

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS 2011
PLAN DE ESTUDIO 1993 (Reformado)



LA PRUEBA PERICIAL JUDICIAL EN EL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL
TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTAN:

ALFARO LARA, ROBERTO CARLOS
ESCOBAR HERNÁNDEZ, JUAN JOSÉ
QUINTANILLA CAMPOS, ORSY MELVIN

LIC. JOSÉ REINERIO CARRANZA
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE DE 2011

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR

MAESTRA ANA MARIA GLOVER DE ALVARADO
VICERRECTOR ACADÉMICO

DRA. ANA LETICIA DE AMAYA
SECRETARIA GENERAL

LIC. NELSON BOANERGES
FISCAL GENERAL INTERINO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DECANO

DR. DONALDO SOSA PREZA
VICEDECANO

LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES
SECRETARIO

LICENCIADO JOSÉ REINERIO CARRANZA
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTO

DEDICO ESTA TESIS:

- **A DIOS TODOPODEROSO**, porque reconozco, que es, él quién me sostiene en todo cuanto hago, y me guía con su providencia, según las exigencias de mi bien.

- **A MI MADRE:**
FRANCISCA DEL CARMEN LARA DE ALFARO, por su apoyo incondicional con amorosa devoción, por todos sus sacrificios, le doy mi eterna gratitud.

- **A MI PADRE:**
JOSÉ LUIS ALFARO MOLINA, por su apoyo incondicional y comprensión.

- **A MIS COMPAÑEROS:**
JUAN JOSÉ ESCOBAR HERNÁNDEZ Y ORSY MELVIN QUINTANILLA CAMPOS, por ser apoyo mutuo e incondicional en la realización de nuestra investigación, un logro que no habría logrado sin su sacrificio y colaboración.

- **A NUESTRO DIRECTOR DE INVESTIGACIÓN:**
JOSÉ REINERIO CARRANZA, por haber sido una guía en el caminar de nuestra investigación y habernos prestado toda la atención incondicional requerida para poder lograr nuestro objetivo.

ROBERTO CARLOS ALFARO LARA

DEDICO ESTA TESIS:

- **A DIOS TODO PODEROSO**, porque ha sido mi guía espiritual y ayudador a lo largo de toda mi vida y de la carrera, y porque reconozco que sin su voluntad no hubiese sido posible la realización de este triunfo.

- **A MI MADRE**
ROSA MARÍA HERNÁNDEZ DE ESCOBAR, por su apoyo incondicional en la realización de mis sueños.

- **A MI PADRE**
FILIBERTO ESCOBAR, por su incansable y admirable apoyo que siempre me ha dado.

- **A MIS HERMANOS**
Que siempre estuvieron atentos a mis necesidades y apoyarme siempre que era necesario.

- **A MIS COMPAÑEROS**
ROBERTO CARLOS ALFARO LARA Y ORSY MELVIN QUINTANILLA CAMPOS, por ser grandes e insustituibles compañeros, con quienes compartí momentos muy gratos en el alma mater.

- **A TODOS LOS LECTORES**
Que en más de alguna ocasión consultaran nuestro trabajo, para su enriquecimiento académico.

JUAN JOSÉ ESCOBAR HERNÁNDEZ

DEDICO ESTA TESIS:

- Agradezco a todos los que de alguna u otra forma al leer esto sientan que tuvieron algún tipo de participación en la elaboración de esta tesis y en la culminación de mis estudios universitarios, a mi madre y a mi padre.

ORSY MELVIN QUINTANILLA CAMPOS

ÍNDICE

PALABRAS PREVIAS.....	i
INTRODUCCIÓN	ii
CAPÍTULO UNO.....	1
MARCO HISTÓRICO Y CONCEPTUAL DE LA PRUEBA PERICIAL	1
1.1. Antecedentes Históricos de la Prueba Pericial.....	1
1.2. Definición del Concepto de Prueba Pericial y su Importancia.....	17
1.3. Definición de los Conceptos: Perito, Pericia, Peritación y Peritaje.	25
1.4. Naturaleza Jurídica de la Prueba Pericial.	27
1.5. Objeto de la Prueba Pericial.....	30
1.6. Características de la Prueba Pericial.	33
1.7. Clasificación de la Prueba Pericial.....	35
CAPÍTULO DOS.....	40
EL PERITO JUDICIAL, DEBERES, DERECHOS Y CAPACIDAD	40
2.1. El Perito Judicial.	40
2.2. Deberes del Perito.	46
2.2. Derechos del Perito.	55
2.4. Capacidad para ser Perito.	67

