

V. Reglas de acreditación

1. Carga inicial del solicitante es, de todos modos, presentar la solicitud en modelo normalizado, de modo individual con independencia que litigue conjuntamente con otros (artículo 12 LAJG). Debe cumplir con la carga antes de interponer demanda o de formular contestación a la ya interpuesta, salvo supuestos en los que una vez presentados dichos escritos sobrevengan las circunstancias que legitimen la solicitud del derecho (artículo 8 LAJG). Junto con la solicitud se presentarán una serie de documentos ya indicados en el formulario previsto. La falta de alguno será advertida en el examen preliminar a cargo del Colegio de Abogados que corresponda, permitiendo la subsanación en plazo de diez días hábiles. Dejar pasar esta posibilidad subsanatoria supondrá el archivo de la solicitud, por mucho que este tipo de terminación debe apreciarse de modo restrictivo.

A diferencia de la Comisión, el Colegio profesional sólo contrasta la correcta cumplimentación de la solicitud y la aportación de los documentos obligatorios, sin que quepa recabar otros de índole facultativa pero igualmente necesaria para resolver el caso.

2. Como cuestión fáctica la insuficiencia económica se convierte en tema de prueba, que se coloca sobre las espaldas del solicitante del beneficio⁴³⁴. No obstante existe una inversión de la carga probatoria, que pesará sobre el ente público o particular interesado, cuando el solicitante haya demostrado *prima facie* la existencia de requisitos objetivos.

En este sentido, las Comisiones de Asistencia jurídica gratuita podrán recabar información económica a través de documentos (artículo 17 LAJG). Se incluye la posibilidad de acudir a la Agencia Tributaria para confirmar datos fiscales alegados por el solicitante, pero también podrá actuar mediante inspecciones oculares o testimonios⁴³⁵.

434. STC 186/1994, de 20 de junio, FJ 5°.

435. En este sentido Juan Luis GÓMEZ COLOMER, “El nuevo régimen...”, cit., p. 6.

3. Dentro de la exclusión del derecho, y a cargo de las partes no solicitantes del beneficio, la discrecionalidad perseguirá desentrañar la auténtica realidad económica del sujeto solicitante. Para ello se dispensará especial interés hacia los signos externos de riqueza (artículo 4 LAJG), que dependerán del contexto y momento social estudiado y obviamente deberán contradecir lo declarado por el solicitante.

Suelen considerarse signos externos de riqueza los siguientes: a) tono ostentoso y de alarde en el comportamiento del solicitante (STS de 14 de junio de 1956); b) ser miembro de clubs o ámbitos recreativos y concurrir con frecuencia a establecimientos de lujo (STS de 9 de diciembre de 1966); c) comer habitualmente en restaurantes caros o veranear en segunda residencia (STS 24 de octubre de 1985); d) ser licenciatario fiscal para vender gasolina y lubricantes (STS de 14 de abril de 1989, EDJ 3978).

4. Los olvidos en la determinación de elementos patrimoniales se equiparan a la ocultación maliciosa, en tanto aquellos se presumen maliciosos⁴³⁶, lo que deja de permitir la prueba en contrario⁴³⁷. Si esto no tiene lugar, la ocultación voluntaria o el simple olvido imponen igual resultado, cual es la denegación del derecho en virtud del artículo 19 LAJG. Ahora bien, ello tendrá lugar sólo si, computando lo omitido, se superan los límites legales, pues no debiera considerarse a modo de un inopinado castigo por mentir.

5. La Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita tendrá que puntuar los beneficios otorgados en aplicación de la concesión por modulación subjetiva (artículo 5 II LAJG), y la proporción procedente en cada caso, motivando las razones por lo que se concede o por lo que no, al igual que se justifica el otorgamiento de la gratuidad o su negación. Lo contrario vulneraría el derecho de defensa del solicitante, siendo el control jurisdiccional un mecanismo corrector, tanto para ofrecer la motivación omitida como para revocar la decisión de la Comisión y tomar otra, judicialmente motivada de necesidad.

436. SsTS de 27 de noviembre de 1963 (Ar. 4643); 24 de enero de 1967 (Ar. 242); 25 de enero de 1978 (Ar. 15).

437. STS de 9 de marzo de 1971 (Ar. 1229).

VI. Control jurisdiccional de la decisión administrativa sobre concesión o denegación del derecho de gratuidad

VI.1. La etapa administrativa del trámite impugnativo

Con la remisión efectuada a la LRJAPPAC (artículo 11 I LAJG) no debe dudarse que el régimen administrativo es el aplicable a las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita⁴³⁸. Esto se acomoda a la desjudicialización del reconocimiento del derecho a la gratuidad propio de una prestación por entero pública⁴³⁹. En este sentido es lícito concluir en el uso de la discrecionalidad propia de la Administración, un campo extraordinariamente fértil, desde tiempo, cultivado por la disciplina administrativista⁴⁴⁰.

Según el artículo 54.1.f LRJAPPAC requieren motivación, con sucinta relación de hechos y fundamentos jurídicos, los actos “que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa”⁴⁴¹.

438. Sobre los problemas durante el cambio de órganos competentes v. STC 187/2004 de 2 de noviembre.

439. En este sentido Juan Luis GÓMEZ COLOMER, “El nuevo régimen...”, cit., p. 2; quien destaca la pérdida de naturaleza judicial del procedimiento para la concesión del beneficio de gratuidad, transformado totalmente en administrativo, a imagen de los sistemas jurídicos más avanzados de nuestro ámbito socio-cultural y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Europeo de Derechos Humanos.

440. Lorenzo MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, “Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial”, *Revista de Administración Pública*, nº 100-102, 1983-II, pp. 1083 y ss.; Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991; Miguel SÁNCHEZ MORÓN, “Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ, Madrid, 1994, pp. 143 y ss.

441. Véanse AaTSJ Comunidad Valenciana (Sala Civil), todos de 18 de enero de 2000 (EDJ 1381, 1382, 1384).

VI.2. El control jurisdiccional

1. El artículo 20 I LAJG establece que “quienes sean titulares de un derecho o de un interés legítimo podrán impugnar las resoluciones que, de modo definitivo, reconozcan o denieguen el derecho a la asistencia jurídica gratuita”.

La impugnación debe estar motivada y presentarse por escrito ante el Secretario de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, sin que en este trámite sea preceptiva la intervención de abogado.

