

ARTÍCULOS PRINCIPALES

LA PERITACIÓN EN DAÑO CORPORAL*

PROF. ROBERT BARROT**

REFERENCE: BARROT, R., *Evaluation of Body Injuries*, *Medicina Legal de Costa Rica*, vol. 7 (1), 1990, pp. 2-5.

ABSTRACT: Evaluation of body lesions is an specialty that can be studied by jurists. This requires that lawyers learn medical notions. This will let the judge have better discernment of medical skill.

1. The judge's alternatives.

- a) *Time of appraisal*: it is convenient that all sequels be established then. In case of children, it is convenient to do it when they are fully grown.
- b) *Choosing the expert*: in France, the judge is free to choose him. It is logical this is to be done based in experience and scientific prestige of the expert. It is also convenient to choose someone who lives in a different place to guarantee impartiality and objectivity.
- c) *Aims of medicolegal evaluation*: the judge must be specific in his questions so the expert can be specific in his answers.

2. Rules of medicolegal evaluation.

- a) The expert must avoid juridical aspects.
- b) He must obey rules of contradictory (both parts have a right to know what the expert does).
- c) He must respect the beliefs, specially if they are religious, of the offended.
- d) The expert must give the offended the benefit of medical secrecy with the exception of his duties as an expert. The patient should be warned of this at the beginning of the evaluation.

3. The expert's report.

- a) Doctors must not change medical language. It is the judge's responsibility to get a correct understanding of the report.
- b) The judge has a right and duty to criticize the expert's report in aspects such as relationship of causality and genuinness of injury.
- c) Importance of injury.
- d) Remaining sequels of injury.

KEYWORDS: Medicolegal evaluation, body injury, medical expert.

REFERENCIA: BARROT, R., *La peritación en daño corporal*, *Medicina Legal de Costa Rica*, vol. 7 (1), 1990, pp. 2-5.

RESUMEN: La valoración del daño corporal es una especialidad que puede ser cultivada por juristas. Esto requiere que el abogado aprenda nociones médicas. Le permitirá al juez valorar con mejor criterio la pericia médica.

1. Alternativas del juez.

- a) *Momento de la peritación*: conviene que las secuelas se hayan establecido. En el caso de los niños conviene, en muchos casos, hacerlo cuando han completado el crecimiento.
- b) *Selección del perito*: en Francia el juez tiene plena libertad de escogerlo. Lo lógico es que se haga con base en la experiencia y el prestigio científico del perito. También conviene que sea de una localidad diferente a la del lesionado, para garantizar imparcialidad y objetividad.
- c) *Objetivo de la peritación*: el juez debe ser concreto en sus preguntas para que el perito sea específico en sus respuestas.

2. Reglas de la peritación.

- a) El perito debe evitar abordar aspectos jurídicos.
- b) Debe respetar las reglas del contradictorio (ambas partes tienen derecho a saber lo que hace el perito).
- c) Debe respetar las creencias, en especial las religiosas, del lesionado.
- d) Debe brindarle el beneficio del secreto médico, con la excepción que le impone su carácter de perito, condición que debe advertir al paciente al inicio del estudio.

3. Informe del perito.

- a) El médico no tiene que hacer concesiones terminológicas. Es responsabilidad del juez asesorarse para entender el informe.
- b) El juez tiene el derecho y el deber de criticar el informe pericial en aspectos como el ligamen de causalidad y realidad del daño.
- c) Importancia del daño.
- d) Permanencia de las secuelas.

PALABRAS CLAVES: Pericia médico-legal, daño corporal, perito médico.

Voy a desarrollar el lugar de la peritación frente al enfoque personal del juez. Creo que existe un principio fundamental por el cual el juez no delega en el perito el establecimiento de la verdad sino que se esfuerza por buscarla él mismo.