CAPÍTULO TRES	71
REQUISITOS DE LA PRUEBA PERICIAL JUDICIAL.....	71
3.1. Requisitos Para la Existencia Jurídica del Dictamen Pericial.	71
3.2. Requisitos Para la Validez del Dictamen Pericial.	82
3.3. Requisitos para la Eficacia Probatoria del Dictamen Pericial.....	93
CAPÍTULO CUATRO.....	118
PRÁCTICA DE LA PRUEBA PERICIAL JUDICIAL.....	118
4.1. Práctica de la Prueba Pericial Judicial.	118
4.2. Sujetos del Peritaje.....	120
4.3. Ofrecimiento.	129
4.4. Recepción.....	137
4.5. Valoración.	143
4.6. Recusación del Perito.....	151
4.7. Dictamen Pericial y Puntos de la Pericia.	157
CAPÍTULO CINCO	161
REGULACIÓN Y APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA PRUEBA PERICIAL JUDICIAL	161
5.1. Regulación y Aplicación Práctica.	161
5.2. Clasificación de Peritos.....	200
5.3. Procedimiento para Diligenciar la Prueba Pericial Judicial.	201
5.4. Perito y Testigo. Diferencias.	204

CAPÍTULO SEIS.....	212
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN Y COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS	212
6.1. Población y Muestra.	212
6.2. Fórmula para el Tamaño de la Muestra.....	213
6.3. Instrumento y Procedimiento.	215
6.4. Resultados de la Entrevista.	215
6.5. Formulación y Comprobación de la Hipótesis.....	215
6.6. Conclusiones y Recomendaciones.	218
ANEXOS	222
BIBLIOGRAFÍA	228

PALABRAS PREVIAS

Debido a que existe un problema en cuanto a la falta de oficiosidad en el ordenamiento de la prueba pericial judicial, la forma de escoger a los peritos, a la verdadera objetividad de sus dictámenes, a la vulneración de los principios de aportación y de dirección y ordenación del proceso; a que la realidad actual del país amerita un proceso en el cual el Juez sea el verdadero director de este para garantizar una pronta y cumplida justicia a las partes intervinientes, porque el escenario jurídico del país en el siglo XXI amerita agilizar y modernizar la administración de justicia, porque las leyes del país deben estar acorde con la realidad social y evolucionando al mismo ritmo, porque siempre existirá la necesidad de adecuar las leyes al momento histórico de cada pueblo y no retroceder o quedarse estancado.

Debido a que una de las principales funciones del Juez es ser el director de proceso ordenando la continuidad de este y debido a que este tiene que realizar una valoración exhausta de la prueba y auxiliarse en peritos cuando alguna de las pruebas aportada por las partes no sea del todo clara para el esclarecimiento de los hechos vertidos en el juicio, debido a esto es necesario que al juez se le doten de facultades para poder brindarle agilidad y continuidad al proceso.

Ante esta problemática existe la necesidad de estudiar a fondo la figura de la prueba pericial judicial, para esclarecer sus verdaderos alcances y así sacar mayor provecho de esta en el esclarecimiento de hechos controvertidos.

Son todos estos motivos los que han impulsado al equipo de investigación, a querer realizar un esbozo lo más cercano a la realidad objetiva, de lo que es la prueba pericial judicial en materia civil y mercantil.

INTRODUCCIÓN

Si bien es cierto que el juez es un experto en derecho, no siempre lo es en otras ciencias, y no tiene, por lo general, conocimientos específicos sobre cuestiones y actividades prácticas que requieren estudios especializados o amplia experiencia.

Por lo tanto, cuando tales circunstancias se presentan, le resulta necesario recurrir al apoyo de peritos; de ahí la importancia de la prueba pericial, y en lo que en estos momentos nos interesa, la prueba pericial judicial en específico, para la solución de muchos litigios.

La importancia de la prueba pericial para resolver los litigios se determina al caracterizarla como la actividad procesal, desarrollada, en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministran al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o entendimiento escapa a las aptitudes del común de las personas.

Ya que nos proponemos por medio de este trabajo entregar nuestro aporte cultural, para lo cual hemos desarrollado una investigación sobre la Prueba Pericial Judicial en el Proceso Civil y Mercantil y para sentar bases firmes de la investigación y ubicarnos en el tiempo hemos desarrollado un Marco Histórico Conceptual en el Capítulo Uno. En el Capítulo Dos se ha realizado un listado de los Deberes y Derechos del Perito Judicial, tomando en cuenta la Capacidad para serlo. En el Capítulo Tres se despliegan cada uno de los Requisitos que debe de contener la Prueba Pericial Judicial, para poder lograr su objetivo en un proceso determinado. En el Capítulo Cuatro se

desarrolló la Práctica en Materia Civil y Mercantil de la Prueba Pericial Judicial y es hasta en el Capítulo Cinco que se hace una exegesis de la Regulación y Aplicación Práctica de la Prueba Pericial Judicial, haciendo énfasis en la regulación constitucional y de leyes secundarias; finalmente elaboramos nuestras conclusiones y recomendaciones, las que sin duda alguna son el resultado de una acuciosa investigación tanto bibliográfica como de campo.

Creemos que la forma en que se ha abordado esta compleja materia cumplirá con el propósito perseguido de proporcionar un instrumento útil de trabajo, no sólo para los abogados, sino también para los peritos judiciales, magistrados, profesores de la materia y estudiantes de Derecho.

