>66</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 172 s.

<sup>67</sup> De *lege lata* no cabe recurso de casación contra la valoración judicial de la prueba pericial, salvo que el juez haya tergiversado las conclusiones del perito, falseado sus conclusiones, etc. En puridad, el recurso no se dirige pues a la prueba en sí, sino a su valoración por parte del juez *a quo*. Cfr. al respecto BALAGUÉ DOMÉNECH, *La prueba pericial contable*, 6ª ed., 2012, pp. 39 s. Así la STS 111/2010, Penal, de 24 de febrero [ECLI:ES:TS:2010:111]: «Cuando, como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone de las ventajas de la inmediación para completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan (artículo 724 de la LECrim (EDL 1882/1)). Y es doctrina reiterada que lo que depende de la inmediación no puede ser revisado en el recurso de casación. (...) La pericial es una prueba de carácter personal donde el principio de inmediación personal, particularmente cuando esta prueba se practica en el juicio oral, tiene una relevancia que no aparece en la documental». En el mismo sentido STS n717/2018, Penal, de 17 de enero [ECLI:ES:TS:2019:111], STS 634/2017, Penal, de 26 de septiembre [ECLI:ES:TS:2017:3387], entre otras.

<sup>68</sup> Cfr. al respecto en ERB, *ZStW*, (121), 2009, pp. 899 ss. Este autor considera que, en los casos en los que el juez no se ha formado realmente su propia convicción, sino que se ha limitado a acoger el dictamen (debido a su incapacidad de comprenderlo o analizarlo), debería ser posible considerar que los hechos no están probados. Sin

pues, al proponer la introducción de la posibilidad de recurrir o impugnar los informes en Derecho –o la parte de estos que se refiera al Derecho–, se construiría un mecanismo semejante al recurso frente a sentencias prevaricadoras. Dejo aquí de lado la cuestión de cómo se debería articular en concreto en el proceso: si tal mecanismo debería estar previsto como medio contra el informe en Derecho en sí o, en cambio, si simplemente se debería ampliar el objeto de la casación, incluyendo como objeto de este todos los aspectos normativo-jurídicos del dictamen.

Con esto pongo fin a estas líneas. Sin tratar quedan muchos aspectos que tienen gran importancia desde la perspectiva jurídico-penal procesal: los problemas que genera la doble posición de la Agencia Tributaria en los procedimientos por delito fiscal, los problemas de parcialidad que se pueden generar cuando el perito designado por el juez de instrucción se mantiene en el juicio oral, etc., pero espero haber dejado al menos esbozada la tesis fundamental: la necesidad de tener en cuenta la verdadera función institucional de los peritos en los procedimientos penales sobre conductas especializadas y las modificaciones que sería necesarias para que la respuesta jurídico-penal a su conducta incorrecta recogiera el injusto específico de la infracción de deberes de auxilio al juez en cuestiones de Derecho.

## 8. Bibliografía

ATTLMAYR, «§ 25. Die strafrechtliche Verantwortung des Sachverständigen», en ATTLMAYR/WALZEL VON WIESENTREU (eds.), *Handbuch des Sachverständigenrechts, Praxisleitfaden für das Verwaltungsverfahren*, Springer, Wien-New York, 2006, pp. 243-274.

BALAGUÉ DOMÉNECH, *La prueba pericial contable en las jurisdicciones civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, 6ª ed., Bosch, Madrid, 2012.

BERNAL VALLS, *El delito de falso testimonio*, tesis doctoral, Universidad de Oviedo, 1991.

BINDING, *Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts*, t. 2, Engelmann, Leipzig, 1901.

BOEHME-NEßLER, «Prekäre Balance: Überlegungen zum heiklen Verhältnis von Richtern und Gutachtern», *Rechtswissenschaft*, (2), 2014, pp. 189 ss.

BOCKELMANN, «Strafrichter und psychologischer Sachverständiger», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1955, pp. 321 ss.

BOSCH/SCHITTENHELM, «Vorbermerkungen zu § 153ff.», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 30ª ed., C.H. Beck, München, 2019.

COCA VILA, «La Business Judgment Rule ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal», en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA (eds.), *Derecho Penal y Persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. Jesús María Silva Sánchez*, Ideas, Lima, 2019, pp. 805 ss.

ERB, «Die Abhängigkeit des Richters vom Sachverständigen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (121), 2009, pp. 882 ss.

---

embargo, el Tribunal Federal (BGH, *NJW*, 1989, p. 176), considera que en tal caso los hechos quedan fijados, siendo solo necesario que el juez de instancia, en la valoración de la prueba, pueda partir de que el perito es un profesional competente que conoce bien la materia.

FARALDO CABANA/CATALINA BENAVENTE/CLEMENTE DÍAZ, *Falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes: un análisis desde el derecho procesal y penal y la psicología jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

FOERSTER, «Der psychiatrische Sachverständige zwischen Norm und Empirie», *Neue Juristische Wochenschrift*, (36-37), 1983, pp. 2049 ss.

GALLEGO SOLER, «Criminal compliance y proceso penal: reflexiones iniciales», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, BdF, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 195 ss.