Personalmente he practicado este método desde hace largo tiempo. Recuerdo el caso de un cirujano dentista, que sufrió un traumatismo indirecto de la columna cervical, y quien simulaba pérdida de la movilidad del cuello. Yo no lo había convocado a la audiencia, pero

cometió la imprudencia de venir. Se instaló detrás de su abogado al lado izquierdo de la sala y cuando el abogado del asegurador comenzó a hablar, él viró la cabeza inmediatamente. Como a mis colegas y a mí nos quedaba la duda de que la columna cervical podía permitirle ver de un lado pero no del otro; entonces yo le pedí a uno de los miembros del tribunal que fuera a la sala que estaba del lado contrario y que luego entrara de manera brusca y ruidosa. La experiencia fue concluyente. Podía girar la cabeza hacia uno y otro lado mucho mejor que

yo. Como hay que guardar formalidad en estos asuntos, le dije con toda seriedad "señor, nosotros acabamos de hacer una experiencia y hemos podido comprobar que usted puede girar la cabeza de los dos lados, así lo hemos comprobado en el tribunal y podemos decir que usted no tiene la inmovilidad alegada a pesar del dictamen médico".

En realidad, este ejemplo pone en evidencia el conflicto que generalmente se presenta entre la prueba de un perito, de un experto, médico o no, y la opinión del tribunal. Un peligro es que a pesar de

* Extracto de conferencia en Cuartas Jornadas de Medicina Legal, Jacó, Costa Rica, agosto de 1985.

** Magistrado Honorario del Supremo Tribunal de París, Francia.

la experiencia, nosotros los jueces no somos expertos, y el otro peligro es que los peritos también pueden equivocarse. En el caso que acabo de relatar, con el fin de no molestar a nadie, el tribunal lo que hizo fue señalar que entre el momento de la audiencia y el momento de la peritación médica había transcurrido mucho tiempo y que a eso se debía que las secuelas observadas por el experto no existieran ya.

Para estos casos del daño corporal en que el juez se encuentra frente a un dictamen del experto médico, todo depende de la capacidad del juez para leer y para entender el informe médico. Si el juez no ha hecho el esfuerzo de aprender algunas nociones médicas no podrá entonces replicar al dictamen del perito. Es por eso que desde hace mucho tiempo he venido escribiendo en Francia que la valoración del daño corporal es una especialidad. Dicho esto vamos a analizar las condiciones en que se estudia la apreciación de la pericia. Mi exposición va a estar dividida en tres partes: en primer lugar, las alternativas o las escogencias posibles del juez; en segundo lugar, las reglas del peritaje, y en tercer lugar, el informe del experto.

1. LAS ESCOGENCIAS O ALTERNATIVAS DEL JUEZ.

Se trata entonces en primer lugar de fijar el momento de la peritación, porque para que una pericia en materia de daño corporal sea segura, es necesario que las secuelas se hayan estabilizado. En particular, cuando el lesionado es un niño, se puede entonces proceder a una peritación inmediata que es considerada como una constatación, pero no como un informe final. Es preferible esperar a que el menor haya llegado a la edad en que termina su crecimiento.

La otra ventaja tratándose de los niños, es que la indemnización le será pagada en el momento en que sea mayor de edad y pueda recibirla personalmente. En el Derecho francés, el juez tiene plena libertad para escoger al perito. Existen en Francia listas de médicos inscritos en la sede de las Cortes de Apelaciones y de la Corte de Casación francesa, aunque el juez no está obligado a escoger el perito de esa lista. Lo esencial es, desde luego, la competencia del experto. En esto, desde hace unos diez años, hemos hecho grandes progresos gracias justamente a la enseñanza del daño corporal. Sin embargo, pode-

