

Bioética de la actividad pericial médica.

Bioethics of Medical Expert-Witness Activity.

J. Aso Escario¹

RESUMEN

La Bioética implica hoy en día a toda la actividad médica, habiéndose convertido en un factor crucial a la hora de orientar la acción en muchas situaciones clínicas y evaluar materias médicas tales como publicaciones, artículos y conferencias.

Sin embargo, hasta el momento, la Bioética ha prestado poca atención a la actividad pericial médica. Ello a pesar de los importantes problemas que surgen en los peritajes ante los Tribunales. Factores como la cualificación del perito, sesgo, error, confidencialidad, conflictos entre actividad asistencial y pericial, están entre las principales materias potenciales de discusión ética.

En España, en particular, hay una falta de regulación de estos aspectos, causando importantes consecuencias sobre todo en casos de litigación por cuestiones de responsabilidad médica.

El presente trabajo intenta revisar la situación en España, comparada con las posiciones en el extranjero, y enfatizar la necesidad de una regulación legal, profesional pero sobre todo ética de la actividad pericial médica ante los Tribunales.

Palabras clave: Bioética, prueba pericial, litigación, Medicina Legal, Forense, Peritaje.

Cuad Med Forense 2009; 15(56):105-117

ABSTRACT

Bioethics involves the entire medical activity, becoming, in recent years, a crucial factor in evaluating medical matters such as publications, conferences, articles, and clinical cases analysis.

Nevertheless, expert-witness testimony is seldomly included in Bioethic discussions, despite the important problems that arise from medical testimonies in tribunals. Factors as expert qualification, bias, error, confidentiality, conflict between clinical and expert activities, are among the main potential subjects of Ethical discussion.

In Spain in particular, there is a lack of regulation in these matters, determining important consequences mainly in professional responsibility judgement cases.

The present paper tries to review the Spanish situation, compared to abroad positions, and emphasize the need of a more extensive legal, professional but mainly ethical regulation of medical expert testimony in court in Spain.

Key words: Bioethics, Expert-witness testimony, liability, negligence, forensic, medico-legal.

Correspondencia: Dr. José Aso Escario. Hospital MAZ. Avenida de la Academia General Militar, nº 74. 50015 Zaragoza. Tfno.: 976 564 511, Fax: 976 748 044, e-mail: jaso@maz.es.

¹ Especialista en Neurocirugía. Especialista en Medicina Legal y Forense. Jefe Clínico de Neurocirugía (Hospital MAZ, Zaragoza). Médico Forense en excedencia. Profesor de Bioética. Facultad de Ciencias de la Salud y del Deporte de Huesca. Prof. Asociado de Medicina Legal (Universidad de Zaragoza).

INTRODUCCIÓN:

La Bioética ha sido definida como el estudio sistematizado de la conducta humana en el ámbito de las ciencias de la vida y de la salud, analizada a la luz de los principios y valores morales [1]. La Moral (del Latín *mor/is*: costumbres) se refiere, a su vez, al conjunto de principios, normas y valores que orientan la acción en un momento y en una Sociedad determinados.

Se trata, por tanto, de un Ciencia que ilumina, por así decirlo, la conducta a seguir ante un problema biosanitario o un caso médico concreto. Lógicamente, la actividad pericial médica no escapa a esta "iluminación" que proporciona la Bioética. De hecho, tal actividad es parte del ejercicio de la Medicina y se encuentra contemplada como tal en el Código Español de Ética Médica y Deontología [2]. Sin embargo, son muy escasas las publicaciones que analizan los problemas bioéticos de los peritajes médicos.

El presente trabajo intenta revisar las orientaciones éticas al respecto, tanto en España como fuera de nuestro país, y subrayar la necesidad de un control legal, profesional pero, sobre todo, ético de la actividad pericial médica.

Una importante conclusión del mismo es, precisamente, la falta de una regulación apropiada de estas materias en España, lo que coloca al perito de manera casi exclusiva frente a su sola conciencia moral como única manera de decidir la idoneidad de la conducta a seguir en un peritaje.

PRINCIPALES PROBLEMAS BIOÉTICOS DE LAS PERICIAS MÉDICAS:

LA CUALIFICACIÓN DEL PERITO.

Una cuestión esencial, en muchos casos, radica en conocer si el perito médico tiene la calificación que le permita aceptar su intervención en una prueba pericial concreta. Veamos algo más al respecto.

SITUACIÓN EN ESPAÑA.

En España, ni la legislación penal ni la civil contemplan normas específicas de control de calidad de estos dictámenes, con lo que no puede garantizarse, en todos los casos, que el experto posea conocimientos actualizados y experiencia en la materia concreta objeto de la pericia. De hecho, la Ley permite, incluso, la actuación de peritos sin título oficial reconocido por la Administración (Ley de Enjuiciamiento Criminal, Art. 456 y 457), si bien señala que el Juez se servirá preferentemente de peritos titulados (Art. 458).

En España no se exige, tampoco, que los peritos Médicos Oficiales (los Médicos Forenses) sean especialistas en la materia objeto de pericia, ni siquiera cuando ésta analiza cuestiones de Medicina Especializada, como sucede, por ejemplo, en materias de responsabilidad profesional. Ello implica, en la práctica, que Facultativos no Especialistas periten de hecho, en el ámbito penal, sobre materias acerca de las cuales no siempre cuentan con la necesaria experiencia clínica.

