

TITULO: Más vale perito en pantalla que cien volando

COMISION 1: Nuevos sistemas de gestión y desarrollo del proceso

TEMA: Régimen de peritos y de la prueba pericial. Aspectos orgánico-funcionales

APELLIDO Y NOMBRE: Cornejo Macarena

DIRECCIÓN POSTAL: Almafuerte 825 - Villa San Lorenzo- Salta

TELÉFONO: 3875202591

DIRECCIÓN CORREO ELECTRÓNICO. mcalzueta@yahoo.com

7. BREVE SÍNTESIS DE LA PROPUESTA: en muchas oportunidades la forma de designación de peritos representa una limitación a la garantía del debido proceso, especialmente al influir directamente en la violación del plazo razonable e incidir indirectamente en la desigualdad de armas de las partes en un mismo proceso. Sentado ello, afirmo que una posible solución a estos planteos puede encontrarse en la realización de pericia médica virtual.

9. referencias a las conclusiones arribadas sobre el tema a desarrollar en las ponencias y conclusiones de los anteriores Congresos Nacionales de Derecho Procesal.

[Escriba aquí]

Dolores de cabeza de la pericia médica.

No cabe duda a estas alturas del partido que la prueba pericial constituye la prueba estrella en una gran cantidad de procesos, sino en todos. La realización de la prueba persigue los más variados fines, entre los que me interesa destacar los relativos a los juicios de daños y perjuicios. En la mayoría de estos, con la realización de una pericia se pretende la existencia y extensión de un daño y la relación de causalidad entre la ocurrencia de ese daño y determinado hecho.

Cuando los daños reclamados son aquellos configurados sobre una persona, ya sean físicos o espirituales (dejando a salvo que es poco habitual la rendición de prueba tendiente a acreditar la existencia de estos últimos), generalmente nos encontramos con que la pericia ofrecida es la médica. En este aspecto, la prueba pericial rendida en esta clase de procesos guarda similitud con la ofrecida en sede laboral, en donde el hecho dañoso objeto de prueba se encuentra configurado por la relación laboral.

Y podríamos añadir, casi con certeza, que, si el reclamo de daños y perjuicios se centra en una mala praxis médica, está será la prueba definitiva a la hora de la decisión judicial. En este sentido me atrevo a afirmar que, en estos casos, no existe sentencia sin la realización previa de la prueba pericial médica, que se convierte, entonces, en esencial.

De lo expuesto puede concluirse que existe una extensa y variada casuística relacionada con la pericia médica. Ello permite observar que la producción de esta prueba, siendo esencial, no siempre resulta fácil o carente de dificultades.

Por el contrario, en la práctica cotidiana se observa que muchos de los procesos que cuentan con este tipo de prueba se ven dilatadas al momento de ser concretadas, conllevando a extensión en la duración del proceso que excede en mucho los plazos que pueden ser considerados razonable en función de la garantía del debido proceso. Y lo que resulta más gravoso es que en no pocas ocasiones una de las partes desiste expresa o tácitamente

[Escriba aquí]

de la producción de esta prueba, a veces fundamental para sostener su pretensión no por razones de índole jurídica sino práctica.

Resulta necesario, por lo tanto, indagar en las razones que provocan que una prueba que, en principio parece sencilla de producir y a la que la normativa procesal no le dedica muchos artículos, se convierta en el talón de Aquiles del acceso pleno y en tiempo a la justicia.

En relación con ello, sostengo que el factor de mayor relevancia que incide en lo postulado precedentemente se centra en el sistema de designación de peritos médicos tal como se encuentra regulado en el sistema procesal vigente.

Por un lado, es cierto que uno de los pocos acuerdos procesales que tiene cabida legislativa en la norma procesal lo constituye justamente el referido a la posibilidad de que las partes, de común acuerdo, designen un perito para la ejecución de la pericia ofrecida como prueba, así como los puntos de pericia que deberán ser desarrollados en ella.