2. El procedimiento es relativamente sencillo. Se dispone de un plazo de presentación de cinco días hábiles a contar desde el siguiente al de la notificación de la resolución, pero el cómputo puede comenzar desde que aquélla haya sido conocida por cualquiera de los legitimados para impugnar, mediando la oportuna justificación en este caso, alternativo al anterior sólo si resulta más favorable. El escrito de impugnación se remitirá al Juzgado o Tribunal que conozca la causa y, si el procedimiento no se hubiera iniciado, al Juez Decano para su reparto. Se acompañará el expediente correspondiente a la resolución impugnada y una certificación de ésta. Recibidos los indicados documentos por el juzgador competente, sea directamente u operado el reparto del asunto, el Juez o Tribunal citará de comparecencia a las partes y al Abogado del Estado o al Letrado de la Comunidad Autónoma correspondiente cuando de ella dependa administrativamente la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita. Las resoluciones *inaudita parte* u omisiones de este trámite suponen nulidad de lo actuado⁴⁴².

3. La comparecencia habrá de tener lugar dentro de los ocho días siguientes a la recepción de los documentos por el órgano competente para resolver, que una vez oídas las partes y practicados los medios de prueba pertinentes, para lo que se establece un plazo de cinco días, dispondrá de otros cinco para dictar auto irrecurrible que confirme o revoque la decisión de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita. Asimismo, si se considera que la impugnación se hubiera promovido de manera temeraria o con abuso de derecho, podrá imponer una sanción pecuniaria de cinco mil a cincuenta mil pesetas (30,05 a 300,51 euros).

⁴⁴². Por todas, SAP Cádiz (Secc. 4ª) de 4 de noviembre de 1999, FD 1º (EDJ 45923).

En primer lugar llama la atención que una decisión administrativa se resuelva por el juzgador civil, razonando el particular en la unidad de función que se advierte entre la solicitud de gratuidad y el proceso civil para el que se ordena, en donde se instala a modo de incidente. Y la mencionada unidad no se pervierte cuando el beneficio no se reclama para un proceso civil, pues siguiendo la idea del incidente, resulta competente el órgano judicial del orden jurisdiccional que está conociendo el proceso principal incoado o que se pretende incoar.

Como regla no tiene lugar la suspensión del proceso principal, aunque siempre cabría utilizar el mecanismo suspensivo del artículo 16 LAJG, a fin de evitar que el transcurso de los plazos pueda provocar la preclusión de un trámite o la indefensión de cualquiera de las partes, tanto antes⁴⁴³ como después de iniciado el proceso principal⁴⁴⁴.

En segundo lugar debe rechazarse la idea de que el mecanismo impugnativo constituya un recurso en sentido estricto, entendido éste como acto procesal⁴⁴⁵.

4. El órgano judicial convocará a las partes implicadas y a un representante de la Administración –sea el Abogado del Estado si se trata de la Administración estatal, sea letrado público de otro cuerpo si la Administración competente es la autonómica–. La comparecencia se celebrará dentro de los ocho días siguientes a la recepción de toda la documentación, destacando la importancia de este plazo habida cuenta que se trata de un trámite incidental sin efecto suspensivo. Los comparecientes tendrán turno de exposición de alegaciones y proposición probatoria, si bien se sostiene que el principio de actuación judi-

443. Sobre prescripción de acciones v., por ejemplo, SsAAPP SAP Santa Cruz de Tenerife (Secc. 1ª) de 14 de julio de 2003, FD 4º (EDJ 190), Palencia (Secc. 1ª) de 14 de julio de 2004, FD 2º (EDJ 139280). Sobre la paralización de la caducidad SAP Barcelona (Secc. 17ª) de 12 de mayo 2000 (BDEJ 34475).

444. SsAP Asturias (Secc. 6ª) de 6 de marzo de 1998 (EDJ 3697), Lleida (Secc. 2ª) 5 de julio de 2000 (EDJ 75107), Madrid (Secc. 11ª) de 10 de noviembre de 2001 (EDJ 70521), Albacete (Secc. 1ª) 22 de noviembre de 2001 (EDJ 75279), Cantabria (Secc. 3ª) de 4 de diciembre de 2002 (EDJ 72110), Málaga (Secc. 6ª) de 5 de diciembre de 2002 (EDJ 70860), Alicante (Secc. 5ª) de 8 de julio de 2004.

445. V. Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *Derecho...*, cit., pp. 138 y ss.

cial es el inquisitivo. De ahí cabe sostener que el déficit de propuestas probatorias podría subsanarse por el juzgador, amparado en el ajuste de la gratuidad como servicio público y, así, en su enlace natural con un interés general.

En un plazo de cinco días, a contar desde el siguiente al que se practicase prueba en la señalada comparecencia, se dictará auto irrecurrible que mantenga o revoque la decisión de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, resolviendo de ese modo la controversia incidental, con valor de cosa juzgada formal y material⁴⁴⁶. Dentro de esta resolución cabe incluir una sanción pecuniaria por abuso de derecho o temeridad y sólo el cambio sobrevenido de circunstancias permitirá solicitar, de nuevo, la gratuidad denegada.

5. A su vez, la Administración puede revisar de oficio, mediante el procedimiento del artículo 102 LRJAPPAC (remitido por el artículo 18.2 LAJG y que permite el apremio administrativo propio de las recaudaciones) la concesión del derecho y revocar por motivos de legalidad (artículo 19 LAJG): declaraciones erróneas, datos ocultos, falsedades; todos siempre y cuando resulten determinantes para el reconocimiento del derecho.

Quepa anotar al respecto, por último, que la doctrina especializada indica que los supuestos erróneos, no subsanables en trámites de Comisión, deberían haberse excluido de las causas de revocación⁴⁴⁷.

VII. Régimen en el ámbito del peritaje civil

1. Como regla general el derecho a la asistencia pericial anula la posibilidad de una provisión de fondos. Ahora bien, la falta de peritos

446. Es posible interponer amparo ante el Tribunal Constitucional; cfr. Disposición Adicional Primera del Acuerdo del Alto Tribunal de 18 de junio de 1996 sobre asistencia jurídica gratuita.