CAPÍTULO UNO

MARCO HISTÓRICO Y CONCEPTUAL DE LA PRUEBA PERICIAL

Sumario.- 1.1. *Antecedentes Históricos.* 1.1.1. *Inserción del Perito en la Prueba.* 1.1.2. *La Evidencia en la Prehistoria.* 1.1.3. *En la Antigua Grecia.* 1.1.4. *El Medioevo.* 1.1.5. *Derecho Romano.* 1.1.6. *Derecho Canónico.* 1.1.7. *La Revolución Industrial.* 1.1.8. *La Informática.* 1.1.9. *La Verdad Pericial.* 1.2. *Conceptualización e Importancia de la Prueba Pericial.* 1.2.1. *Definición de Prueba Pericial.* 1.2.2. *Importancia de la Prueba Pericial.* 1.3. *Definición de los Conceptos: Perito, Pericia, Peritación y Peritaje.* 1.4. *Naturaleza Jurídica de la Prueba Pericial.* 1.5. *Objeto de la Prueba Pericial.* 1.6. *Características de la Prueba Pericial.* 1.7. *Clasificación de la Prueba Pericial.*

1.1. Antecedentes Históricos de la Prueba Pericial.

1.1.1. Inserción del Perito en la Prueba.

Las diversas corrientes del pensamiento y el devenir científico, nos conducen a la necesidad de descubrir las diferenciaciones que, desde sus orígenes, imprimieron el perfil del experto.

Schiaffino¹ establece que el rol del Perito “*como parte del todo, tanto procesal como extraprocesalmente, hace a un plexus emisor-operador-receptor. Si bien se ha avanzado, los intentos por investigar aún no han proporcionado elementos estructurados para una revisión crítica o formulaciones de singular importancia*”.

¹ **SCHIAFFINO, Machado;** *Vademécum Pericial.* La Prueba. La Probatura. La Pericia. El Perito. El Acto pericial. Obligaciones del Perito en el Proceso. Derechos Extrapatrimoniales. Vías Impugnativas y Nulidades en la Pericia Judicial. Modelos de Pericias e Informes. Vocabulario Jurídico-Pericial. Ediciones la Roca. Buenos Aires, Argentina; 1999. Pág. 34.

1.1.2. La Evidencia en la Prehistoria.

La que se ubica de mayor antigüedad, es la confesión. Las Sagradas Escrituras citan también el juramento y el testimonio.

El juramento, en los pueblos indios llegó a constituir, por sí mismo, basamento para la condena. El testimonio fue utilizado también en Egipto. En ambos casos se castigaba severamente a los infieles.

La prueba escrita, comenzó a ser utilizada por los babilonios y posteriormente lo fue entre egipcios y hebreos.

Existen rastros de medios probatorios entre medos y persas, donde además se practicó el tormento en el procedimiento criminal.

Las prácticas supersticiosas introdujeron variables con características probatorias.

1.1.3. En la Antigua Grecia.

Tanto en causas civiles como criminales fue utilizada la confesión como sentencia condenatoria.

“A diferencia de ésta el juramento no gozó de gran prestigio (probablemente, por considerar a sus divinidades sujetas a las pasiones y hábitos humanos, dado el antropomorfismo existente en su religión).”²

En lo atinente a la testifical, adquirió gran importancia. Se establecieron tachas para los testigos o exclusiones imperativas y limitativas.

² **SCHIAFFINO, Machado;** *Vademécum Pericial. Op. Cit.* Pág. 37.

Declarar en juicio civil llegó a ser un deber y el retardo en cumplirlo o su negativa era seguida de sanciones penales.

La documental estaba representada por actas públicas y privadas, registros de banqueros o instrumentos mercantiles.

*“El fanatismo hizo posibles probanzas absurdas, a las que añadían oraciones y fórmulas execratorias.”*³

Conforme lo señala Devis Echandía⁴, *“no se encuentran antecedentes de la prueba pericial en el Derecho Griego”*⁵, en el que, sin lugar a duda, no gozó del predicamento de la prueba confesional, testimonial o documental⁶, *“por la mayor complejidad que implicaba su producción y control, y por la*

³ *Ibidem.*

⁴ **ECHANDÍA, Hernando Devis**; *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo II. Victor P. De Zavilia, Editor. Buenos Aires, Argentina. Pág. 291. Citado por **KIELMANOVICH, Jorge L.** en la Segunda Edición Actualizada de la *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*; Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina. Pág. 553.

⁵ **IBÁÑEZ, Máximo R.D.**; *La Prueba Pericial: La Pericia Documentológica en el Proceso Judicial Penal*; Cátedra Metodología de Investigación Científica II. Instituto de Cs. Criminalística y Criminología-UNNE: Catamarca 375-(3400) Corrientes. Argentina. Pág. 2. *“En el Derecho griego antiguo no aparecen antecedentes del peritaje. En el derecho romano surge como medio de lograr la convicción del Juez, y consecuentemente como una prueba, cuando se suprime el procedimiento in iure, en el cual, al elegirse a un experto para conocer del pleito, resultaba inútil y exótico recurrir al auxilio de un perito. Por el contrario, en el procedimiento judicial propiamente dicho, o procedimiento in iudicio, extra ordinem, el peritaje es admitido y empleado, adquiriendo mayor relevancia.”*