La norma es escueta y no agrega mayores exigencias, dejando librado a la voluntad de los litigantes la elección de perito. Si bien se trata de una gran oportunidad para lograr consensos que permitan hacer avanzar el proceso, la realidad nos muestra que no es habitual que ello suceda. Ahora bien, la propuesta que contiene esta ponencia puede resultar también de gran aplicación en para este supuesto, ampliando el rango de posibilidades dentro del cual las partes pueden hallar coincidencias. Ello teniendo en cuenta que se trata del único supuesto en que las partes pueden elegir el profesional que emitirá su opinión experta en el proceso, apartándose del supuesto, erróneo a entender, de que poseen mayor valor epistemológico lo expresado por un tercero designado por la autoridad judicial¹.

Lo expuesto no significa que el juez se encuentre impedido de realizar el control de admisibilidad pertinente a este medio probatorio, esto es, la idoneidad del perito y la pertinencia de los puntos de pericia. Por el contrario,

¹ Sigo en este razonamiento a Vázquez Carmen en “De la prueba científica a la prueba pericial”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid. 2015.

esas verificaciones deberían verse reforzadas a los fines de poder luego confiar en las conclusiones del dictamen del experto.

Tal como expresé, a pesar de la existencia de esta posibilidad de consenso la mayoría de las veces la designación del perito se realiza de oficio por parte del juez, acudiendo a los mecanismos previstos en las reglamentaciones vigentes en cada jurisdicción. En este caso el primera y más fuerte control de idoneidad del perito se encuentra delegada a terceros ajenos al proceso, ya sean colegios profesionales de la incumbencia de que se trate u organismos encargados de confeccionar listas previa acreditación de determinados requisitos. Y si bien el juez siempre tiene la facultad de rechazar al perito seleccionado a fines de ser puesto a su consideración para su posterior designación, lo cierto es que en la práctica son pocos los planteos que realizan las partes en ese sentido.

Esta designación de oficio por parte del juez, acotada a las nóminas de especialistas conformadas en base a reglamentaciones que la mayor parte de las veces resultan desconocidas, la que, a mi entender, genera gran parte de los conflictos que inciden en la realización de las pericias.

En primer lugar, nos encontramos por un lado con un escaso número de profesionales inscriptos para ser sorteados como peritos, y por el otro, con la falta de especialistas entre los expertos².

La primera de las cuestiones planteadas implica la reducción de las chances de que exista un perito que pueda asumir la realización de la pericia frente a la posibilidad de excusaciones, recusaciones, exceso de trabajo, licencia, etc.) de los otros inscriptos

Sin embargo, el mayor escollo lo presenta la segunda de las incidencias planteadas porque resulta más frecuente. Es que el mayor problema al que

²En Argentina el primer listado de especialidades médicas fue aprobado por Resolución MS 1923/06, en el que estaban identificadas 62 especialidades. Posteriormente, se agregaron especialidades por Resolución MS 2273/10, Resolución MS 908/2012 y Resolución MS 1814/15, el cual se encuentra vigente y establece para el ámbito 70 especialidades médicas, a las que se debe adicionar las 4 especialidades multiprofesionales, aprobadas por Resolución MS 1337/2011. Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación "Especialidades médicas. Estado de situación y antecedentes sobre el proceso de reconocimiento de nuevas especialidades y su relación con la formación". https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/especialidades_medicas_2019.pdf

se enfrentan las partes y el juez al momento de la designación de un perito oficial es que los listados de peritos no reflejan las distintas especialidades que encontramos en ese gran campo del saber científico que es la en la medicina³. Ello hace que, o bien muchas veces sea imposible designar un perito de entre los listados disponibles, o que el perito designado de oficio no cumpla con las condiciones necesarias para elaborar un informe preciso, y por ende útil, en el caso concreto, habilitando a impugnaciones procedentes de las partes.

Las situaciones antes consignadas muchas veces, además, se combinan: poco peritos inscriptos que no reflejan las especialidades existentes. Y esta es una situación que no resulta para nada ajena en las jurisdicciones del interior.