GEPPERT, «Der Sachverständigenbeweis», *Juristische Ausbildung*, 1993, pp. 249 ss.

———, «Zur Stellung des ärztlichen Sachverständigen im Spannungsverhältnis zwischen Strafgericht und Proband (Rollenprobleme beim strafgerichtlichen Sachverständigenbeweis)», en HARDER (ed.), *De iustitia et iure: Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Duncker und Humblot, Berlin, 1980, pp. 773 ss.

GIMENO SENDRA/DÍAZ MARTÍNEZ/CALAZA LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

HEGHMANN, *Strafrecht BT*, 2ª ed., Springer, Berlin, 2021.

HEINITZ, «Grenzen der Zulässigkeit eigener Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen im Strafprozeß», en BACKMANN/VOLK (eds.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, 1969, pp. 693 ss.

HERNÁNDEZ GUIJARRO, «Naturaleza del delito de falso testimonio», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (20-1/2), 1967, pp. 333 ss.

HETTINGER/BENDER, «Die Aussagedelikte (§ 153-162 StGB)», *Juristische Schulung*, (7), 2015, pp. 577 ss.

KAUFMANN, Arthur, «Das Problem der Abhängigkeit des Strafrichters vom medizinischen Sachverständigen», *JuristenZeitung*, (40-23), 1985, pp. 1065 ss.

LEO-CASTELA, *El perito en compliance. La ineludible intervención del experto en la Administración de Justicia penal frente a organizaciones y empresas*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022.

MAGALDI PATERNOSTRO, *El falso testimonio en Derecho penal español*, Instituto de Criminología - PPU, Barcelona, 1987.

MARCHENA GOMEZ, «De peritos, cuasiperitos y pseudoperitos», *Poder Judicial*, (39), 1995, p. 233 ss.

MAYER, «Der Sachverständige im Strafprozeß», en ENGISCH/MAURACH, *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, Beck, München-Berlin, 1954, pp. 455 ss.

MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

NACK, «Abhängigkeit des Richters vom Sachverständigen», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, (156-4), 2009, pp. 201 ss.

NEIRA PENA, «La prueba pericial sobre la eficacia de los programas de *compliance*», en PICÓ I JUNOY, (dir.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2020, pp. 585 ss.

NIEVA FENOLL, *Derecho procesal II. Proceso penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

PASTOR MUÑOZ, «Programas de cumplimiento y normas de conducta jurídico-penales: una reflexión desde la perspectiva de la responsabilidad penal de las personas físicas», *La Ley Compliance penal*, (5), 2021, pp. 3-22.

———, *Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, Atelier, Barcelona, 2019.

PROBST, «Amtssachverständige und bestellte Sachverständige - §§ 306, 29, 290 und 291 StGB – mißverständliche Gesetzestexte?», en HUBER/JESIONEK/MIKLAU (eds.), *Festschrift für Reinhart Moos zum 65. Geburtstag*, Verlag Österreich, Wien, 1997, pp. 165 ss.

RATAJCZAK, «Der medizinische Sachverständige in Arztstrafverfahren – Gutachten von gewerblichen Unternehmungen wie z.B. der medi-transparent GmbH», en AG MEDIZINRECHT IM DAV/IMR (eds.), *Aktuelle Entwicklungen Im Medizinstrafrecht. 3. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag*, Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 26 ss.

ROJAS, «La estructura típica de los delitos de falso testimonio y perjurio», *Política Criminal*, (17-33), 2022, pp. 317 ss.

ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 30ª ed., C.H. Beck, München, 2022.

SÁNCHEZ LUCERGA, *El delito de falso testimonio*, tesis doctoral, Universidad de Murcia, 2005.

SCHREIBER, «Zur Rolle des psychiatrisch-psychologischen Sachverständigen im Strafverfahren», en BRODA/DEUTSCH/SCHREIBER/VOGEL (eds.), *Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag*, Luchterhand, Neuwied- Darmstadt, 1985, pp. 1007 ss.

SCHMIDT, Eberhard, «Gehört der Sachverständige auf die Richterbank?», *JuristenZeitung*, (16-19), 1961, pp. 585 ss.

SENDER, «Richter und Sachverständige», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, p. 2907 ss.

SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona, 2022.

TOEPEL, *Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozessrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.

ULSENHEIMER, «Stellung und Aufgaben des Sachverständigen im Strafverfahren», en CHRISTEL/GERHART, *Der Sachverständige im Strafrecht. Kriminalitätsverhütung*, Springer, Berlin, 2013, p. 3 ss.

UPMEIER, *Fakten im Recht: eine Untersuchung zur Tatsachenfeststellung im Rechtsprozess*, Nomos, Baden-Baden, 2010.

WEINERT, *Die Verletzung von Qualitätssicherungsvorschriften im Strafverfahren. Eine Lücke in der Lehre der Beweisverwertungsverbote*, Nomos, Baden-Baden, 2015.

WOSTRY, «Gutachten in Strafverfahren wegen Tötungs- und Körperverletzungsdelikte – Brennpunkte und Ansätze für die Verteidigung», en AG MEDIZINRECHT IM DAV/IMR (eds.), *Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht. 4. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag*, 2014, p. 90 ss.