447. Ignacio COLOMER HERNÁNDEZ, *El derecho...*, cit., p. 127.

públicos plantea la cuestión de si el experto privado puede exigir provisión o se somete a un régimen especialmente exigente, en desigualdad con el resto de peritos privados actuantes.

2. Sabemos que a partir del artículo 119 CE, el mencionado derecho constitucional no fundamental se desarrolla en la LAJG y RAJG, donde se incluye la pericia como prestación contenida en el derecho (artículo 6.6 LAJG). De ese modo se permitirá la designación judicial de un experto cuando el justiciable no pueda costearlo por sí mismo. La denegación del beneficio de gratuidad solicitado impondrá que el solicitante pierda las designaciones provisionales de abogado y procurador, abonando el coste de las actuaciones profesionales realizadas desde una perspectiva enteramente privada. Como no se prevé del mismo modo la designación provisional de perito no se observa para éste la misma consecuencia. Sin embargo, idéntica respuesta práctica podría tener lugar cuando sobrevenga una revocación del beneficio (artículos 19 LAJG y 18 RAJG).

3. Reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuito el perito se escogerá de entre el personal técnico adscrito al órgano jurisdiccional o a su disposición. En su defecto, y siguiendo el juego ofrecido por los artículos 339.1 LEC y 6.6 LAJG se acudirá a funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de la Administración pública. Por último, y subsidiariamente, aparecería el sorteo sobre expertos privados según el artículo 341 LEC (artículo 6.6 II LAJG), quienes de los mencionados son los únicos que no perciben un salario o sueldo por sus servicios, planteando de ese modo la hipótesis de una provisión de fondos para anticipar económicamente los gastos de su intervención. Como regla no se elude el resarcimiento de los gastos y abono de las remuneraciones debidas, que asumirá el Estado precisamente porque se trata de justicia gratuita⁴⁴⁸.

Se ha generado, en cualquier caso, un orden legal absoluto, básicamente orientado a la minimización de gastos, donde el experto privado es el último recurso para el órgano judicial, que motivadamente lo requerirá bajo determinadas especialidades.

448. Miguel LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, *La prueba...*, cit., p. 104.

4. De otro lado, antes de que el profesional designado lleve a cabo el encargo habrá de remitir a la Gerencia del Ministerio de Justicia territorialmente competente el coste económico que prevé vaya a existir, con distinción del tiempo a emplear y los gastos precisos para la tarea a desempeñar. Junto con la previsión acompañará copia de la resolución judicial que le ha introducido en el proceso. En el plazo de un mes podrá el órgano competente plantear inconvenientes. Si no lo hiciera se entenderá aprobada la solicitud (artículo 39.1 i.f. RAJG), lo que constituye silencio administrativo positivo. Para algunos autores el particular supone un exceso temporal causante de dilación indebida⁴⁴⁹, aunque a la vista del régimen ordinario de la Administración no parece realista restringir el plazo, sobre todo porque se trata del futuro pagador (artículo 38.1 RAJG) si el beneficiario del derecho no hubiera vencido en costas. En tal caso es la contraparte condenada la que debe satisfacer el coste pericial, si bien en ningún caso tuvo ocasión de manifestarse sobre la conveniencia o no de la previsión económica planteada.

Existen otros dos supuestos por los que la Administración del Estado eludirá el abono del coste pericial. El primero tiene lugar cuando quien obtuvo el beneficio de gratuidad venció en el pleito sin imposición de costas y lo obtenido en el litigio se coloque por encima del triple de la cuantía de las costas causadas en su defensa. El segundo requiere que el beneficiario sea condenado en costas y en el plazo de los tres años siguientes a la terminación del pleito disfrute mejor fortuna, en el bien entendido que la nueva situación suponga una suficiencia económica que impediría la concesión del derecho retrotraída al momento de la solicitud, determinando el reintegro al Ministerio de Justicia que de todos modos satisface inicialmente el gasto (en las condiciones de ese momento posterior, lo que parece más ajustado a la justicia del caso).

5. El informe no tendrá coste para la parte titular del derecho, funcionando plenamente la obligación de sacrificio económico inicial apoyado en el artículo 118 CE. Nada impide que el beneficiado por el derecho aporte peritos por sí mismo designados, pero en tal caso difícilmente podría imputar su gasto inicial a la Administración de justicia.

449. Ignacio COLOMER HERNÁNDEZ, *El derecho...*, cit., p. 97.

Para el abono de honorarios procede la aplicación de los artículos 241 LEC y 38 y s. RAJG. Según estos últimos preceptos, del coste de los informes periciales responderá el Ministerio de justicia o la Comunidad autónoma que haya asumido competencias en la materia. Es sabida la excepción: cuando exista condena en costas a favor del titular del derecho o cuando aquello obtenido por éste supere tres veces las costas de su defensa. La atribución de pago a la Administración, sin embargo, a lo sumo entroncaría con la liquidación final de la actuación pericial, no con una provisión de fondos pretérita. Pero sobre la reclamación al Estado del experto impagado que invoque su garantía, la cuestión ha sido discutida desde hace largo tiempo⁴⁵⁰.

6. Solicitada pero no resuelta la solicitud de gratuidad, sea a instancia de parte, sea por decisión de oficio, el órgano juzgador puede suspender el procedimiento judicial si concurren determinadas circunstancias. La más evidente es la preceptividad de abogado o procurador, que cuando menos obliga a su designación provisional. A este ejemplo se suma la postulación gratuita cuando, sin ser preceptiva, letrado y causídico son oportunos en interés de la justicia. Con el peritaje existen supuestos en los que la participación del experto deviene obligada, de ahí su designación de oficio, por ejemplo, en determinados pleitos de Derecho de familia. Pero también en otros litigios donde su presencia no es preceptiva puede considerarse fundamental, por lo que igualmente operaría el interés de la justicia para que, a instancia de parte, se solicite la suspensión del procedimiento cuando no vaya a ser posible su efectiva presencia dentro de los plazos previstos. El apoyo normativo reside en el artículo 16.2 LAJG, donde se establece que procede evitar el transcurso de los plazos que conduzca a la preclusión de un trámite o la indefensión de cualquiera de las partes.