mos constatar que aún existe una gran desigualdad entre los peritos, y dicho sea de paso, al igual que sucede entre los juristas. De manera, que la escogencia depende más bien del conocimiento que el juez tenga de ese experto por los informes que le haya vertido anteriormente. Sucede con frecuencia que el lesionado tiene su domicilio lejos de la sede del tribunal. Aquí se presenta una dificultad en la escogencia. ¿Es preferible que sea examinado por un experto o perito del lugar en que vive, o más bien conviene designar un experto de la circunscripción del tribunal y ordenarle que se desplace hasta el lugar donde vive el lesionado? Esa es la disyuntiva. Para este examen a domicilio la primera cosa que debemos hacer, generalmente por intermedio de su abogado, es exigirle al lesionado que presente un certificado particularmente bien motivado de su imposibilidad de presentarse a la circunscripción del tribunal. Cuando es imposible enviar el médico al lugar en que vive el lesionado, debe escogerse uno de la localidad. Aquí existen los riesgos, sobre todo cuando se trata de un pequeño pueblo, caso en el cual juegan las circunstancias del conocimiento personal, riesgo desde luego diferente cuando se trata de una gran ciudad. Me sucedió el caso en que tuve que conocer de una peritación médica en la que se examinaba a otro médico de una gran ciudad. Justamente me di cuenta que el examinado y el perito eran compañeros de trabajo del mismo hospital. Muy amablemente tuve que pedirle al experto designado que se excusara a lo cual se negó. Su informe era de parcialidad evidente en favor de su colega. Se trataba de una fractura del escafoides cuyo plazo de consolidación es relativamente corto.

Supimos que este médico había sufrido un accidente anterior. El experto que designamos en París, solicitó las radiografías del accidente anterior, pero el médico contestó que se las habían robado de su automóvil. En conclusión, es preferible mandar un experto que uno conozca y en quien pueda confiarse para evitar ese tipo de dificultades.

La escogencia del perito comprende, pues tres puntos: El primero el del momento o la oportunidad, el segundo es las calidades personales del experto y el tercer punto es el de la misión, o sea el objetivo de la peritación. En nuestro caso la misión consiste en lo que el juez ordena al perito que haga, o la respuesta a las

interrogaciones contenidas en el expediente cuando se ofrece la prueba pericial.

El texto de la misión que se le encarga al experto depende de la concepción que se tenga del daño corporal.

La misión está dentro del marco específico que fija el juez y que el experto tiene que respetarla de manera rigurosa ni más ni menos, lo que el juez diga, pero nada más.

Dicho de otra manera hay que evitar las solicitudes de dictamen, demasiado generales, que yo llamaría esqueléticas, porque en tales casos el juez lo que hace es transferir su responsabilidad al perito médico.

En mi opinión, la indemnización del daño corporal debe ser concebida como una compensación del daño y no como una sanción o como una pena contra el adversario o contra el asegurador.

Ciertas distinciones deben ser hechas en esta materia y estas distinciones son admitidas con mayor frecuencia cada día.

La primera distinción es aquella que distingue entre el perjuicio económico y el perjuicio personal en el sentido de daño del perjuicio sufrido en la persona humana.

La segunda noción que amerita ser profundizada es ésta que llamamos del daño personal. Históricamente el daño ha sido enfocado como un atentado contra la posibilidad de ganar dinero. Un cierto progreso se ha logrado en el momento de distinguir entre perjuicio económico y perjuicio personal, porque justamente la incapacidad forma parte del perjuicio económico. Es por eso que en el caso de Francia desde hace unos veinte años hemos concebido el daño personal permanente como daño fisiológico. Y otro progreso más grande hemos dado cuando hemos pasado de daño fisiológico a daño funcional.

Y un nuevo progreso hemos realizado cuando hemos comprendido que el daño personal no es sólo funcional sino que tiene repercusiones en las funciones de todos los días.

La escuela italiana ha contribuido mucho al desarrollo de esta nueva escuela, según la cual se pasa del perjuicio funcional a las consecuencias en la vida cotidiana del perjuicio funcional. Nos hemos beneficiado, además, en este asunto de las investigaciones que se han realizado en lo que podríamos llamar "handicap". Explicando este término te-

nemos un ejemplo: En una carrera de caballos cada montador de caballos tiene un peso diferente y entonces se dice que se parte con un "handicap", es decir, que hay una desigualdad en el punto de partida, es decir unos pesan más que otros y eso es una desigualdad.

Es una corriente de pensamiento británica que ha sido muy estudiada por los ingleses y también por una escuela israelí.