Tampoco se exige en el ámbito penal a los peritos de las partes (acusación, defensa) titulación en la Especialidad médica del tema concreto objeto de dictamen. La Ley de Enjuiciamiento Civil señala en su artículo 340 que los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Pero no aclara si tal título oficial ha de ser el de Especialista en la materia o si puede servir también alguna otra titulación (como por ejemplo Especialista o Máster en valoración de daño corporal).

Ello hace que titulados con estudios de postgrado que no se encuentran en la Legislación de Especialidades Médicas (Real Decreto 127/1984), puedan intervenir, y de hecho lo hagan con frecuencia, en peritajes relacionados con una Especialidad Médica. Ejemplos de ello son las titulaciones

universitarias como Master o Magíster en valoración de daño corporal. En particular, en estos casos, esta acreditación no garantiza una formación completa médico-legal al margen de la valoración del daño.

Pese a ello, al amparo de estas titulaciones, no son raros los casos en que dichos Facultativos actúan en peritajes que implican un juicio de idoneidad asistencial, cuestión típicamente médico-legal y no de valoración del daño.

Esta ausencia de exigencia de acreditación y experiencia a los peritos en la materia médica concreta de que se trate, puede colocar a los profesionales encausados por supuestas negligencias médicas en una situación de relativa indefensión, tal y como hemos tenido ocasión de comprobar en varios casos. Hemos observado, no raramente, como prevalecían en el foro criterios no apoyados por evidencias científicas ni sustentados por experiencia acreditada del perito, sino tan sólo basados en impresiones personales de este, o en lo que manifestaba haber leído en la bibliografía.

Esto puede parecer un contrasentido precisamente en una era como la que vivimos, fundamentada en la Medicina basada en la evidencia. Hoy más que nunca debería exigirse a los peritos que fundamentaran siempre sus opiniones en evidencias sólidas, así como en acreditación y experiencia en la materia, no en su intuición [3].

En esta línea, cada vez son más las Asociaciones Profesionales Médicas que, como la de Obstetricia y Ginecología Americana, vienen publicando los requisitos de cualificación de los peritos en materias relativas a la Especialidad. Estos criterios incluyen la necesidad de ser Especialista y contar con experiencia activa clínica dentro de los cinco años de la fecha en la que actúan como peritos [4].

Por otro lado, tampoco la posesión de una acreditación cualificada en una materia constituye una garantía de un testimonio experto fidedigno, ya que pueden existir, como más adelante veremos elementos de sesgo o error.

Veremos ahora algunos ejemplos de la regulación en otros países, pero señalemos ya que, como hemos visto, nuestra legislación presenta importantes lagunas, al no exigir acreditación apropiada y experiencia en la materia concreta objeto de pericia, y posibilitar la actuación en el foro de profesionales que no cuentan con entrenamiento suficiente en materias complejas como, por ejemplo, aquellos en los que se enjuicia una posible mala praxis médica.

SITUACIÓN FUERA DE NUESTRO PAÍS.

Nos basaremos de manera monográfica en la normativa Americana, ya que ha sido en los Estados Unidos de América donde se ha comenzado, en primer lugar, a regular esta materia, dada la frecuencia y falta de control con que a menudo diferentes peritos actuaban en los Tribunales. La existencia de fuertes compensaciones económicas dio lugar en ese país a la proliferación de peritos, y han sido los Tribunales quienes han tenido que regular la situación con ocasión de algunos casos concretos.

Por otro lado, durante los últimos años, la Comunidad Médica ha añadido, como hemos señalado, un nuevo campo a su bagaje científico. Es lo que se denomina "Medicina basada en la evidencia". Como parte de este campo, debe siempre analizarse un caso haciendo uso de la mejor información en la Literatura y estado de la Ciencia Médica referida a la situación concreta. En el polo opuesto a este enfoque está lo que se denomina "Junk Science" (literalmente ciencia basura).

Sin embargo, resulta muy difícil para los Juristas discriminar si el contenido del informe tiene más "junk science" que de Medicina basada en la evidencia. Durante más de 70 años en los Estados Unidos, para valorar la calidad de las pericias ante los Tribunales, regía la llamada regla Frye [5] que postulaba que, para admitir una teoría científica, era precisa la "aceptación general" de la comunidad

científica en el campo concreto. No obstante, un interesante caso (Daubert vs Merrel-Down) [6] vino a redefinir el concepto de "información científica" y estableció cuatro criterios para comprobar la admisibilidad de una teoría científica en los Tribunales:

1. Falsificabilidad de la teoría. La evidencia estará basada en el conocimiento científico que ha dado lugar a hipótesis testables y testadas.
2. Publicación de la teoría y sometimiento de la misma a "peer review" (revisión por pares o por árbitros bajo condiciones de anonimato e imparcialidad).
3. Tasa de error potencial conocida y existencia de estándar controlando la investigación sobre la que se basa la teoría. En otras palabras: Deben comunicarse al Tribunal las tasas conocidas o potenciales de error.
4. La evidencia es generalmente aceptada dentro de la Comunidad Científica.

El Tribunal Supremo americano extendió estas reglas no sólo a las teorías científicas sino a cualquier opinión de los expertos ante los Tribunales, y también a disciplinas diferentes a la Medicina. Igualmente, las Reglas Federales de Evidencia se hicieron eco de este nuevo enfoque, estableciendo que los peritos han de basar su opinión en hechos, hacer uso de métodos y principios científicos fiables y conocidos por el perito (es decir que éste ha de contar con experiencia en su aplicación).