450. La polémica resultó especialmente ilustrativa en la vecina Francia: Denis GARREAU, "L'Expert judiciaire et le service public de la justice", D. 1988, chron. 97 y s., principalmente pp. 102 y s.; Tony MOUSSA, "La substitution de l'État au débiteur insolvable de la rémunération de l'expert", D. 1987, chron. 25; Michel PEISSE, "L'Expertise judiciaire: mission de service public?", *Gazette du Palais*, 1986, n° 3, pp. 383 a 386. Sobre el Estado como garante genérico de la insolvencia v. Henry SOLUS y Roger PERROT, *Droit...*, cit., p. 798.

7. Si se trata de una solicitud de gratuidad *ex ante* demanda también tendría lugar una paralización del cómputo del plazo de ejercicio de la acción elegida, lo que significa suspensión y no interrupción, pues a su término no se produce un reinicio del plazo, de ahí la crítica doctrinal efectuada sobre la terminología que empleó el legislador⁴⁵¹. En cualquier caso, es conveniente advertir que la previsión legal no conlleva que la solicitud de gratuidad se convierta en una dilación indebida. En consecuencia, la suspensión cesa si tiene lugar la designación provisional de letrado o la denegación del derecho en un primer momento, esto es, a manos de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita y sin perjuicio de que su decisión pueda revocarse a través del control jurisdiccional. Como sistema de cierre, pasados dos meses desde la presentación de la solicitud se alzaría la suspensión.

A su vez, el artículo 16 V LAJG establece que denegada la petición, si “fuere claramente abusiva y únicamente esté preordenada a dilatar los plazos”, el juez que conozca la causa puede computar los plazos de un modo legalmente estricto, con los resultados preclusivos que correspondan en consecuencia. Al respecto se opina que la finalidad dilatadora o abusiva constituye un requisito de signo subjetivo, cuya apreciación judicial puede suponer una auténtica denegación de la tutela judicial efectiva. Pues, de estimar su concurrencia el juzgador entendería que no habría existido suspensión y computaría procesalmente el tiempo efectivamente transcurrido⁴⁵².

VIII. La planteada desigualdad económica del servicio de asistencia gratuita

1. Para algunos autores con el citado artículo 6.6 LAJG no se incluyen dictámenes extrajudiciales, por lo que se ha criticado la dis-

451. Lorena BACHMAIER WINTER, *La asistencia...*, cit., p. 185.

452. Juan Luis GÓMEZ COLOMER, “El nuevo régimen...”, cit., p. 7.

criminación del litigante más débil económicamente⁴⁵³. Nótese que cuando el dictamen se anuncia y efectivamente se realiza a continuación podrá valorarse para sentenciar. Ocurre simplemente que en la demanda o contestación no se habrá podido contar con él, lo que en el fondo no parece tan grave en el terreno de las consecuencias si finalmente se apoya lo alegado con la valoración experta. Desde otra perspectiva es cierto que cuando no media justicia gratuita, el juez decidirá si el peritaje propuesto como medio de prueba es útil y pertinente, mientras que de existir el beneficio de “pobreza” no prevén las normas procesales, al menos no expresamente, tal eventual juicio negativo de admisión. Hay quien advierte con ello un cierto trato de favor al beneficiado por la gratuidad, equiparándolo al sujeto que con disponibilidad económica decidió acompañar su demanda o contestación con un peritaje extrajudicial que no tuvo que pedir al juez⁴⁵⁴. Pero obvio es decir que esto último no impone una futura admisión como medio de prueba; sin olvidar que la ley no prohíbe el juicio de admisión, obligado por aplicación de las reglas generales sobre prueba –salvo los contados supuestos de peritaje necesario–, relativizando sobremanera la crítica apuntada.

2. En sentido similar al ya aludido, el peritaje como medio de prueba ajeno a las normas de justicia gratuita también debe proponerse en momento oportuno, e igual que ha de ocurrir con los documentos que se acompañan con la demanda o la contestación, puede el juez inadmitir su introducción en el proceso como medio de prueba. Resulta radicalmente confuso sostener que por el hecho de aportar dictámenes con la demanda/contestación, imponiendo su traslado a las contrapartes porque es el trámite que corresponde, no quepa la inadmisión en virtud del artículo 265.4 LEC. A su vez, mientras el perito

453. De otro lado, si se supera el doble del salario mínimo interprofesional y se carece de medios suficientes se plantea una especie de renuncia tácita al peritaje; *sic* Joan PICÓ JUNOY, “Artículo 335 a 352”, cit., pp. 1.886 y s.; citando a Victor Manuel MORENO CATENA, “Algunos problemas de la prueba en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *El proceso civil y su reforma* (Manuel Morón Palomino dir.), Colex, Madrid, 1998, p. 303. En similar sentido Lluís MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos...*, cit., p. 341, nota núm. 4; citando a María del Carmen BLASCO SOTO, “La asistencia pericial gratuita.

454. En este sentido, Lluís MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos...*, cit., p. 342.

designado judicialmente a instancia de parte requiere admisión o no dependiendo de su pertinencia y utilidad⁴⁵⁵.

IX. La libertad de elección de perito y el beneficio de la justicia gratuita

1. La contratación privada no descansa en el ya aludido rasero igualitario de la participación pericial bajo nombramiento expreso. En el ámbito de la libre autonomía de la voluntad el experto pactará lo que considere exigible y el litigante pagará lo que privadamente entienda oportuno. De ese modo el precio no dependerá del trabajo a realizar objetivamente considerado, sino de la singularidad de quien lo haga, con su experiencia, prestigio y cualquier otra circunstancia que particularice al sujeto experto. Piénsese, de igual modo, que ese especialista puede rechazar la posibilidad de estar incluido en una lista de su colegio profesional o asociación equivalente. Puede tomar esa alternativa por no disponer de tiempo, pero también porque no desee participar como lo hacen sus colegas, bajo un régimen económico que, aun admitiendo la provisión de fondos, permite el recorte juzgador sobre la cuantía solicitada y, lo más importante, también permitiría, con posterioridad, delimitar los honorarios a través de una tasación que se serviría de criterios objetivos: un mismo rasero por un mismo trabajo y no por el sujeto que lo haya realizado.