Nosotros tenemos también en Francia una escuela de "handicapología". Lo que nos ha aportado esta noción de "handicap" es el verdadero perjuicio personal permanente. Esta nueva concepción ha permitido apreciar el perjuicio personal desde diferentes aspectos. Desde las consecuencias que tiene ese perjuicio personal en la vida cotidiana, en la vida social, en la vida familiar, en la vida íntima, en la vida de las diversiones. Esto marca un paso porque anteriormente cuando hablábamos del perjuicio funcional el espectro estaba muchísimo más reducido, es decir que estamos frente a un caso de ampliación de la noción de perjuicio funcional. Utilizando una imagen podemos decir que antes cuando se trataba de determinar el daño permanente, lo que se hacía era determinar lo que un médico podría apreciar cuando el paciente se encontraba en la posición de decúbito dorsal sobre la camilla, mientras que ahora el enfoque es como si viéramos una película de todo el día, desde que se levanta hasta que el lesionado se acuesta, todos los actos de su vida diaria.

Ustedes comprenden entonces que si se pasa de esa concepción de antes a la concepción actual, hay consecuencias muy importantes. Sobre esto, aunque volveré en la tercera conferencia, hoy en día nos cuestionamos, ¿en qué se convierte la tasa de incapacidad para poder determinar el daño corporal? Se cuestiona lo que es el porcentaje de incapacidad.

Les entrego estas reflexiones para que, de acuerdo con su manera de ver, puedan orientar sus reflexiones sobre la indemnización del daño corporal. Con esta reflexión, al igual que el Derecho no es un artículo de exportación, una metodología en materia de daño corporal tampoco es un artículo de exportación.

Existe una doble posibilidad de escogencia, una doble posibilidad de peritaje, una concepción clásica que descansa en la noción de incapacidad permanente y de la tasa de incapacidad; y una segun-

da posibilidad que es lo que podríamos llamar la misión descriptiva, esencialmente descriptiva. En cuanto a la primera la cuantitativa, que es utilizada prioritariamente en Francia, en Bélgica y en Italia; en este caso se le pide al perito que dé opiniones cuantitativas (porcentajes), duración de la incapacidad temporal, tasa de esta incapacidad temporal y tasa de incapacidad permanente (porcentaje), en esta concepción clásica desde luego.

Quisiera decir por lo menos una palabra sobre lo que se llama la *consolidación*, porque existe una confusión muy extendida entre la consolidación y la causalidad. Porque cuando se fija una fecha de consolidación se considera que los gastos médicos ya no serán, después de ese momento, atribuibles al responsable del daño. Y esto es un grave error puesto que la carga de los gastos médicos no depende de una fecha sino más bien del ligamen que une el accidente con el perjuicio. Incluso en los casos de la misión clásica se le pide al experto que inclusive hable de la tasa de incapacidad en función de la calificación profesional de la persona, tomando en cuenta la incidencia profesional, las repercusiones profesionales de la incapacidad.

Esto es una confusión entre el perjuicio económico que son las incidencias personales económicas y el perjuicio personal propiamente dicho.

El otro tipo de misión, es la *misión esencialmente descriptiva* que es utilizada en los países anglosajones es decir generalmente en Gran Bretaña y en Alemania Federal. Nosotros en 1980 en París hablamos suprimido la noción de tasas de incapacidad y en consecuencia la misión se había convertido en esencialmente descriptiva. Pero esta fue una reforma prematura que no fue recibida con beneplácito, sobre todo por los abogados que estaban perdidos al no tener como punto de referencia la tasa de incapacidad.

Y en este caso del peritaje descriptivo, se le pide al experto no que determine la incapacidad temporal, sino cuál es el plazo de duración normal de esa incapacidad temporal en función de las circunstancias y de la evolución de las lesiones.

Ahora voy a referirme a otro tipo de misión (tercer tipo) que es lo que yo llamo la *misión odontológica* y a la función de la masticación, y aquí lo que es importante es el problema de las prótesis, el proble-

ma del precio de las prótesis y el problema de la renovación de las prótesis. Hay otro tipo de misiones que yo llamo la *misión de agravación* caso del cual el lesionado ya fue indemnizado pero alega que las secuelas le han producido una agravación. En este caso el juez pregunta si ha existido una agravación y sobre todo si existe relación de causalidad entre la agravación y el traumatismo.