Este sistema ha sido considerado como una auténtica revolución en la materia y no ha cesado de expandir su ámbito de aplicación, no sólo en América, sino en muchos otros países [7,8]. En nuestra opinión, traduce un encomiable esfuerzo de los juristas por aplicar sistemas que puedan garantizar objetivamente la validez de las pruebas periciales médicas.

Así, una aplicación correcta de estas reglas obliga a que todos los dictámenes deban venir apoyados por una metodología correcta. Por ejemplo, exige a los peritos fundamentar sus opiniones en hechos contrastados y publicados, y aportar toda la bibliografía relevante, así como la experiencia propia sobre la que basan su opinión.

Sin embargo, resulta común en nuestro país ver dictámenes sobre materias complejas que no incluyen bibliografía o que, si lo hacen, reflejan esta de tal modo que ninguna revista científica relevante admitiría su publicación.

También, como hemos dicho, con bastante frecuencia, el propio perito no cuenta con experiencia clínica alguna en la materia concreta de que se trata.

EL CASO AUSTIN.

Un importante hito en el análisis jurídico de los fundamentos científicos de un dictamen pericial fue el caso Austin [9]. El Dr Austin, miembro de la AANS (Asociación Americana de Neurocirujanos) actuó como perito de parte testimoniando que una lesión del nervio recurrente durante una intervención cervical sólo podría haber ocurrido como resultado de una negligencia, y que la mayoría de los Neurocirujanos estaría de acuerdo con él.

Hubo una queja al Comité de Conducta Profesional de la AANS, que investigó el caso una vez finalizó el juicio. El Comité concluyó que la lesión del recurrente era un riesgo conocido de las fusiones cervicales anteriores. Tal complicación estaba sobradamente referida en la Literatura, cosa que todos los Neurocirujanos saben o deberían saber.

Se concluyó que el Dr. Austin había falseado el estándar de cuidado en una actuación pericial y que había base para la suspensión de este Facultativo, lo que fue ratificado por el Board de Directores de la AANS. La suspensión como miembro de la AANS tiene un efecto público, de manera que quedó imposibilitado para futuras actuaciones periciales. El Dr. Austin, recurrió a los

Tribunales argumentando que la resolución de la AANS violaba la política pública en esta materia, desanimando a profesionales a efectuar peritajes, y que, en su caso, la AANS había dañado su reputación.

La Corte Federal de Apelación sentenció a favor de la AANS. La sentencia subrayó la dificultad de los Tribunales en determinar testimonios expertos incorrectos o inexactos, y señaló, respecto al programa de la AANS, que “este tipo de auto-regulaciones profesionales refuerza, más que impide, la causa de la Justicia”. Con el apoyo de la “Trial Lawyers Association”, Austin apeló a la Corte Suprema, la cual rechazó admitir el caso.

En los Estados Unidos, los Organismos capacitados para otorgar las licencias de ejercicio de la Medicina tienen la capacidad de sancionar a los médicos, con retirada incluso de su licencia para ejercer. En tal sentido la Asociación Médica Americana resolvió en el año 1990 que el testimonio experto era una parte de la práctica de la Medicina y que, como tal, debería también estar sujeta a “peer review”. Si el peritaje es negligente, el médico puede tener que responder ante su comité estatal y ser castigado [10]. Esta capacidad, en España, no ha sido asumida, prácticamente, por los organismos análogos que en nuestro caso, serían las Comisiones Nacionales de la Especialidad, las respectivas Sociedades o Asociaciones Nacionales, o los Colegios de Médicos. Las primeras, no tienen capacidad disciplinaria, más allá de la admisión como miembro. Los últimos sólo excepcionalmente intervienen en el análisis de la idoneidad pericial, a través de las Comisiones Deontológicas.

EL SESGO.

Una de las principales alteraciones que pueden reducir la objetividad del perito es el sesgo. El Perito tiene que saber que lo que la Ley espera de él no es que dictamine a favor de una u otra parte, sino que proporcione una información sólida y veraz sobre la materia de su competencia para ilustrar a los juristas (el Juez o el Tribunal, principalmente) quienes, a su vez, deben formar al respecto su propia opinión.

El sesgo puede ser introducido por numerosos factores, uno de ellos es el económico. Por esta razón la mayoría de los códigos proscriben las llamadas “retribuciones por contingencia”, es decir, variables según el resultado del proceso. También se recomienda que las retribuciones por la actividad pericial sean razonables y ajustadas al trabajo real al que corresponden.

Otro factor importante son las fuentes de información. Antes de aceptar un caso, el perito ha de constatar la información disponible en su totalidad, y por eso se recomienda que no se acepte un caso antes de haber tenido la oportunidad de examinar toda la documentación disponible [11]. Esta incluye no sólo la favorable a la parte que propone sino también a la otra parte.

Otra fuente de sesgo es la participación del perito en la terapia del paciente. Muchas veces los Abogados consideran al propio médico que ha tratado al paciente el mejor experto sobre su caso. Esto incluye, en las denuncias por mala praxis, a cualquier Especialista involucrado en la asistencia (Psiquiatras, Médicos de Familia, etc.).

Aunque no existe un acuerdo total sobre este tema, la mayoría de las posturas coinciden en señalar que la actuación terapéutica y pericial en el mismo paciente deben estar separadas, y que no es ético peritar en un caso en que se está asistiendo al paciente.

Las razones por las que se piensa esto son de índole ética, pero también derivan de otras facetas como la confidencialidad. El medio legal es siempre más abierto que el asistencial, y algunas manifestaciones del médico que trata a un paciente pueden desvelar información sensible que este no quiera que se haga pública, y que en el foro sería accesible a terceras partes [12].