Frente a esta situación los jueces deben acudir a prácticas que no se encuentran legisladas, haciendo uso de las facultades que todos los códigos, en mayor o menor medida, les reconocen y que implican recurrir a profesionales que no forman parte de los listados efectuados oficiales⁴. En ese sentido, la opción más frecuente suele ser recurrir o bien los colegios de profesionales que regulan la especialidad de que se trate o recurrir a los servicios de salud públicos

Ahora bien, tanto una opción como la otra se encuentran con dificultades para la aceptación del cargo, que, a diferencia de los peritos oficiales, no constituye una obligación bajo estas circunstancias. En el caso de los profesionales que integran la red de salud pública, el motivo generalmente se vincula con el exceso de trabajo y los pocos medios que se cuentan. Generalmente esa es la misma respuesta que se obtiene cuando se acude a los profesionales particulares. Sin embargo, en ambos casos, a mi entender, la más de veces subyace como motivo para el rechazo del encargo el no querer merituar

³ Puede en este caso citarse el ejemplo de la Provincia de Salta, la que al momento de realización de esta pericia cuenta con un solo perito médico inscripto para toda la jurisdicción.

⁴ “Que en razón de que no había peritos con tales características se les pide a las partes que propongan peritos médicos. Que su parte ofrece como peritos médicos tres profesionales al igual que la parte actora” Zarate Ariel Germán c/ Pauny S.A. s/ indemnización por antigüedad y otros - recurso de apelación, Cámara del Trabajo de San Francisco, 23/10/2010. MJ-JU-M-61309-AR|MJJ61309|MJJ61309.

(muchas veces negativamente) el trabajo de un colega. Cabe tener en cuenta que esta razón es tanto más fuerte cuando en las jurisdicciones más pequeñas en donde las relaciones interpersonales abarcan a casi toda la comunidad. Pero no es excluyente de las mismas, ya que, en una gran ciudad, donde puede haber muchos profesionales médicos, ese círculo se estrecha cuando se acota a determinadas especialidades.

Este derrotero de designaciones⁵ de peritos implica una prolongación excesiva en la realización de la pericia afectando los plazos de las causas y provocando violaciones al debido proceso⁶.

En la actualidad no caben dudas acerca de que el derecho de obtener un pronunciamiento judicial dentro de un plazo razonable no es privativo de derecho penal, sino que se extiende a contiendas de otra naturaleza. A los fines de apreciar la razonabilidad del plazo se tienen en cuenta las circunstancias del caso y más específicamente la complejidad del asunto y de las pruebas a rendir, así como los comportamientos del tribunal y de las partes. En este contexto la demora en la realización de una pericia médica no aparece a priori como elemento que pueda justificar, a la luz de los criterios antes expuestos, una tardanza desmedida para la resolución de un conflicto. Así lo ha expresado la CIDH “A pesar de que el caso se refería a un asunto médico, el cual conlleva un cierto elemento de complejidad, no correspondió

⁵ “La recurrente se agravió de esta decisión, alegando, en lo sustancial, que la juez a quo debió haber ponderado que el hecho de que hasta la fecha se haya designado siete (7) peritos médicos sin que ninguno de ellos haya concretado la pericia encomendada sin explicación o justificación que dé sustento a dicha circunstancia, configura, desde su perspectiva, la “razón de urgencia” a la que alude el art. 63, inc. c) del decreto-ley 1285/58 para habilitar la intervención del Cuerpo Médico Forense... Si bien en la especie se ha dado la circunstancia de que cinco (5) de los peritos designados no comparecieron a aceptar el cargo en tiempo y forma por lo que fueron dejadas sin efecto sus respectivas designaciones y que uno (1) de ellos se excusara de intervenir en la causa en razón de que “las complejidades del caso excedían) (sus) incumbencias” (fs.326), estimase que ello no es suficiente para tener por configurado ninguno de los supuestos de excepción contemplados por las normas citadas que habilitarían la intervención en este juicio del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional.”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 10/07/201455, MJ-JU-M-96548-AR|MJJ96548|MJJ96548.