⁶ *Idem.* Pág. 1. Establece que *“En lo que respecta a la evolución de los medios de prueba; pueden distinguirse, a grandes rasgos, dos momentos netamente definidos: el primero, se ponía a cargo de la divinidad el señalamiento del culpable (Por ejemplo: el juicio de Dios y las Ordalías). Los tribunales se limitaban a manifestarlo. El segundo, implica el deber de los jueces de formar por sí mismo, el convencimiento sobre la culpabilidad del acusado, mediante la utilización de su capacidad intelectual. He aquí donde aparece la prueba. En este contexto, la prueba penal de nuestros días se caracteriza por la utilización de novedades técnicas y científicas (especialmente captadas por la prueba pericial), para el descubrimiento y valoración de los datos probatorios y la consolidación de las reglas de la sana crítica racional, en la apreciación de los resultados.”*

relativa sencillez “técnica” que presentaban los litigios de esa época y comunidades”⁷.

1.1.4. En el Medioevo.

Las llamadas pruebas ordiales perduraron en la etapa de transición que transcurrió desde el imperio hasta el Renacimiento.

A pesar de los esfuerzos que impuso la Iglesia por liquidarlas, tanto las costumbres como las creencias supersticiosas se conservaron como medios eficaces y confiables por más de cuatro siglos.

“Se introdujo nuevamente el juramento, la prueba testifical y la Pericia, siendo esta última a la que los prácticos italianos le asignaron destacada importancia.”⁸

En el derecho canónico, se ordenaba al juez la asociación a un perito para conocer el estado de las cosas (en los juicios penales).

⁷ Véase, a **DE SANTO, Víctor**; *La Prueba Pericial*; Segunda Edición Actualizada. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina. 2005. Pág. 25. *“El peritaje hace su aparición recién en el derecho romano, ya que no se conocen antecedentes de este medio de prueba en el derecho griego antiguo. Se lo utiliza como vehículo para obtener la convicción del magistrado y, por ende, como una prueba al suprimirse el procedimiento in iure, en el cual, en virtud de que se elegía para conocer del pleito a alguien experto en la misma materia, resultaba sobreabundante recurrir a la colaboración de peritos.”*

⁸ **SCHIAFFINO, Machado**; *Vademécum Pericial*. Op. Cit. Pág. 41. *La que se debe destacar, es la que fue llamada purgación canónica o de compurgadores. Ella consistió en el juramento de la verdad que producía el acusado, y la ratificación del mismo por el de credulidad, que emitían sus conjuradores. Estos últimos podían ser tres o más sujetos de su misma clase o vecindario, siendo indispensable requisito para lograr la absolución, todos debían juramentar sobre los Evangelios, altares, sepulcros u otros elementos considerados sagrados. También se les llamo sacramentales; siendo de carácter seglar en un principio, más tarde se generalizó para los clérigos. Los testigos debían ser dos, oculares, mayores de todo excepción y sin tacha, contestes y concordés. La confesión de una parte hecha en juicio, presente la contraria.*

En el siglo XIII, adquirió mayor valor procesal, al intentarse una reglamentación.

Schiaffino⁹ sostiene que “*del espíritu y de la letra de la ley 23. Tít. 16 de la partida III, se infiere el juicio de peritos, tratado con precisión en las leyes I y II del Tít. XXI de la novísima recopilación. En España se comenzó a perfilar –como prueba pericial- el llamado juicio de los hombres buenos.*”

“*En 1569 Francia vio aparecer una cofradía de escribanos dedicados al estudio de las falsificaciones. Un siglo después, Jacques Peveneau aportó datos precisos sobre el tema (1678); Etienne de Blegny, a fines de la misma centuria, expuso en su tratado sobre el modo de proceder en los casos de comprobaciones de escrituras objeto de litigios judiciales.*”¹⁰

En ese instante se produjo un cambio en la sistematización y el concepto de metodología aplicada a la búsqueda de la verdad, tanto para las cuestiones civiles como para las penales.

Comenzó una nueva etapa de transición histórica; el desarrollo de grandes transformaciones en la producción.

1.1.5. Derecho Romano.

No es maravilla si en el Derecho Romano, hasta que concluyó la división entre el procedimiento “*in jure*” y el procedimiento “*in juicio*”, no

⁹ *Idem*. Pág. 43. Citando el *Tratado, Histórico, Crítico y Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil*. Reus, Madrid, España. 1856. Tomo II. Pág. 198 y siguientes.

¹⁰ **JACQUES PEVENEAU Y ETIENE DE BLEGNY** Citados por **SCHIAFFINO, Machado**; *Vademécum Pericial. Op. Cit.* Pág. 43. *El tratado sobre inscripciones falsificadas, obra del mencionado autor, tuvo cierto éxito, ya que se reeditó en 1678, siendo esta más completa y prolija que la edición anterior.*

encontramos antecedentes, si podemos hablar así, “de la pericia”¹¹. En efecto, “el procedimiento simple y ordinariamente seguido consistía en nombrar juez a una persona experta en la materia objeto de la “*litis*”, de suerte que el juez no tenía necesidad de llamar a un perito, porque él era al mismo tiempo juez y perito”.