Recuérdese que el artículo 5.h. de la ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios profesionales, modificada por ley 74/1978 de 26 de diciembre, establece como función colegial la de proporcionar a los

455. Aboga por esa interpretación, sin embargo, Jesús C. RUEDA LÓPEZ, “Art. 182 al 359”, cit., p. 1.112. Reconoce el autor que para todo perito se exigirán las condiciones del artículo 340 LEC (id., p. 1.114), por lo que si los designados *ex parte* no los cumplieren, la prueba ya admitida –en la tesis de este autor– habría de revocarse, mientras que nada indica en la etapa de proposición probatoria (audiencia previa o vista de juicio verbal). Pero si la parte omite referencia alguna al peritaje ya aportado no parece viable su introducción en el elenco de medios de prueba a practicar, y en su caso valorar para dictar sentencia.

tribunales de justicia, conforme a la ley, la relación de colegiados que pueden ser requeridos como peritos en asuntos judiciales. Nada impediría, sin embargo, que cuando ningún colegiado deseara formar parte de ese tipo de listado, desde el juzgado se requiera la relación total de colegiados y se actúe en función de los parámetros generales contenidos en los artículos 118 CE y 17.1 LOPJ.

Ante este ejemplo práctico no han faltado autores que recogieron el debate parlamentario referido a la desigualdad entre litigantes⁴⁵⁶. Se trataba de distinguir entre aquellos justiciables con capacidad económica para hacerse con el mejor experto y los que no alcanzan sino al “peor”. Dejando de lado que lo mejor sea a veces enemigo de lo bueno y que no siempre el coste económico asegura la finalidad legítimamente perseguida, se critica la posición en que queda la parte más desfavorecida económicamente y la limitación del derecho de defensa del demandado.

Otra doctrina busca sobre todo desdramatizar el debate, considerando que la nueva LEC no hace nada nuevo por cuanto en la práctica las partes siempre acompañaron a sus escritos iniciales dictámenes de peritos por ellas designados, si bien los mismos no se consideraban prueba pericial en sentido estricto⁴⁵⁷.

Los casos más graves, obvia decir, se habrán de resolver con los mecanismos de la justicia gratuita, pero aún en tales supuestos también cabría alzar ese tipo de críticas, sobre todo utilizando argumentos vertidos en el marco de la defensa jurídica “gratuita” (en realidad “pagada” por la Administración). En efecto, desde siempre se ha criticado la desigualdad que puede generar el abogado de oficio principiante frente al experto que esquivaba tanto el turno de oficio cuando era obligatorio, como la asunción de un pleito sin provisión de fondos y con cliente “sospechoso” de tener derecho a la asistencia jurídica gratuita.

456. Véase el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 27 de julio de 1999, p. 21.391; Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 23 de septiembre de 1999, pp. 13.809 a 13.814 y 13.835. Cfr. la motivación de la enmienda al artículo 336 PLEC (Diario Oficial del Congreso de los Diputados, 26 de marzo de 1999).

457. Joan PICÓ JUNOY, “Artículo 335 a 352”, cit., p. 1.884; Juan Luis GÓMEZ COLOMER, “Capítulo 15º. La prueba (IV)...”, cit., p. 366.

2. Es si cabe más sencilla la interpolación de ese tipo de planteamientos a la situación del experto que puede actuar como perito en un juicio; porque no conocemos la existencia de turnos de oficio obligatorios, porque los especialistas no jurídicos pueden trabajar fuera del ámbito judicial –los hay “profesionalizados” en juicios, pero la labor privada suele ser la mayoritaria–, y porque los sistemas públicos que retribuyen expertos (principalmente médicos o psicólogos forenses) desarrollan su dedicación bajo sueldos fijos. Ciertamente, este último dato es instrumentalizado por la crítica de la desidia, inmerecida en la inmensa mayoría de supuestos, pero no deja de mostrar un tipo de trabajo en muchas ocasiones afectado por la sobrecarga y la falta de medios, lo cual se supera a costa de desembolso económico en el campo privado. De cualquier manera, y al igual que ocurre para el letrado de pago o “gratuito”, la tutela judicial efectiva que para todo supuesto se establece como justificación última de esas necesidades económicas a cubrir, debe asumirse como un planteamiento de mínimos y no de máximos, donde aquellos van a ser cubiertos con la justicia gratuita y donde el máximo al que alcanza el bolsillo del litigante no tendría que afectar el estándar fundamental de prestación que merece cualquier justiciable⁴⁵⁸.

En este sentido, el importe de los honorarios se ha podido fijar dependiendo de específicas cualidades profesionales del perito, incluso personales, u otras circunstancias que vendrán a definir directa y exclusivamente los propios expertos. Su reflejo en la tasación de costas permite la impugnación de la parte obligada a su pago, si considera oportuno discutir como exceso de honorarios el plus de valor generado por ese tipo de cualidades especiales, sea personal sea profesional, que objetivamente no se considere imprescindible para la elaboración del dictamen.

3. Al no ser proponente del medio de prueba, la regla general impide que sea obligado al anticipo, por lo que la protesta en sede de provisión de fondos es demasiado prematura por mucho que se alegue como salvaguarda de un eventual pronunciamiento condenatorio en costas. Y si fuese proponente la única alternativa residiría en negarse a pagar, no en discutir el importe o satisfacer menos de lo pedido, que viene a ser una negativa parcial con efectos similares al rechazo total.

458. Véase, en tal sentido, Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *Derecho...*, cit., p. 446, cita núm. 364.

Y nótese que la reposición contra la providencia que acuerda la cuantía de la provisión nunca sería suspensiva y no impediría la utilización del pago requerido (entre expertos de igual calidad profesional).

La desigualdad también se plantea desde otra perspectiva, cual es la imposibilidad de elegir al perito estando en curso el proceso⁴⁵⁹. Debemos recordar, sin embargo, que la imparcialidad y objetividad imperante sobre el experto, y el estándar mínimo exigible para su correcta funcionalidad, en cierto modo convierten al perito en un valor fungible pero nunca sustituible por el juez⁴⁶⁰.

4. Por otra parte, el hecho de que funcione la justicia gratuita no implica que el perito no haya sido elegido expresamente por la parte. Obvia decir que si se solicitó la designación judicial del perito por quien se manifiesta titular del beneficio de gratuidad, difícilmente habrá acudido ese sujeto al ámbito privado y actuado en el mercado libre de contratación de los peritos. Puede que esto ocurra y más adelante devenga insolvente, y conocedor de su situación de gratuidad la solicite efectivamente.