⁶ Ya en el caso “Furlan” a CIDH señaló una excesiva demora en la actuación de los peritos atribuyendo la responsabilidad por ello al órgano decisor: “en el presente caso, el juez designó a dos peritos el 17 de febrero de 1998, concediéndoles un plazo de 20 días para presentar sus peritajes y éstos asumieron el cargo el 2 de marzo de 1998 (supra párr. 91). No obstante, el plazo fijado, los peritos médicos presentaron sus informes el 5 de marzo de 1999 (supra párr. 95) y 15 de noviembre de 1999 (supra párr. 96), respectivamente, es decir, más de un año después de expirada la fecha límite”. (Furlan contra Argentina, párrafo 183).

a ello la lentitud del proceso, sobre todo, teniendo presente que los operadores judiciales no solicitaron diligencias técnicas, pericias o estudios especializados para la investigación de los hechos que pudieran justificar la demora del mismo. Asimismo, en el presente caso, fueron claramente determinadas la víctima, las personas que realizaron la intervención quirúrgica, el resultado de dicha intervención, el lugar y las circunstancias de los hechos” (párr. 100)⁷.

Cabe destacar que por lo general cuando hablamos de pericia médica ofrecida en un proceso civil es porque se encuentran involucrados daños a una persona. Lo que implica con más razón la necesidad de obtener una respuesta rápida a su reclamo, a los fines de evitar la revictimización que significa no obtener respuestas por parte de las autoridades obligadas a brindarlas⁸.

La distancia de los centros de atención de los peritos y la desigualdad de armas en el proceso

Independientemente de la sucesiva designación de peritos, otra causa que puede provocar la afectación del debido proceso en relación a la producción de la prueba pericial médica se evidencia al comprobarse la existencia de una gran distancia entre el domicilio del perito y la persona sometida a peritaje cuando ésta involucra la revisión física del periciado.

En ese caso, es necesario programar el desplazamiento de estas, cuestión que puede insumir recursos tanto económicos como de tiempo que deben ser reunidos.

7

Suárez Peralta v. Ecuador, 21/05/13 en el que se analizó la responsabilidad de Ecuador luego de que prescribiera una acción penal derivada de una mala praxis médica.

⁸ “Asimismo, la Corte destaca que al estar en juego la integridad de la persona, y la consecuente importancia del procedimiento para las víctimas, el mismo debe respetar las garantías debidas y transcurrir en un plazo razonable. Este deber se actualiza “en aquellos casos donde hay una lesión clara a la integridad de la persona, como es la mala práctica médica, [y por tanto,] las autoridades políticas, administrativas y especialmente judiciales deben asegurar e implementar la expedición razonable y prontitud en la resolución del caso” (CIDH “Suárez Peralta contra Ecuador, párrafo 3).

Por otra parte, el factor distancia muchas veces se hace más notable cuando es necesario designar médicos especialistas, ello teniendo en cuenta que generalmente éstos suelen tener su centro de atención en centros urbanos de envergadura. Estas circunstancias muchas veces determinan que ni siquiera se considere el ofrecimiento de esta prueba o que la producción de misma sea desistida por el litigante que se enfrenta a estas dificultades, afectándose también de esa otra forma el debido proceso.

Una posible solución: La pericia médica virtual

Planteadas algunas de las cuestiones que inciden en la extensión temporal de la pericia médica corresponde ahora analizar una posible solución, si bien no la única, para tratar de paliar los efectos nocivos antes descritos, proponiendo la realización de pericias médicas virtuales cuando las mismas resulten posibles.

A esta altura cabe una aclaración. Esta propuesta no pretende ser un remedio definitivo para las demoras en las que incurren los peritos, sino solo atender un aspecto básico de las mismas, centrado en la designación de peritos de oficio. Ello no implica desconocer que sin propuestas serias que contemplen la remuneración de los expertos, difícilmente se llegue a una solución acabada del tema.

La pericia médica virtual puede presentarse, sin embargo, como una solución posible para aquellas situaciones en las que no se cuenta con peritos de determinada especialidad médica en la jurisdicción de que se trate o aquellos que han sido designados para actuar no se encuentran en condiciones de asumir el cargo o no desean hacerlo.