Este enfoque puede chocar frontalmente con la llamada figura del "testigo-perito", que nuestra legislación acepta como posible en el plano civil (LEC Artículo 370.4). Tradicionalmente, se ha mantenido, tanto legal como éticamente, una separación completa entre el perito y el testigo. Se consideraban actividades incompatibles. Sin embargo, la mencionada legislación civil, establece que bajo la figura del testigo pueden admitirse por el Tribunal valoraciones periciales cuando el testigo posea conocimientos específicos en una Ciencia.

Nuestra opinión es que ambas figuras (testigo y perito) han de ser independientes, y que las opiniones periciales que provengan del médico que ha tratado a un paciente pueden incluir un sesgo importante. Tal eventual actuación por el Médico asistencial del paciente plantea serios problemas éticos y prácticos que pueden colocar al Facultativo entre la disyuntiva de la beneficencia al paciente y el principio de Justicia [13]. El Código de Ética Médica y Deontología español se refiere específicamente al tema cuando señala: (Artículo 41. 3): "La actuación como peritos o médicos inspectores es incompatible con la asistencia médica al mismo paciente".

Pero no sólo la actividad pericial puede verse resentida por la actuación pericial-asistencial. Puede suceder que la actividad asistencial quede igualmente dañada por la actividad pericial sobre el mismo enfermo. En el campo de la Psiquiatría se considera, por ejemplo, que la aparición del Psiquiatra asistencial en el Tribunal puede tener efectos extremadamente destructivos sobre las relaciones terapéuticas. Tanto es así que, entre las recomendaciones al respecto, se ha señalado que los Psiquiatras deberían informar al paciente en las visitas iniciales acerca de la posibilidad de que se use su testimonio en el juicio, y que, en tal escenario, la confidencialidad podría romperse [12].

El conflicto entre labor asistencial y pericial ha sido asimilado en la literatura científica con la figura del doble agente [14]. El problema es que, a veces, una rigurosa separación de la faceta asistencial y evaluadora en la práctica resulta irrealizable [15], por lo que a menudo debe ser la propia conciencia moral del médico la que decida al respecto, teniendo en cuenta todos los argumentos que venimos comentando.

Sea cual fuere su fuente potencial, el perito ha de tender siempre a evitar el sesgo. Algunos autores [16] han publicado medidas prácticas para ello, que incluyen:

1. Tender a testificar tanto para la defensa como para la acusación en diferentes casos.
2. Establecer los meritos de cada parte antes de aceptar el caso.
3. Insistir en revisar toda la historia completa.
4. Desarrollar una sólida postura médica en cada caso.
5. Revisar el caso de manera crítica y balanceada.
6. Atenerse a los estándares de cuidado.

La figura de un perito oficial de la Administración de Justicia, como es el Médico Forense, constituye una garantía de imparcialidad, por cuanto carece de incentivos económicos y no depende de las partes. Sin embargo, no es inmune a todas las fuentes de sesgo potencial, como, por ejemplo, la crónica carencia de medios apropiados o de información fehaciente. Es una obligación moral, por tanto, que tales carencias se hagan saber a la Autoridad Judicial y se subsanen. Muchas veces pueden hacerse las cosas "a medias" por cumplir lo ordenado, pero podemos estar incurriendo en una infracción ética pues sabemos que no se están haciendo las cosas bien. El Derecho puede obligarnos a actuar subóptimamente, cuando así se nos ordena, pero la Ética nos obliga a proceder idónea y justamente. Esta reflexión nos debe llevar a aceptar aquello que moralmente podemos realizar bien, y a declinar lo que, en justicia, sólo podríamos acometer sesgadamente, aun a costa de las dificultades que ello pueda conllevar en la práctica.

EL ERROR.

Respecto al error, resulta paradójico que en el caso de peritajes por supuesta mala praxis médica, tratándose de procesos que examinan el error médico, no se valore casi nunca la posibilidad, inherente a cualquier actividad humana, de un error en los dictámenes.

Los informes periciales en Medicina suelen ser complejos, y se requiere un caudal de experiencia probablemente doble (médico-legal y clínica) para poder realizar esta tarea eficaz y científicamente. Algunos se han preguntado cómo es posible que cuando un diagnóstico de cáncer sale de un Servicio de Anatomía Patológica valorado, independientemente, por, al menos, dos Patólogos, una autopsia o cualquier otro examen forense no sea auditado de la misma manera. A menudo se parte de la imagen del Médico Forense como un elemento unipersonal, que tiene algo de dogmático y de infalible, y que, revestido por su imparcialidad, siempre tiene razón. Sin menoscabar la importancia en el marco legal español de esta figura, se echa de menos un sistema que garantice una ausencia de errores.

La Legislación penal española señala, ciertamente, que todo informe pericial se hará por dos peritos (LECr). En la práctica, sin embargo, muchas veces la tarea la realiza uno de ellos y el otro se limita a ratificar con su firma el requisito legal. Este sistema resulta mucho menos efectivo que una revisión ciega ("peer review") en la cual el segundo perito, desconocedor de los resultados del otro examen pericial, realiza la prueba independientemente. Desde un punto de vista Ético, debemos señalar que no es correcto estampar sin más la firma en el informe realizado por otro compañero para dar cumplimiento a la exigencia legal. El doble examen se instituye para garantizar la imparcialidad de la revisión ciega y, además, para reducir las posibilidades de error. De nuevo, es la conciencia moral de cada uno la que nos obliga a realizar este doble examen de una manera rigurosa.