También es muy importante que otro caso, el caso de los grandes inválidos, sea tratado por aparte sobre todo para el alojamiento, sobre todo cuando se trata de determinar la compatibilidad entre la disminución (handicap) y la vida normal de todos los días, incluyendo el albergue y si él puede abandonar el edificio donde él vive. Igualmente el problema de la asistencia por medio de terceras personas.

Un problema enorme en la práctica es cómo poder compensar los problemas de incapacidad del lesionado que ha sufrido una pérdida de lucidez total. Hay unos que consideran en una primera tendencia que a pesar de la falta de lucidez hay que indemnizar y esos son los de la tendencia que creen que la indemnización es una sanción y sobre este punto la mayoría de la jurisprudencia francesa es partidaria de esta teoría de la indemnización a pesar de la falta de lucidez. Yo soy de una opinión contraria, porque yo creo que en este caso la indemnización no sirve para nada, la indemnización lo que va es a ser utilizada por las personas que lo rodean.

2. REGLAS DE LA PERITACIÓN.

Nosotros vamos ahora rápidamente a abordar el segundo gran punto de la exposición que son *las reglas del peritaje*.

La primera cosa que tenemos que decir es que el experto debe evitar tocar las cosas que están fuera de su misión y particularmente debe evitar abordar los problemas jurídicos. Es muy deseable que entre el perito y el juez exista una relación constante que permita al experto que en caso de dudas el juez le pueda ayudar. En lo que se refiere a los derechos y obligaciones del experto yo quisiera hablar, sobre todo mencionar el secreto profesional, *secreto médico*. El experto tiene que darle al lesionado una acogida normal, correcta. Debe, en primer lugar y fundamentalmente *respetar las reglas del contradictorio* (este es un aspecto fundamental del dictamen), es

decir que las dos partes deben saber todo lo que hace el experto, tienen derecho a que se le comuniquen los documentos y saber todo lo que hace el perito. Es el momento de decir, que el experto o perito no tiene todos los derechos. *Los derechos del experto o perito están limitados por los derechos del hombre.* Hay límites por ejemplo sobre la forma en que usted puede interrogar a un lesionado.

Hay entre otras cosas que *respetar las creencias y en particular las creencias religiosas.*

Por ejemplo tampoco se puede obligar a un lesionado a dejarse tomar una muestra sanguínea. También es necesario evitar imponerle al lesionado *test o pruebas desagradables* y en todo caso es necesario indicarle al lesionado que se va a producir tal o cual efecto a causa de esa prueba.

Por ejemplo, en mi caso personal tuve una vez un accidente de carácter otorrinolaringológico y cuando fui convocado por el otorrino me hizo una inyección laberíntica (la prueba laberíntica) sin prevenirme que eso me iba a provocar un vértigo y la consecuencia de eso fue que inclusive me caí. El médico debe entonces prevenirle al paciente qué efectos se van a producir y más o menos cuánto esos efectos van a durar. Y con mucha mayor razón cuando se trata de pruebas peligrosas en que si fuera posible mejor no hacerlas.

3. EL INFORME DEL PERITO.

Yo voy a la tercera y última parte de mi conferencia, al *informe*, y voy a ser todavía más breve que he sido con las otras cosas.

La primera cosa que creo importante es que *el médico no tiene que hacer concesiones terminológicas, él debe usar el lenguaje técnico* y allá le corresponde al abogado investigar y hacerse asesorar para entender lo que quiere decir el informe.

Por fin, yo llego al punto de la utilización del informe que es lo que yo llamo *el derecho de crítica del peritaje médico*. Un informe pericial no es la biblia. Nosotros tenemos *el derecho y yo diría el deber de criticar los informes periciales* al igual que los otros tienen el derecho de criticar nuestros fallos.

Esa crítica alcanza o se refiere en primer lugar a *la realidad del daño*. Por ejemplo, yo leo en un informe después de una fractura del fémur el resultado

funcional es excelente, el lesionado camina sin dificultad y sin un bastón, entonces la tasa de incapacidad debería ser cero, y nada de eso: la incapacidad parcial es del 23%. Tengo otros ejemplos tanto o más humorísticos pero prefiero no leerlos.