“No faltan textos en el Derecho Romano, especialmente en el Procedimiento Justiniano, que puedan ser ejemplos de pericia”¹². Así se recurre al parecer de un Obstétrico para decidir si una mujer está embarazada: este Perito es elegido por el Juez. Para establecer los límites borrados o destruidos por la inundación, se recurría a los agrimensores, a quienes, más que como a peritos, se les otorgaba facultad para decidir la cuestión. Para la evaluación de los bienes se recurría al juicio de tasadores elegidos por las partes, los cuales, más que peritos, eran mandatarios de aquéllas. Del mismo modo se recurría a los peritos para la “*comparatio litterarum*”¹³.

En el Derecho Romano Clásico, incluso, “*la pericia como prueba no se encontraba disociada de la función jurisdiccional propiamente dicha, por cuanto la labor de un experto para resolver el litigio quedaba confiada al propio iudex*”¹⁴.

De tal suerte, cuando se requería un conocimiento especial sobre determinada materia para componer la “*litis*”, la manera más sencilla y más

¹¹ **LESSONA, Carlo**; *Teoría de las Pruebas en Derecho Civil*. Traducido por D. Enrique Aguilera de Paz (Juez de Primera Instancia) Serie de Clásicos del Derecho Probatorio Vol. 2 Editorial Jurídica Universitaria 2001. México. Pág. 454.

¹² *Idem*. Pág. 454. Lessona hace referencia a los autores siguientes: *Bélime, Garsonnet, Mattiolo, Dejan, Seredo, Ellero, Scialoja (Procedimiento Civil Romano), Buonamici, Gugino, Ulpiano, Valerio Prisciano, Ellero, De Franqueville, y otros*.

¹³ **LESSONA, Carlo**; *Teoría de las Pruebas... Op. Cit.* Pág. 454.

¹⁴ Según el **Diccionario Vox**, de *Latín-Español*; Edición 1ra. Barcelona, España. *Iudex: Juez*.

expedita, en la práctica, era la de nombrar “*iudex*” a una persona experta precisamente en ella.

De esa forma, el Juez no tenía necesidad de llamar a un Perito, ya que él era, como señala Scialoja¹⁵, “*Juez y Perito al mismo tiempo*”.

En el Período de las “*extraordinariæ cognitiones*”¹⁶, ya que la Etapa Judicial propiamente dicha de los Procedimientos, comenzó a advertirse la

¹⁵ **SCIALOJA, Vittorio**; *Procedimiento Civil Romano*. Pág. 401. Citado por **KIELMANOVICH, Jorge L...** *Teoría de la Prueba...Op. Cit.* Pág. 554.

¹⁶ Según el **Diccionario Vox**, de *Latín-Español...Op. Cit. Extraordinariæ cognitiones: conocimientos extraordinarios*. **ALISTE SANTOS, Tomas Javier**; miembro del Grupo *Iudicium* de Investigación de Estudio Procesales de la Universidad de Salamanca; en su Ensayo sobre: “La Motivación Judicial en el Derecho Romano”; establece sobre la *Extraordinariæ cognitiones* que: “*Junto a los procedimientos enmarcados en el ordo iudiciarum privatorum corrió paralelo desde muy antiguo el sistema extraordinario, que terminaría imponiéndose frente a las legis acciones y el procedimiento formulario. Paradójicamente, dicho procedimiento, que en origen sirvió para el encauzamiento procesal de aquellas cuestiones no previstas por el viejo ordo iudiciorum –de ahí su calificación como cognitio extra-ordinem–, acabó siendo un nuevo ordo iudiciorum privatorum de tal repercusión e importancia posterior. A diferencia de los procedimientos clásicos, el sistema extraordinario suprime la fórmula y las dos instancias del mismo grado. Hay un predominio de la escritura frente a la oralidad. Se admite la apelación como medio de impugnación de sentencias. Y un mismo juez conoce del asunto de principio a fin, afirmándose la naturaleza pública del proceso, no siendo ya la sentencia obra de un iudex privatus sino verdadero acto del poder público. Scialoja prefiere referirse a este periodo del procedimiento romano calificándolo como periodo de las extraordinariæ cognitiones, porque bajo esta denominación encontramos una pluralidad de procedimientos –ordinario, ejecutivo, concursal, sumario, contumacia–, si bien participan de las características anteriores. Además, la cognitio también se caracteriza por abrir el procedimiento civil a la investigación pública, dando entrada al principio inquisitivo que atempera la fortaleza tradicional del dispositivo en el proceso privado, sin merma, claro está, de su protagonismo. Atendiendo a la exposición de Scialoja, el viejo ordo iudiciorum privatorum fenece a finales del siglo III, y el procedimiento civil queda dominado por las extraordinariæ cognitiones. Durante la vigencia del sistema procesal de las extraordinariæ cognitiones se desarrolla un procedimiento cuyos actos principales permiten una idea general del mismo, comprobando hasta qué punto es cierta la tesis que proclama a nuestro procedimiento civil como heredero de este sistema romano. Con anterioridad a Justiniano, los juicios se introducían mediante una evocatio, que podía hacerse mediante tres formas distintas: denuntiatio, litterae y los edicta. Igualmente, mediante la litis denuntiatio, una de las partes con el permiso del magistrado podía llamar a su contraparte para comparecer en juicio. Posteriormente, en la época de Justiniano, el juicio se introducía por vía del libellus conventionis, escrito de demanda del actor al cual se le da entrada sin examen de fondo, mediante sentencia interlocutoria. Planteadas la narratio proposita del actor y la contradictio obiecta del demandado, las partes, conjuntamente con sus abogados, hacen juramento de calumnia,*