LA CONFIDENCIALIDAD.

Un importante problema en determinados ámbitos periciales es la confidencialidad respecto a datos que pueden ser conocidos por terceros. Quizá el ejemplo más típico son los Peritos de Compañías de Seguros que solicitan de los Facultativos asistenciales datos sobre los lesionados, utilizando después estos en los informes periciales. Otra faceta en que se presentan problemas de confidencialidad con gran frecuencia y de difícil solución es la Medicina Laboral [17].

Un requisito insoslayable para que el médico pueda facilitar datos a terceros es el previo consentimiento del paciente a tal efecto. Sin embargo, esta es una condición legal, pero, desde el punto de vista ético, es preciso ponderar en cada caso si puede producirse un perjuicio al enfermo mediante la divulgación de datos que luego se van a utilizar en contra de sus intereses. Muchas Compañías exigen, con carácter previo a la firma de la póliza, que el paciente otorgue su consentimiento a la cesión de los datos [18]. Sin embargo, éticamente, esto no vincula al médico asistencial.

Tampoco es éticamente aceptable que el Facultativo omita, falsee o distorsione en beneficio del paciente los datos que pueden ser constitutivos de una conducta fraudulenta que pudiera perjudicar a la Aseguradora. Es decir que se da aquí un principio de lealtad dividida entre lo que el médico debe hacer en beneficio del paciente y aquello que afecta al interés general (principio de Justicia).

La conclusión que podemos sacar de esto es que tales datos no deben ser facilitados sin más, sino que deben ser objeto de una rigurosa criba. Por un lado, debe contarse con el consentimiento del paciente tras informarle de la naturaleza de la petición y del objetivo potencial del uso de esos datos. Si el paciente accede a su divulgación, el Médico ha de valorar también el contraste

entre el beneficio del paciente y el interés del perito, pues no siempre cabrá la facilitación de los datos si estos perjudican al enfermo y no existe una clara vulneración del principio de Justicia (conducta fraudulenta).

Habitualmente, las solicitudes de datos para terceros son peticiones de informes que el propio paciente pide al Facultativo asistencial. En estricto sentido, tales peticiones no se dirigen al objetivo garantizado por la Ley 41/2002 de Autonomía del paciente (objetivo asistencial) sino que su finalidad es eminentemente pericial. Es dudosa, por tanto, la validez a efectos periciales de tales datos obtenidos bajo el estricto objetivo asistencial que la Ley de Autonomía del paciente contempla. Podríamos decir, incluso, que tales informes resultan inválidos a efectos periciales por estar viciados en origen al responder a un fin meramente asistencial.

El Facultativo asistencial, ante dicha petición, no debe, sin más, emitir dicho informe, sino que ha de conocer todos estos aspectos éticos y ponderar cuidadosamente la situación, ateniéndose siempre a los principios éticos, como mejor forma de defender los intereses de los pacientes y a la larga, de la tercera parte en cuestión [19].

Sin embargo, muchas veces es extremadamente difícil para el médico asistencial valorar cual de estos factores ha de prevalecer en un caso concreto, por lo que puede resultar necesario una consulta al Comité de Ética de la Institución o incluso al Juzgado actuante.

POSIBLES SOLUCIONES:

Analizaremos tres posibles soluciones a los problemas planteados hasta aquí. En resumen, todas ellas implican una regulación de la problemática, que puede dividirse en tres tipos.

REGULACIÓN LEGAL.

De las tres, quizá la legal es la más fácil de establecer ya que, en nuestra opinión, se debería dirigir a exigir al perito una serie de requisitos mínimos a la hora de actuar en materias periciales médicas.

Un requisito, a nuestro entender imprescindible en las valoraciones por mala praxis médica, así como en cuestiones relacionadas con una Especialidad Médica, es estar en posesión del título de Especialista en la materia, reconocido oficialmente en España.

Creemos que es un error que el sistema español permita peritar aisladamente a personas sin acreditación de Especialidad Médica, y sin experiencia clínica, sobre todo cuando se trata de valoración de cuestiones de idoneidad asistencial. Ello no quiere decir que otros profesionales hayan de abstenerse de intervenir si no cuentan con dicho título. Así, los Médicos Forenses u otros profesionales pueden intervenir decisivamente junto con Especialistas dentro de un dictamen colegiado. Son numerosos los ejemplos de Médicos Forenses que solicitan a través del Juzgado colaboración de Especialistas acreditados o de la propia Sociedad Científica. De esta forma, se reúnen en un mismo dictamen las garantías de imparcialidad del Médico Forense, su conocimiento de las cuestiones médico-legales y, de otro lado, la experiencia clínica actualizada del Especialista en la materia concreta objeto de valoración. Creemos que este es un modelo a generalizar.

Una cuestión de importancia que cada vez valoran más los Tribunales en materias de especial dificultad o que requieren conocimientos muy concretos, es la experiencia, incluso por encima de la cualificación.

La experiencia práctica suficiente en el área, más que la simple cualificación en una disciplina particular, debe ser preferible en materias que requieren una alta especialización [20], ya que el Tribunal más que la respuesta correcta sobre temas dificultosos y controvertidos, espera que el perito

dé una opinión informada a través de la cual el Tribunal pueda sacar sus propias conclusiones [21]. Dicha opinión informada proviene mucho más de la experiencia que de la titulación. En materia quirúrgica subsiste la conocida dicotomía entre el médico y el cirujano, es decir que la evidencia preferida deriva en el primero más de aspectos científicos, mientras que el segundo deriva de la experiencia y de la observación [22].