¿Por qué, entonces, no recurrir a profesionales radicados en otras jurisdicciones en las que el control de admisibilidad ya fue realizado por un órgano jurisdiccional⁹? Lo cierto es que hasta hace poco resultaba imposible

⁹ A modo meramente ejemplificativo resulta necesario tener en cuenta que, de acuerdo a los listados de peritos inscriptos elaborados por el Poder Judicial de la Nación, surge que en Capital Federal se registran 44 especialidades médicas, mientras que en la Ciudad de Córdoba sólo se verifican 11

ya que no podía obligar a las partes a desplazarse y menos aún podía exigírselo al perito.

Sin embargo, el desarrollo de la tecnología, potenciado por la consabida pandemia de COVID Actualmente permite pensar en este tipo de medidas que se inscriben en el marco genérico de la telesalud, concepto más amplio que el de telemedicina¹⁰. Los servicios de telemedicina pueden clasificarse en 1) Servicios basados en datos e imágenes almacenadas: (“Store and Forward”); 2) Programas y sistemas de monitorización domiciliaria (“Home-based services”) y 3) Programas de asistencia especializada en tiempo real (Hospital-based services)¹¹.

Claramente la pericia médica virtual se encuadraría dentro del primer y tercer grupo de servicios de telemedicina. Respecto al primero no caben dudas, ya que no existirían impedimentos para que el perito domiciliado en una jurisdicción distinta del peritado pudiera analizar la documentación pertinente. Cabe recordar en este punto que en nuestro país se encuentra autorizada la historia clínica electrónica. Pero aun cuando esa documentación hubiere sido aportada al juicio en formato tradicional, esto en papel, nada obsta que la misma pueda ser digitalizada (estas es una operación que probablemente debió realizarse previamente si la jurisdicción de que se trata trabaja con el expediente digital) o bien remitida en copia al experto designado.

Y dentro del grupo de servicios denominados programas de asistencia especializada en tiempo real comprensiva de sistemas de videoconferencias en vivo, que permiten el audio de dos vías y la información visual que se transmitirá entre el paciente y el médico (también denominados como

especialidades y en la ciudad de Salta ninguna. Fuente:

https://servicios.pjn.gov.ar/formularios_externos/FP/inscperitos.html

¹⁰ Mientras que el término telemedicina se circunscribe a servicios de atención médica directa, la telesalud denota una definición más amplia, incluyendo las tecnologías de educación a distancia divulgación al consumidor y otras aplicaciones en las que las comunicaciones electrónicas y las TIC’s se utilizan para apoyar los servicios de atención de la salud. Mientras que la telemedicina implica principalmente servicios clínicos, la telesalud puede incluir tanto servicios clínicos como no clínicos. Vítolo Fabián, “Salud digital y telemedicina: el gran desafío”, mayo 2020, Biblioteca Virtual Noble.<http://asegurados.descargas.nobleseguros.com/download/posts/May2020/xAPWqOb8wbU1oH3F4Of7.pdf>

¹¹ Vítolo Fabián, op. cit.

[Escriba aquí]

sistemas de “teleconsulta” “consulta online” o “consulta virtual”) puede incluirse la revisión física que el perito deba hacer de la persona peritada.

Para llevar adelante las pericias con esta modalidad resultaría necesario que el periciado se encuentre acompañado de una persona con conocimientos suficientes para controlar que las posibles indicaciones técnicas que le fueran dadas a la en forma remota por el perito situado a la distancia. Incluso esa audiencia podría celebrarse con la presencialidad del periciado en el juzgado, sujeta a los controles de la contraparte, siempre y cuando ello no afecte la intimidad del mismo.