conveniencia de la intervención de peritos terceros y extraños al “*iudex*”, especialmente en el Derecho Justiniano, “*así para hacer las comparaciones cuando la parte a quien se le oponía un documento negaba su firma, o para establecer la gravidez en causas concernientes al estado civil de las personas, y en las sucesiones*”¹⁷.

Con la caída del Imperio Romano, la Prueba Pericial habría de decaer hasta desaparecer prácticamente de los procedimientos judiciales de la época, “*por influjo de las primitivas costumbres que imperaron durante la*

*expresando la confianza que tienen en el triunfo de sus posiciones. Además, podía plantearse también una replicatio del actor frente a la contradictio del demandado y, a su vez, una duplicatio de este. Sea como fuere, el debate quedaba listo para el examen probatorio. Nuestros medios de prueba son, en grandes rasgos, idénticos a los de esta época. La sentencia definitiva, que cerraba el proceso, había de ser escrita y pronunciada posteriormente por el mismo juez que conoció de la causa en audiencia pública. En cuanto a la garantía de la motivación, diversos romanistas consideran que no solo continúa en práctica durante esta época sino que, además, el surgimiento de la apelación como medio de impugnación de sentencias ante un magistrado jerárquicamente superior, refuerza poderosamente su asentamiento forense. Así, se establece una relación entre medios de impugnación de sentencias y la fundamentación de las mismas, de suerte que si en el procedimiento per formulae muchos autores alegan testimonios que defienden esta práctica, a fortiori, puede argumentarse a favor de una práctica generalizada de la misma en virtud del nacimiento de la apelación, consolidándose la motivación de sentencias como una garantía más del proceso romano. La apelación estaba, como aún sigue estando, íntimamente unida a los fundamentos de la sentencia, de ahí que el recurso a la apelación se fije forzosamente en estos. De esta forma, la garantía de la motivación y el recurso de apelación, sobre todo, pero también como vemos el remedio de la nulidad, mantienen una relación de reciprocidad que hace muy difícil comprender un recurso de apelación despegado del examen de los motivos que justifican la sentencia de instancia. Siendo así las cosas, el hecho de que en el proceso romano de las extraordinariae cognitiones no se encuentren disposiciones normativas en cuanto a la motivación, no significa que dicha garantía fuese despreciada por jueces y tribunales. El iudex o arbiter privatus de las legis acciones o el procedimiento formulario se convierte en sujeto integrante del poder público durante la época de las extraordinariae cognitiones. **En resumen, el periodo de las extraordinariae cognitiones perfila definitivamente los rasgos esenciales que aún en nuestros días identifican la estructura de la sentencia. Particularmente, la garantía de la motivación de sentencias se iría generalizando durante la época postclásica para terminar imponiéndose en la época justiniana.**” Pág. 25 a 32.*

¹⁷ SCIALOJA, Vittorio; *Procedimiento Civil... Op. Cit.* Pág. 401. Citado por KIELMANOVICH, Jorge L... *Teoría de la Prueba...Op. Cit.* Pág. 554. “*Cuenta este autor que existía así toda una clase de peritos que eran nombrados jueces en causas concernientes a su materia; así los agrimensores para atender conflictos derivados de la propiedad, división y determinación de límites...*”

*llamada fase étnica o primitiva que le sucedió*¹⁸, traídas por los pueblos germanos y francos, fundamentalmente.

1.1.6. Derecho Canónico.

Mayor luz suministra el Derecho Canónico, el cual, “como atinadamente observa *Esmein*¹⁹, asigna o señala las relaciones sexuales, a la copula carnalis, una importancia particular, adelantándose en este camino más que algunas otras legislaciones. En cuanto a las pruebas de la importancia, haremos notar con *Esmein* algunos puntos muy interesantes del Derecho Canónico. El Sínodo de Compiègne de 757, cuya doctrina fue aceptada por el obispo Jorge, representante del papa, admite el divorcio, fundado en la impotencia del marido, pero con la restricción de que sobre este delicado tema de la impotencia valiese como prueba la declaración del marido. En el Concilio de Berbería (758 o 768) se substituyó como medio de prueba de la impotencia a la declaración del marido la prueba de la cruz. Y un texto atribuido al papa Gregorio (I o II), inserto en el decreto de Graciano, niega a la declaración del marido valor de verdadera prueba; porque si es verdaderamente impotente, no podrá contraer una nueva unión, y de aquí que careciese de interés el anular la primera; por otro lado, podía temerse justamente de su parte que se aprovechase de tal embuste para librarse de una mujer que había llegado a serle odiosa”.²⁰

¹⁸ **ECHANDÍA, Hernando Devis**; *Teoría General de la Prueba...* Op. Cit. Pág. 291. Citado por **KIELMANOVICH, Jorge L.** *Teoría de la Prueba...* Op. Cit. Pág. 554.