Quizá la existencia de un sistema como las Reglas Federales de Evidencia, de los Estados Unidos que incluyen la cualificación básica que un perito ha de tener para actuar como experto ante los tribunales [23], pueda ser un sistema apropiado para habilitar una regulación legal de la cualificación y experiencia exigibles. Según ellas, el perito ha de acreditar conocimiento, entrenamiento, experiencia y educación académica en la materia objeto del peritaje [24].

Un aspecto a considerar dentro de la regulación legal es la responsabilidad del perito por actuaciones irregulares o ilegales.

Durante mucho tiempo se ha mantenido en Medicina la teoría de la inmunidad de los peritos. Esta teoría se ha basado tanto en un enfoque proteccionista de la figura del testimonio experto, como en la necesidad de preservar la objetividad pericial.

Numerosos procesos reafirmaron esta teoría en el pasado convirtiéndola en poco menos que inevitable para no entrar en pleitos sin fin contra los propios peritos. Se argumentaba que la posibilidad de litigar contra un perito, ejercería un efecto de presión tendente a hacer que los expertos redujeran, por temor, la solidez y fiabilidad de sus conclusiones [25].

Sin embargo, recientemente se asiste a una tendencia a la modificación de esta teoría. A ello han contribuido una serie de factores, tales como la proliferación de expertos ante los tribunales, la insuficiencia de mecanismos de salvaguarda frente a testimonios inadecuados, las actuaciones de los abogados, y otros factores [26].

Algunos Tribunales han considerado, incluso, que la posibilidad de litigación contra los peritos podría estimular a estos a ser cuidadosos y precisos [27].

REGULACIÓN PROFESIONAL.

Respecto a la vía profesional, son las Sociedades Científicas las que deben garantizar que sus miembros adopten un código de conducta pericial al estilo del recomendado por la AANS y otras Sociedades. Los instrumentos con los que cuentan para ello son de doble índole:

1. Pedagógica

Es esencial instruir a los nuevos Residentes en valores anejos a la actividad médica. Estos valores son de tipo científico pero también ético. Se ha señalado que existe una importante falta de formación entre profesionales como médicos y psicólogos sobre estas materias [28], lo que debería estimular el desarrollo de actividades docentes destinadas al conocimiento de los aspectos éticos de la actividad pericial médica.

2. Sancionadora

Hoy en día se tiende a considerar la posibilidad de sanción si se incumplen los estándares de calidad o, más aun, si se falta a la verdad. Se ha señalado, no obstante, que es preciso ser prudentes en las aplicaciones de un sistema sancionador a ultranza, primero por las dificultades de su aplicabilidad en la práctica, segundo porque podría actuar como un elemento disuasorio para que se efectúen testimonios expertos por parte de aquellos profesionales acogidos a Sociedades científicas de su Especialidad frente a otros que no lo están por no ser Especialistas o por acreditar otros tipos de cualificación (Masters universitarios, Magisters, etc.).

En tal sentido se ha preconizado actuar en diferentes líneas. Una de ellas sería la educación en las labores y requerimientos periciales de los especialistas en formación. Otra sería el énfasis en evitar el sesgo y error en las pericias. Otra, progresar en el establecimiento de estándares de cuidado. Y otra, el seguimiento de las normas éticas del ejercicio de la profesión [29].

La posibilidad de sanción a través de las Sociedades científicas en España no está desarrollada, ya que, contrariamente a lo que ocurre en estados Unidos, no tienen capacidad disciplinaria con efectos sobre el ejercicio de la Especialidad. Si lo tienen, sin embargo, los Colegios de Médicos. Quizá estos organismos deberían instituir procedimientos para tutelar en mayor medida las pericias, asegurando que aquellas de baja calidad o efectuadas por peritos sin experiencia acreditada en la materia concreta, o que contengan falsedades o inexactitudes, sean canalizadas adecuadamente incluso por la vía disciplinaria.

Se trata, no obstante, de una materia controvertida. En cualquier caso, quizá lo más notorio es que se aprecia cada vez un mayor interés por garantizar de alguna manera la calidad y el rigor de la actuación pericial médica. Seguramente fruto de este cambio de perspectiva, el panorama en los años venideros habrá de ser sustancialmente diferente del que hoy por hoy estamos acostumbrados a ver [30].

REGULACIÓN ÉTICA.

Las normas éticas regulan algunos aspectos de la actividad pericial. El Código Español de Ética Médica y Deontología obliga a cualquier médico, incluido a los peritos (Artículo 41). Señala, además, en su artículo 19 que "El médico debe abstenerse de actuaciones que sobrepasen su capacidad. En tal caso, propondrá que se recurra a otro compañero competente en la materia".

Como vemos, esta regulación implica la necesidad de una reflexión por parte del perito médico sobre su cualificación personal y obliga a no realizar actuaciones para las que no se está preparado. No es ético peritar si uno no conoce o no tiene experiencia en la materia. Los Códigos internacionales de Ética caminan también en la misma línea. Así, el de la Asociación Médica Americana establece que el perito debe contar con experiencia reciente y sustantiva sobre la materia que perita y debe limitar su actuación a su esfera de capacitación médica [31].

Tampoco es ético y viola el principio de Justicia peritar siempre del mismo lado. No es ético, tampoco, aceptar compensaciones por contingencia, es decir, proporcionales al montante económico del asunto o a lo que se consiga en la indemnización final.