El otro punto de la crítica de los informes y es esencial, es el punto del *ligamen de causalidad*, el lazo o ligamen de causalidad.

Para abreviar voy a dar un solo ejemplo, se trata todavía de una hernia hiatal como la de que hablé ayer, se lee en el informe el ligamen con el accidente no está probado de manera absoluta, pero habría podido jugar un papel desencadenante y aquí nosotros estábamos en presencia de un caso de duda y es necesario señalar que en esta materia la duda no va en favor del lesionado porque él es el encargado de proveer la prueba. Porque el principio en Derecho es que el que demanda tiene que proveer la prueba ya se trate del Ministerio Público o se trate del demandante civil, el actor civil. En el caso en estudio el experto cometió un error más, porque él señaló que tenía duda que la incapacidad era del 15% pero como él tenía duda iba a dividir el 15% entre dos y dijo que la tasa de incapacidad era del 7,5%.

Otro aspecto que debe ser analizado en los dictámenes o en el informe médico es el aspecto de la importancia, yo cito con frecuencia el caso de un estudiante de Medicina que había sufrido un grave accidente en el cual había tenido un traumatismo del cráneo con pérdida del conocimiento y esto le había dejado como secuela una hemianopsia, es decir la pérdida de la mitad del campo visual (de la vista). También había alegado una impotencia sexual y sus futuros colegas propusieron en un primer momento una incapacidad del 80%. En realidad, este estudiante llegó a convertirse en médico, pero médico de la seguridad social. Él se casó y tuvo dos hijos y no tienen derecho de suponer lo que se están imaginando en este momento. Aquí es evidente que ha existido un error total sobre la importancia del perjuicio.

Voy finalmente, a abordar el último asunto y termino dentro de los próximos tres minutos, es el de *la permanencia de las secuelas*, justamente es el problema de la incapacidad permanente y se trata de saber si la tasa de incapacidad va a durar toda la vida, si esas secuelas van a llegar hasta la muerte.

Yo citaré el caso de una joven de 16 años quien sufrió un accidente a raíz del cual ella sufrió una paraplejía es decir una paralización de los miembros inferiores. El médico experto que por cierto era un profesor había señalado en ese caso que la incapacidad era del ciento por ciento, que ella no podría jamás dejar su silla y que debería ser asistida por otra persona en permanencia. Yo recibí esta joven mujer cuando ya tenía unos cinco o seis años más, tenía alrededor de 21 años cuando yo la recibí en el Palacio de Justicia. Ella caminaba con dificultad y ayudándose de muletas, pero ella conducía un vehículo preparado especialmente. Ella ejercía el oficio de secretaria de una manera permanente y ella vivía en un apartamento autónoma, sola. Yo no quisiera que me tomen como un verdugo. El hecho de que la haya hecho comparecer al tribunal es porque su padre era un verdadero delincuente, un verdadero bandido y que después del accidente la emancipó y la hizo firmar documento de cesión de la indemnización a favor de uno de sus acreedores. Nosotros anulamos la cesión de las indemnizaciones de la joven hacia el acreedor del padre y es por eso que cité el caso de la niña. Desde luego, nosotros le concedimos la indemnización y pudo percibirla personalmente.

Justo antes de venirme de Francia, un americano, Greg Le Mond ganó la vuelta de Francia en bicicleta. Este hombre, el señor Le Mond en 1987 sufrió un grave accidente, un accidente de cacería en el cual tenía porciones de plomo en los riñones, en los pulmones, en los intestinos y gracias a la alta calidad de las curaciones médicas que recibió y de su voluntad personal pudo volverse a convertir en un gran campeón por haber logrado una recuperación completa.

Yo concluiré entonces diciendo que el dictamen médico es un medio de prueba, pero depende de su validez jurídica y de su buen fundamento técnico médico-legal.

Estimado lector:

Mucho agradeceríamos sus observaciones acerca de la nueva presentación y otros cambios de forma en nuestra revista.

Comité Editorial