Ahora bien, las posibilidades que ofrece este tipo de pericias se vé largamente incrementada si se tiene en cuenta que en nuestro país existe una red de hospitales públicos que forman parte de una red de telemedicina¹² que importa la posibilidad de realizar consultas a distancia, Así por ejemplo el Hospital Garrahan¹³ ha desarrollado una extensa red de telemedicina con hospitales públicos en las zonas más remotas del país. ¿por qué no acudir entonces a esta red cuando lo que demanda un juicio es un especialista pediátrico? ¿Cuántos listados de peritos oficiales contemplan las especialidades pediátricas entre los mismos? Claramente optar por realizar

¹² En Argentina existe aprobado ya desde 2019 un “Plan Nacional de Ciber salud” mediante Resolución del Secretario de Gobierno de salud N° 19/21. Por otra parte, el 15 de octubre de 2020 fue aprobado por el Senado de la Nación Argentina el Proyecto de Ley de Telemedicina como prestación de servicios de salud. El proyecto de Ley es un escalón más en el circuito normativo argentino (Ley 27.078, sobre Argentina digital, Ley 25.326 sobre habeas data 28, Ley 26.529 de Derechos del Paciente, Ley 27.553 sobre Recetas electrónicas o digitales, Proyecto de Ley de Historia Clínica Electrónica para alcanzar la atención médica digital y la conectividad nacional en el ámbito de salud, con el objetivo de mejorar la accesibilidad de las personas, fortaleciendo los procesos de salud y optimizando los recursos disponibles, a la vez que define cuáles son las condiciones de implementación y las prácticas a distancia de los servicios sanitarios que deben implementarse para alcanzar dichos objetivos. (BID “Estudio sobre telemedicina internacional en América Latina: motivaciones, usos, resultados, estrategias y políticas / Francesc Saigí - Rubió, Joan Torrent - Sellens, Noemí Robles, José Enrique Pérez Palaci, Ma. Isabel Baena; coordinador, Juan Blyde. p. cm. — (Monografía del BID ; 953 ; <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Estudio-sobre-telemedicina-internacional-en-America-Latina-motivaciones-usos-resultados-estrategias-y-politicas.pdf>.

¹³ A fines de 2011, comenzó a implementarse el programa de “Desarrollo e innovación de un modelo de comunicación interhospitalaria para atención y seguimiento de pacientes a distancia”, con el objetivo de fortalecer el sistema de comunicación por videoconferencias entre equipos de salud de todo el país. Gracias a ello la red que comenzó con la OCD Garrahan hoy cuenta con más de 200 OCDs interconectadas. (<https://www.garrahan.gov.ar/telemedicina>).

una pericia acudiendo a un nosocomio público las barreras burocráticas a vencer son muchas. Lo importante es no sumarle una infranqueable impidiendo siquiera la mera consideración de la misma. Por el contrario, el solo hecho de que las partes puedan contar con la posibilidad de realizarla implica una ampliación de derechos y la puesta en acción de las garantías de acceso a la justicia.

Si bien esta modalidad de pericia es poco usual o casi inexistente en la práctica forense no resulta encuentra ajena a las alternativas en análisis por parte del poder judicial, especialmente desde que el reto de la pandemia nos impuso a todos los actores la necesidad de pensar en soluciones para una efectiva tutela judicial.

En este marco se inscribe la “Guía de Buenas Prácticas. Telemedicina, Medicina Legal y Forense¹⁴”, elaborada por el Cuerpo Médico Forense dependiente de la CSJN en el año 2020 que analiza los antecedentes relativos a la telemedicina pericial, sus ventajas y sus desventajas y define una guía para el buen uso de esta. Este documento constituye un elemento valioso al analizar la posibilidad o no de acudir o permitir el acceso a esta forma de realización de las pericias, así como una guía para la mejor realización de la misma.

Con lo expresado precedentemente he intentado fundamentar la ponencia que sostengo que consiste en que en muchas oportunidades la forma de designación de peritos representa una limitación a la garantía del debido proceso, especialmente al influir directamente en la violación del plazo razonable e incidir indirectamente en la desigualdad de armas de las partes en un mismo proceso. Sentado ello, sostengo que una posible solución a estos planteos puede encontrarse en la realización de pericia médica virtual. Es un gran desafío que requiere del análisis en profundidad de muchas aristas para su puesta en práctica, pero el solo hecho de pensarla es ya un avance en la dirección correcta, esto es, una justicia que nos alcance y a todos y a cada uno en tiempo y por igual.

¹⁴ <https://www.csjn.gov.ar/cmfc/files/Guias%20Telemedicina%20GBP-TMD.pdf>