5. A diferencia del efecto retroactivo que procede con respecto del abogado –por demás obligado a instruir a su cliente de las posibilidades que le ofrece la LAJG–, una vez contratado, el perito solicitará el anticipo que considere oportuno, una provisión sin la cual no trabajará. Por eso no podría afectarle en momento posterior la insolvencia de su cliente, pues ya ha cobrado de él y no debería devolverle ningún dinero percibido con antelación. La excepción tiene lugar cuando la provisión recibida fuese menor de lo efectivamente devengado por los servicios del experto, o cuando éste pretendiera cobrar sus honorarios y los gastos de su actividad pericial después de realizarla, momento en el cual puede haber sobrevenido la insolvencia o ponerse de relieve el déficit ya existente al contratar, por lo que tendrá dificultades para cobrar incluso cuando no se declare la situación de justicia gratuita. Cuando esto tenga lugar será difícil conseguir cobrar a través del proceso en el que se intervino tanto como mediante el proceso civil declarativo que corresponda a la cuantía de la reclamación.

459. Joan PICÓ JUNOY, “Artículo 335 a 352”, cit., pp. 1.886 y s.; Juan CREMADÉS MORANT, “Los medios...”, cit., p. 756.

460. Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *Manual...*, cit., p. 131.

X. Incidencia de la privatización en el peso de la prueba

1. Con la mirada puesta en la peritación extrajudicial, normalmente pagada por el litigante interesado⁴⁶¹, se ha subrayado el peligro de perder la objetividad de la función pericial⁴⁶². Entendemos que el riesgo se advierte en tanto la relación entre experto y litigante surge fuera del proceso y bajo un parámetro privado. Ello no obstante se alcanza algún que otro argumento a tener en cuenta en pos de la objetividad, sin olvidar los argumentos de política legislativa favorables al perito designado *ex parte*.

2. Puede comenzarse por la mayor agilidad y simplicidad del procedimiento (Exposición de Motivos LEC, XI), que al entender de la mejor doctrina atiende además a la igualdad de armas procesales y la buena fe procesal⁴⁶³.

En primer lugar la contratación, ciertamente privada, lo será para con una finalidad evidente. Aunque el peritaje se efectúe para sondear el éxito de una demanda todavía no elaborada –su confección definitiva, en todo caso, tomará en cuenta el resultado pericial si éste ya se ha producido–, el experto tendría que saber para qué fin actúa, lo que se vincula a las obligaciones formales en la emisión del dictamen para *todo* perito (artículo 335.2 LEC).

3. Por otra parte, si el juzgador no admite su proposición probatoria el experto privadamente contratado no entra en el juicio, como medio de prueba a valorar por el juzgador, y así como elemento de convicción útil para el resultado del pleito que será la sentencia.

No se olvide que es posible excluir de la práctica probatoria dictámenes periciales acompañados con la demanda o con la contestación si el objeto que recogen deviene incontrovertido entre partes al fraguar

461. Manuel SERRA DOMÍNGUEZ lo explicita en su propuesta de nueva redacción del artículo 336 LEC, v. “Algunas reformas...”, cit., p. 194. Al suceder extramuros del proceso quizás sea innecesario aludirlo, mientras que integrados los dictámenes extrajudiciales en el proceso la cuestión se estudia en materia de costas.

462. Joan PICÓ JUNOY, “Artículo 335 a 352”, cit., p. 1.884.

463. Andrés DE LA OLIVA SANTOS, *Comentarios...*, cit., p. 586.

la delimitación del objeto del proceso. En ese caso, aunque fuesen propuestos por las partes como medios de prueba es oportuno hablar de una denegación justificada por inutilidad. También puede ocurrir que una vez admitidos no sean practicados, pero a la vista del resto de material probatorio las partes no entiendan necesaria su práctica como diligencia final, lo que desmerece en gran medida –aunque no impediría radicalmente– la diligencia final de oficio⁴⁶⁴.

Tras ello tendría lugar su en principio obligada práctica en el momento procesal oportuno. Y quizás si se exigiera la ratificación del experto a presencia judicial se reafirmaría el deber público recién adquirido, que también “refuerza” la ética profesional del experto declarante bajo inmediación. En fin, el experto se convierte en perito a efectos procesales sólo y cuando es nombrado como tal por el juzgador, sea cualesquiera su forma de designación –de parte, judicial a instancia de parte, de oficio–.

4. A nadie escapa que un informe o dictamen perjudicial, efectuado antes del juicio, nunca será presentado como medio de prueba, por lo que el encargo libre que llegue al proceso siempre habrá sido favorable a juicio –a veces equivocado– de la parte que lo encargó, y por lo común ya retribuido económicamente. Estas consideraciones llevan a algunos autores hasta la noción de “parcialidad” (no parcialidad), pero ciertamente apunta la crítica referida a la pérdida de objetividad y, además, encarece el pleito cuando el litigante cree que el peritaje beneficiará a sus expectativas procesales, a la vez que supone un sistema favorecedor del litigante más fuerte económicamente⁴⁶⁵. Se ha sostenido, de otro lado, que la aportación de informes y dictámenes con la demanda y la contestación, más que crisis de la imparcialidad conjuga la sujeción a la buena fe y la igualdad de armas⁴⁶⁶.

Ocurre que en el nuevo modelo procesal civil de designación extrajudicial por las partes, la principal labor del experto ya se habrá desplegado incluso antes de presentar la demanda o la contestación, en tanto en cuanto la regla implica acompañar con las mismas el dicta-

464. Cfr. Capítulo Cuarto, epígrafe III.

465. Jaime GUASP DELGADO y Pedro ARAGONESES ALONSO, *Derecho...*, cit., p. 410.

466. Ignacio CUBILLO LÓPEZ, “La prueba...”, cit., p. 98.

men confeccionado. De ese modo puede eludirse el trámite de nombramiento expreso relegado al resto de supuestos (subsidiarios al que quiere hacerse regla), donde el designado puede no ser nombrado si, por ejemplo, presenta una excusa idónea, imposible para un designado extrajudicialmente que no asumió el trabajo y tampoco llegó a ser contratado de principio. En ese segundo caso la cuestión se habría solucionado de otro modo: acudiendo privadamente a otro experto –lo que mantiene la exclusión del nombramiento expreso– o sustituyendo el modo principal de designación *ex parte* por el subsidiario de designación judicial a instancia, donde sí habría tal nombramiento.