Es, en definitiva, la ética del perito la que debe primar en estos casos por lo que puede decirse que es la responsabilidad individual la que debe regir y ello implica siempre una reflexión moral que el perito no debe nunca soslayar.

OTROS SISTEMAS DE REGULACIÓN.

En los Estados Unidos de América existe un sistema, el IDEX [32], una red de organizaciones de defensa donde puede consultarse datos como las actuaciones de un perito, el número de ellas, su lugar, la consistencia y fiabilidad de sus peritajes, etc. Otros han propuesto elaborar bancos de testimonios, algo así como librerías donde puedan consultarse los testimonios expertos relevantes previos sobre la materia [33]. También se ha indicado que puede examinarse la cualificación del perito en una materia determinada mediante el análisis de sus publicaciones sobre el tema, atendiendo especialmente a aquellas que estén publicadas en medios con garantías de calidad, como el sistema de "peer review" [29].

CÓDIGO DE CONDUCTA DEL PERITO:

Como venimos viendo, lo más importante para adecuarse a las normas éticas en la actividad pericial médica, es una reflexión individual sobre las cuestiones que venimos analizando. Un buen modo de efectuar esta reflexión es seguir un código de conducta que podamos considerar ajustado a los principios éticos y Deontológicos. En su mayoría, estos códigos van siendo elaborados por las Sociedades Científicas.

Sin embargo, no todas las Asociaciones médicas tienen códigos específicos para regular las actuaciones en el campo pericial, aunque muchas de ellas disponen normas de honestidad y principios de conducta en los conflictos de intereses.

Algunas Sociedades, como la Academia Americana de Psiquiatría y Ley, han desarrollado unas líneas guía para la conducta ética de los Psiquiatras Forenses [34]. Otras, como la AANS han añadido a su Código de conducta, un programa para tratar los testimonios expertos irresponsables [35]. La Academia Americana de Neurología [36], el Colegio Americano de Médicos [37], el de Cirujanos [38], el de Obstetras y Ginecólogos [4] han hecho otro tanto, elaborando unas líneas de actuación en estos casos. Otras Sociedades, como la Americana de Gastroenterología han publicado un código de conducta que por su interés y su universalidad, reproducimos a continuación [39]:

1. Ser siempre fiel a la verdad.
2. Realizar siempre una justa e imparcial revisión de los hechos y la atención médica dispensada.
3. Proporcionar evidencia o testimonio sólo en las materias en que se tiene experiencia y conocimiento.
4. Evaluar la atención médica dispensada a la luz de los estándares prácticos aceptados en el tiempo del suceso.
5. No condenar actuaciones que caigan sobre dichos estándares ni tampoco respaldar o condonar los que se sitúen bajo dichos estándares de cuidado.
6. Hacer una distinción clara entre el hecho de apartarse de los estándares de cuidado y los cursos clínicos desfavorables.
7. Ofrecer hechos u opiniones expertas basadas en las líneas Daubert-Merrel Down:
 - a. La evidencia estará basada en el conocimiento científico que ha dado lugar a hipótesis testables y testadas.
 - b. La evidencia ha sido objeto de "peer review" y publicación.
 - c. La evidencia es generalmente aceptada dentro de la Comunidad Científica.
 - d. Deben comunicarse al tribunal las tasas conocidas o potenciales de error.
8. No aceptar compensaciones contingentes con el resultado de la litigación.
9. No aceptar compensaciones desajustadas con el tiempo y esfuerzo invertido en cada caso.
10. Sea cual fuere la parte que propone al perito, su tarea es proporcionar evidencia imparcial y objetiva al Juez o Tribunal y no a la parte que le propone.
11. Los peritos deberían basar sus opiniones en Medicina basada en la evidencia y no en su intuición.
12. Los peritos deben ser apropiadamente cualificados y certificados y limitarse a actuar dentro de su respectivo campo.
13. El perito debe incluir todo el material relevante y no sólo el que favorece o va en contra de lo que establece cualquiera de las partes.

14. El perito debe estar dispuesto a revisión científica de su dictamen. En los laboratorios forenses un segundo experto supervisa cada dictamen. En los diagnósticos de cáncer otro Especialista revisa el material.

Como vemos, se trata de un código a generalizar entre cualquier Médico que intervenga en materias periciales.

CONCLUSIONES:

1. La actividad pericial médica es una parte del ejercicio profesional de la Medicina y, en consecuencia, se halla sujeta a la normativa y principios éticos que son aplicables a los médicos.
2. Pese a ello, se aprecia en nuestro país escaso interés por los problemas éticos de tal actividad en concreto, lo que se traduce en una escasa orientación y regulación legal, ética y profesional de los numerosos, frecuentes e importantes problemas que pueden surgir en este terreno.
3. Es preciso, por ello una mayor concienciación de los peritos, y las Sociedades Científicas al respecto, necesitándose un mayor número de actividades formativas y mayor impulso a la regulación ética de la actividad pericial médica.
4. Resulta esencial la adopción y seguimiento de un Código de conducta del perito en materias médicas y muy en especial en asuntos por responsabilidad profesional. Dicho Código debe incluir, además de cuestiones éticas para evitar el sesgo, aspectos técnicos para reducir el error, como el ajuste a las reglas Daubert-Merrel-Down.
5. Son, precisamente, los valores éticos del propio perito la forma mejor de garantizar una escrupulosa actuación pericial, evitando errores, sesgos, vulneraciones de confidencialidad o actuaciones que se alejan de los estándares de calidad exigibles dentro de la Medicina moderna. □