¹⁹ **ESMEIN**, Citado por **LESSONA, Carlo**; *Teoría de las Pruebas...* Op. Cit. Pág. 468.

²⁰ *Ibidem.*

Hincmaro de Reims²¹ añade una hipótesis especial acerca de la prueba de impotencia. Si ésta proviniese de sortilegios, se recurrirá entonces a los exorcismos, y si éstos resultan ineficaces, se pronunciará el divorcio.

Sin tratar de las vicisitudes porque ha pasado la impotencia como causa de nulidad o de divorcio en el Derecho Canónico, observaremos las reglas admitidas para la prueba de la impotencia, considerada impedimento dirimente.

Abolida la prueba por declaración del marido, abolida la prueba de la cruz, parece que hubo la costumbre de recurrir al *judicium ferri aut aquae*. en la hipótesis de que ambos cónyuges afirmasen la impotencia del marido, un texto, temiendo un acuerdo fraudulento de los cónyuges, no se satisfacía con la afirmación y exigía que fuese corroborada por el juramento y por el de siete de sus parientes. Los parientes podían, en caso de necesidad, ser sustituidos por vecinos de buena fe: en lugar de siete podían bastar dos personas. Acerca del ejemplo del Derecho Romano se añade la prueba de la cohabitación y, por último, la prueba por la *inspectio corporis*. Pero del examen de los textos resulta que en ellos se aluda para nada a la hipótesis negativa a sufrir el reconocimiento. La prueba de la anterioridad de la impotencia al matrimonio se deducía o se sacaba por presunciones; por el contrario, el Panormitano²² presumía la anterioridad.

A pesar de estos medios, la prueba era bastante incierta; pero el Derecho Canónico no atribuyó fuerza o valor de cosa juzgada a las sentencias en materia de causas matrimoniales.

²¹ **HINCMARO DE REIMS** Citado por **LESSONA, Carlo**; *Teoría de las Pruebas... Op. Cit.* Pág. 468.

²² Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. Panormitano (na) *proviene del Latín Panormítanus, de Panormus, Palermo. Siendo este adjetivo de persona natural de Palermo o perteneciente o relativo a esta Ciudad (Palermo) de Sicilia, en Italia.*

*“Corresponde a la jurisprudencia canónica posterior al Concilio de Trento la institución de la prueba del congressus; que parece se remonta al siglo XVI; pero ni los textos ni los autores ofrecen casos en los cuales el congressus haya sido rehusado por uno de los esposos, negativa que podría suministrar argumentos de analogía con la negativa de sufrir el examen pericial”.*²³

Por lo demás, examinando los tratadistas antiguos y modernos que se ocupan de la impotencia, *“surge clarísima su convicción de que todos los medios probatorios que puedan excogitarse son falaces e inseguros”*; así que Guberto²⁴ concluía *“ser lo mejor confiarse siempre sin reglas preestablecidas a la conciencia y a la religión del juez”*.

Dadas estas premisas, añadiremos que entre las leyes modernas, admisoras de la eficacia jurídica de la impotencia respecto al matrimonio, ninguna dicta reglas especiales acerca de la prueba de la impotencia, si se exceptúa la legislación austriaca: el art. 99 CC. *“declara que el impedimento para el matrimonio (impotencia perpetua ya existente al tiempo de efectuarse el matrimonio) debe ser plenamente probado, y que no tiene fuerza probatoria la confesión de ambos cónyuges concordes en afirmarla, ni tampoco se admite sobre ella juramento”*. La anterior disposición del Código Civil de Austria de 1812 ha permanecido en vigor no obstante la reforma procesal llevada a cabo en 1895. *“Sin embargo, el procedente de un código en vigor durante 1866 en Italia, el código civil italiano no habla una palabra de los medios para probar la impotencia”*²⁵.

Posteriormente, y a resultas de la influencia del Derecho Canónico, esta prueba volvió a ser empleada gracias al renacimiento de los estudios del

²³ LESSONA, Carlo; *Teoría de las Pruebas...* Op. Cit. Pág. 469.

²⁴ GUBERTO Citado por LESSONA, Carlo; *Teoría de las Pruebas...* Op. Cit. Pág. 469.

²⁵ LESSONA, Carlo; *Teoría de las Pruebas...* Op. Cit. Pág. 469.

Sistema Romano de la Época del Imperio –y a su aplicación a la experiencia judicial-, aunque no sin sufrir profundas transformaciones.