Con todo, la introducción en el proceso del experto privadamente contratado pasa por una admisión probatoria, a modo de nombramiento implícito del sujeto como auxiliador del juez, no olvidando que su quehacer sirve a la tarea jurisdiccional en igual sentido que otros peritos explícitamente nombrados como tales, cubriendo todos y de ese modo el parámetro conceptual que dogmáticamente entendemos defendible.

5. Pocos son los años de nuestra experiencia jurisdicente (uno más que la vida de la actual LEC), pero a diferencia de lo que observamos al aplicar la antigua LEC/1881, el perito de parte que hoy elabora un dictamen resulta favorable a su cliente –al menos al entender de éste, pues de lo contrario no se aportaría al proceso–. Su actividad, principalmente bajo la intermediación juzgadora, percibe el carácter objetivo e imparcial característico de su función.

Es sencillo advertir la predisposición del experto a favor de su designante, pero aunque a menudo se muestra cierta moderación en el cambio de posición o matización al informe o dictamen elaborado, a nuestra consideración suele ofrecerse en la vista de juicio un perito más profesionalmente neutro que en su trabajo escrito. Sin perjuicio de lo anterior, las menos veces también hemos apreciado un enquistamiento de perspectivas por enconada competitividad con el experto aportado por la otra parte. Y con esa advertida moderación, se consigue extraer un auténtico auxilio experto que no siempre acaba por favorecer a la parte que propuso al profesional y consiguió su introducción en el proceso.

6. Cuando el juez reduce la cantidad de provisión peticionada por el perito, éste no puede negarse a peritar al amparo del precepto que

permite la exención por falta de provisión de fondos. Claro está que el juzgador no podría eludir, en principio, cualquier provisión, pues la ausencia total permite eximir por imperio de la ley. El problema es de importancia si tenemos en cuenta que no existe ningún trámite de tasación —que efectuará el secretario judicial más adelante, en su caso— o de asesoramiento sobre la correcta anticipación por parte de otros expertos, colegios profesionales u organismos públicos.

El juez tiene de su propio criterio, valorando en consecuencia la información disponible: el objeto del peritaje que las partes han delimitado y él ha dirigido al experto. Éste podría explicar la asignación más o menos pormenorizada de la provisión pretendida, lo que facilita su crítica o ajuste por el juez mucho mejor que una mera cantidad sin explicación alguna. Ahora bien, sólo con la experiencia de otras causas se dispondrá del contenido tasado de condenas en costas, minutas pormenorizadas de honorarios e incluso resultado de impugnaciones contra estos por excesivos, que introduzcan criterios de un colegio profesional al que se hubiera acudido en busca de consejo para resolver. A menos experiencia del juez en estos aspectos menos ajustada parecerá su decisión, lo que muestra un exceso de incertidumbre, sumiéndolo en una discreción casuística siempre criticable.

7. Si tras ordenar la reducción el perito se entiende perjudicado y se niega a trabajar por menos de lo solicitado, será requerido con el oportuno apercibimiento y la advertencia de que mantener esa situación podría comportar un posible delito de desobediencia. Luego, en el proceso penal, si se demuestra que hubo justificación porque no había dinero suficiente para peritar y ello implicaba asumir un coste excesivo como adelanto a propia costa, podría plantearse la impunidad por estado de necesidad, donde dos bienes en peligro, representados en los artículos 118 CE (y artículo 556 CP) y 33 CE respectivamente, inclinaron la balanza hacia este último por pura imposibilidad material económica o por exceso de desequilibrio.

Y acaso podría establecerse, de modo algo forzado, una relación entre los artículos 118 y 24.1 CE y 33 y 17 CE. Mientras la comparación entre el primero y tercero de los citados se encuentra bajo parámetros diversos, no lo hace la ponderación entre el segundo y cuarto preceptos citados, ambos ubicados en el ámbito de los derechos fundamentales.

XI. En especial: la eventual impunidad penal del perito desobediente

1. Sin pretender mas que apuntar algunos elementos de la discusión, recordarnos que para el estado de necesidad en Derecho penal pueden destacarse tres teorías jurídicas⁴⁶⁷.

Si el sujeto actuara bajo tal coacción psicológica que, en aras de evitar un mal (para el perito su perjuicio económico, emergente y cesante), supone la vulneración de un bien, tenderíamos a aplicar la llamada teoría de la adecuación para conformar el estado de necesidad, tesis que hunde sus raíces en la tabla de Carnéades y en el planteamiento kantiano⁴⁶⁸.

2. Para la teoría de la colisión el fundamento del estado de necesidad (no exculpante sino justificante) reside en el mayor valor objetivo que jurídicamente muestre el interés salvado en comparación con el sacrificado, por lo que difícilmente podría un perito esquivar la condena si comparamos su interés económico con el público. Éste se incardina en el respeto a la autoridad en una actuación judicial orientada a salvaguardar el derecho a la prueba del litigante y el auxilio para el propio juzgador. Si ese deber de respeto se aislase de todo lo demás las cosas podrían cambiar, para lo que es preciso examinar el bien jurídico protegido con el artículo 556 CP.

Pero para la teoría de la diferenciación, actualmente defendida por la doctrina científica, nos basaremos en el criterio psicológico propio de la adecuación y el valor o interés predominantemente característico de la colisión. En el seno de esta construcción mixta se distingue entre la causa de la justificación o estado de necesidad justificante y la exclusión de culpabilidad o estado de necesidad exculpante⁴⁶⁹. En el primer caso,

467. Sobre la cuestión en el ámbito privado v. Marcello BRIGUGLIO, *Lo Stato di necessità nel diritto civile*, CEDAM, Padova, 1963.

468. En función de que la *necessitas non habet legem*, v. Immanuel KANT, *La metafísica de las costumbres*, Altaya, Barcelona, 1996, p. 46.