BIBLIOGRAFÍA:

1. Encyclopaedia of Bioethics, Reich, Warren T., New York : Free Press, 1978.
2. Organización Médica Colegial española, Comisión Central de Deontología, Derecho Médico y Visado. 1999. Disponible en: <http://www.bioetica.sanjuandedios-oh.es/SJD-Etica/docencia/Documentos/Cdigosdetic/CDM.doc>.
3. Milroy CM. Medical experts and the criminal courts BMJ 2003;326:294-295.
4. Ethics in Obstetrics an Gynecology. 2nd Edition. Washington DC. The American College of Obstetrics and Gynecologists. 2004. pp:116-117.
5. Frye vs United States 293 F. 1013 (1923).
6. Daubert vs Merrel Down Pharm Inc., 951 F 2d 1128 (9th Cir. 1991).
7. Hollingsworth JG, Lasker EG. The case against differential diagnosis: Daubert Medical Causation Testimony, and the scientific method. J Health Law 2004;37(1):85-111.
8. Davies J. Admisibility of scientific evidence in Courts. Med Law 2005;24:247-257.
9. Austin v American Association of Neurological Surgeons, 253 F3d 967 (7th Circuit 2001).
10. Zonana H: AMA examines expert testimony. AAPL Newsletter, Jan 2002.
11. Roberts HJ. Medical consultation and expert testimony in claims litigation. Professional and ethical guidelines. J Insur Med 1991;23(2):130-134.
12. Gutheil TG, Hilliard JT, The Treating Psychiatrist Thrust Into the Role of Expert Witness. Psychiatric Services 52:1526-1527, 2001.
13. Richardson G, Machin D. Doctors on tribunals. A confusion of roles. Br J Psychiatry 2000,176:110-115.
14. Halleck SL: The ethical dilemmas of forensic psychiatry: a utilitarian approach. Bull Am Acad Psychiatry Law 1984;12:279-288.
15. Miller RD: Ethical issues involved in the dual role of treator and evaluator, in Ethical Practice in Psychiatry and the Law. Edited by Rosner R, Weinstock R. New York, Plenum, 1990, pp 129- 150.
16. Boyarsky S. Practical measures to reduce medical expert witness bias. J Forensic Sci 1989;34(5):1259-1265.
17. Mitchell CS. Confidentiality in occupational medicine. Occup Med 2002;17(4):617-623.
18. León P. La confidencialidad del médico y la información debida a las Compañías Aseguradoras. Rev Med Univ Navarra 2000,44(1): 25-31.

19. Lewis KS, Kleper AL. Legal issues confronting the occupational physician. *Occup Med* 2002;17(4):625-635.
20. Rochdale Borough Council vs A and Others 1991: 2 FLR 192.
21. Williams C. The role of the expert witness- *Arch. Dis. Child* 2002;87:267-268.
22. Medical truth and legal proof. Changing expectations of the expert witness. *Gordon Samuels MJA* 1998;168: 84-87.
23. Weissenberger G. *Federal evidence*. Cincinnati, OH: Anderson Publishing Co., 1998.
24. Spencer Fc, Guice KS. The Expert Medical Witness. Concerns, limits and remedies. *Bulletin of the American College of Surgeons* 2000;85(6):22-23.
25. *Bruce v Byrne-Stevens & Assoc Engineers Inc*, 776 P2d 666, 667 (Wash 1989).
26. Renée L. Binder, M.D. Liability for the Psychiatrist Expert Witness. *Am J Psychiatry* 2002;159:1819-1825.
27. *Murphy vs AA Mathews*, 841 SW 2d 671 (Mo 1992).
28. Martelli MF, Zasler ND, Johnson-Greene D. Promoting ethical and objective practice in the medicolegal arena of disability evaluation. *Phys Med Rehabil Clin N Am* 2001;12(3):571-585.
29. American Academy of Pediatrics. Guidelines for Expert Witness Testimony in Medical Malpractice Litigation. *Pediatrics* 2002;109(5):974-979.
30. Cohen FL. The expert medical witness in legal perspective. *J Leg Med* 2004;25(2):185-209.
31. American Medical Association. Council on Ethical and Judicial Affairs (1997-1997 Edition). *Code of Medical Ethics: Current opinions with annotations*. Washington DC. AMA.
32. IDEX Network. <http://www.idex.com>. Accedido el 12-5-2009.
33. Hammond CB, Schwartz PA. Ethical issues related to medical Expert testimony. *Obstet Gynecol* 2005;106(5). Part 1:1055-1058.
34. American Academy of Psychiatry and the Law: Ethical Guidelines for the Practice of Forensic Psychiatry, adopted May 1987; revised 1989, 1991, and 1995. Atlanta, AAPL, 1995.
35. Pelton RM. Professing professional conduct: AANS raises the bar for expert testimony. *AANS. Bull Spring* 2002;9:7-13.
36. Williams MA, Mackin GA, Beresford HR, Gordon J, et al. American Academy of Neurology qualifications and guidelines for the physician expert witness. *Neurology* 2006;66(1):1.
37. American College of Physicians. Guidelines for the physician expert witness. *Ann Intern Med* 1990;113(10):789.
38. American College of Surgeons. Statement on the Physician Expert Witness. *Bulletin of the American College of Surgeons* 2000;85(6):24-25.
39. Feld AD, Carey WD. Expert witness malfeasance: How Should Specialty Societies Respond? *Am J Gastroenterol* 2005; 100:991-995.