469. Hans-Heinrich JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, I, Bosch Casa ed., Barcelona, 1981, pp. 493 y 659. Sobre la crítica a la versión española de la teoría de la diferenciación acogida en el CP alemán de 1975 v. Santiago MIR PUIG, ▶

el interés salvado sería más importante desde el prisma objetivo. En el segundo supuesto el interés que se lesiona no es inferior (sino igual o superior): el sujeto actúa bajo la presión psicológica de un conflicto que pone en peligro bienes personalísimos (normalmente la vida o la integridad física) cuyo sacrificio supondría la exigencia de una heroicidad que se aparta de la persona media a la que se dirige el Derecho. Y aún desiguales, deberían sumarse todos los intereses concurrentes si al tiempo se salvaguardan. En cualquier caso, dentro de la ponderación de intereses hay que incluir la responsabilidad por la situación peligrosa para el bien jurídico, a la que más tarde haremos referencia.

El llamado estado de necesidad defensivo sólo concurre cuando la víctima de la intervención es responsable del peligro y, de ese modo, tiene el deber de eliminarlo por sí misma, a menos que sea incapaz para ello⁴⁷⁰.

3. Se entiende que lo decisivo para excluir la culpabilidad penal radica en la situación de anormalidad motivacional del sujeto, no en una comparación objetiva de bienes jurídicos orientada a efecto de justificar la conducta⁴⁷¹. De ahí que el conflicto de motivación puede concurrir en la acción del agente o sujeto activo del tipo que conculque o lesione un bien superior que el salvado, y que, incluso, éste no sea de naturaleza personalísima.

El perito resultaría absuelto por estado de necesidad exculpante. Pero cuando pudiendo solicitar una provisión de fondos no lo hubiera hecho, negándose más tarde a peritar para no adelantar de su bolsillo

469. *Derecho Penal. Parte Especial*, PPU, Barcelona, 1985², p. 387 y ss. (7ª edición en 2004, p. 451). El autor entiende que se provoca un ámbito demasiado amplio del estado de necesidad justificante y un alcance al tiempo excesivo e insuficiente del estado de necesidad exculpante.

470. Günther JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 521; sobre el tema en general v. pp. 493 y ss., 688 y ss.

471. Santiago MIR PUIG, *Derecho...*, cit., p. 389. El autor traslada la tradicional ubicación del estado de necesidad exculpante (artículo 8.7º CP/1973, luego 20.5 CP) hasta el miedo insuperable (artículo 8.10º CP/1973, luego 20.6 CP), sea como eximente propia o como analógica.

el gasto consecuente, podría considerarse que el perito se colocó en una situación de necesidad, sin que quepa eludir el carácter intencional de su acción. Si conoció de la posibilidad de aprovisionarse.

Quizá parezca injusto obviar una actuación (profesionalmente) “imprudente” o poco cauta como es la de no pedir provisión. Lo sería en tanto en cuanto ese actuar facilita la agilidad del proceso y el ahorro del litigante –inicialmente al menos– que de otro modo, a causa de dificultades económicas, bien hubiera podido limitar su derecho probatorio en cuanto al peritaje. Según la dogmática penal, es supuesto particular de relación jurídica especial el comportamiento precedente que fundamenta la responsabilidad⁴⁷².

4. Pero retomando la tesis central de análisis, no basta, sin embargo, entender que surge un conflicto por la mera presencia de un derecho económico del que es titular el perito. Debe resultar proporcionalmente representativo el efecto que la falta de ese derecho provoca en el patrimonio del experto para admitir que éste sufra una auténtica coacción psicológica que exculpe su conducta⁴⁷³. El particular no deja de arrojar consecuencias discriminatorias –aunque justificadas razonable y objetivamente– entre peritos con muy distintos patrimonios. En efecto, mientras que un ínfimo coste pericial para nadie podría erigirse como base del conflicto psicológico, el progresivo incremento del gasto, que puede variar enormemente dependiendo del peritaje de que se trate, incidirá de manera muy diversa según los ingresos y recursos económicos del experto.

5. Significado escollo reside en el último requisito legalmente exigido, que en su formulación negativa establece que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. Ningún inconveniente se alumbra cuando el experto es un funcionario público, pues en tal caso tiene asegurada su satisfacción económica y no podría plantearse ninguna colisión por razón de un déficit patrimonial propio –otra cosa a nivel institucional, que no le incumbe–.

472. Sobre el responsable del conflicto y su relación con el estado de necesidad exculpante, v. Günther JAKOBS, *Derecho...*, cit., pp. 694 y ss.

473. Véase un breve apunte sobre la no exigibilidad del miedo insuperable en Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *Manual...*, cit., pp. 92 y ss.

6. Si se asume que el experto privado ostenta un cargo cuasifuncionarial, pero un cargo al fin, una vez considerado como parte del medio de prueba propuesto y admitido (sea por designa de parte, sea judicialmente), debe estudiarse si se somete al riesgo de no percibir emolumentos por el trabajo realizado. Aquí debe rescatarse la posibilidad de haber percibido ya lo debido, extramuros al proceso (en la contratación extrajudicial), o por asegurar el pago a través de la provisión de fondos permitida en la ley. Es lícito proponer que si la norma permite eludir el riesgo de impago, asegurándolo de antemano, por actos propios habrá de sacrificarse cuando el sujeto no se sirvió de ese mecanismo o lo hizo de manera insuficiente. Restarían, sin embargo, los casos en que la provisión no es posible y el riesgo se mantiene, momento en que hay que decidir si el trabajo pericial debe separarse de otros sujetos en el ámbito del peligro asumido con la función (soldados, bomberos, policías, vigilantes de seguridad, equipos de salvamento, médicos en centros hospitalarios abiertos al público, etcétera) o proceder a su equiparación.

7. Procede recordar que ante todo delito se plantea el deber de respecto del bien jurídico que aquél protege, por lo que ese deber jurídico –nunca absoluto– no podría ser el que ahora nos interesa elucidar (la eximente o la exención sería inviable si todo delito lo contempla). En cualquier caso, de faltar únicamente este requisito legal, podría atenuarse la pena aplicando eximente incompleta (artículo 21.1 CP).

A renglón seguido conviene anotar, por último, que la cláusula del medio adecuado, servida por ejemplo en la legislación alemana, funciona a fin de evitar un mecanismo distinto para solventar la necesidad cuando la solución del conflicto ya está encauzada por un determinado procedimiento o simplemente resulta excluida. La vías para que el perito recupere su indemnidad, indirectamente a través de las costas procesales o directamente a través del procedimiento declarativo ordinario de reclamación que corresponda, no pueden considerarse cauces a esos efectos, pues sobrevienen con posterioridad a la situación de necesidad.