Reapareció pues la prueba pericial ya muy avanzada la Edad Media, inserta en ese “Proceso Común”²⁶ que se fue formando o gestando a partir de la fusión de diversos institutos provenientes de los Derechos Romano, Canónico y Germano, confundida en sus comienzos con el testimonio de terceros, tal cual lo revelan, por ejemplo, las figuras del “*testis peritus*”²⁷ y del “*peritus assessor*”²⁸ o “*consiliarius*”²⁹ del Derecho Canónico, aunque poco a poco se habrían de ir perfilando las notas que separan o distinguen al testigo del perito.

“La prueba pericial empezó a ser regulada y difundida por los avatares propios del comercio, y por el masivo empleo de medios de pago que se fueron creando al amparo de un tráfico cada vez más fluido y extenso, consagrándosela así expresamente en el año 1579 en Francia”³⁰, al

²⁶ **ALSINA, Hugo**; *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo III. Segunda Edición. Ediar Soc. Anon. Editores. Buenos Aires, Argentina. 1958. Pág. 474. Citado por **KIELMANOVICH, Jorge L...** *Teoría de la Prueba...* Op. Cit. Pág. 554. “Las Leyes de Partida miraban con cierto disfavor esta prueba”.

²⁷ Según el **Diccionario Vox**, de *Latín-Español...* Op. Cit. *Testis Peritus: Perito Testigo*.

²⁸ *Idem. Peritus assessor: Perito Asesor*.

²⁹ *Idem. Consiliarius: Consejero*.

³⁰ *Este se dio en la época de cambio, se paso de las costumbres a la ley escrita, ya que así se protegía mejor al individuo. Después de la revolución francesa se creó el código civil como un instrumento legislativo que sirviera para consolidar los principios consolidados por ella. Este código fue de gran inspiración para el código civil colombiano de Andrés Bello. El código de Napoleón consta de 2281 artículos y se divide en tres libros cuyo contenido es igual a los libros del código realizado por Bello, exceptuando el 3º del cual dividió Bello para los libros 3 y 4. Las cualidades sobresalientes del código: Se caracteriza por ser un “espíritu de moderación y sabiduría” supo recoger las más importantes conquistas de la revolución, esto ha permitido que dure en el tiempo, los más diversos gobiernos se han adaptado muy bien a ella, no la han derogado y ni siquiera lo han pensado. Su contenido es de gran claridad, sus autores no hicieron el código para los magistrados o los jueces sino para los ciudadanos con cultura media como obreros, o agricultores. El código civil francés sufrió muchas reformas en 1804 que produjeron cambios inmensos en la idea principal, se creó una comisión para que estudiara el código y lo “reformara” pero lo cambiaron, hicieron otro que más parecía un código comercial y se vieron obligados a semejarlo con lo hecho ya con*

*sancionarse la Ordenanza de Blois*³¹, aunque fue en el año de 1667 que se autorizó a los jueces y a las partes la libre elección de los peritos.

Desde entonces, la Prueba Pericial fue paulatinamente incorporada a la mayoría de los ordenamientos procesales de fines del Siglo XIX, de donde la tomaron las Legislaciones Latinoamericanas, cobrando un vital papel en los Procedimientos Judiciales, directamente proporcional con los avances científicos y tecnológicos que han venido operándose o sucediendo desde entonces.

Cuando se inició la era de las Codificaciones en inicios del Siglo XIX, con el Código que promulgó Napoleón en 1804; el Peritaje también comenzó a tener consagración formal en los Códigos Adjetivos. Así, por ejemplo, *“en el antiguo procedimiento penal francés (art. 59), en el penal austríaco de 1803 y penales europeos del siglo XIX y XX (pero el actual código de procedimiento italiano no incluye el peritaje entre los medios de prueba). Fue contemplado, asimismo, por el CPC pontificio de 1817*³².

1.1.7. La Revolución Industrial.

En esta época de transformaciones de gran envergadura adquirieron una nueva dimensión, las que llegaron a los medios probatorios.

Las modernas legislaciones se orientan de manera distinta, aunque conservando la sustancialidad del Derecho Romano.

el código de las obligaciones de Suiza. Del cambio final nació un nuevo código con 747 artículos que se divide en dos libros, el preliminar y el libro primero sobre personas y familia.

³⁰ **ALSINA, Hugo**; *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil...* Op. Cit. Pág. 474.

³¹ **ALSINA, Hugo**; *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil...* Op. Cit. Pág. 474.

³² **DE SANTO, Víctor**; *La Prueba Pericial...* Op. Cit. Pág. 26.

La secularización creciente se proyectó a ellas. El juramento quedó, con su carga de solemnidad, totalmente desplazado.

El testimonio se dejó de practicar en las juraderas, siendo reemplazadas por los estrados forenses, donde la figura del testigo y el papel del juez ya habían encontrado la solvencia y la eficacia que sentaron bases sólidas para su inserción procesal actual.

Las relaciones humanas adquirieron una gran diversificación, especialmente en lo comercial-industrial, precipitando cuestiones que requirieron comprobación más compleja, que sólo podían ser resueltas por expertos en las nuevas materias de ciencia y tecnología moderna.

La documentología incorporó nuevas técnicas de análisis y métodos de investigación.

“En el Siglo XIX se constituyó difícil para el dictamen pericial de escrituras; acordándonos del asunto de la Roncière, el testamento de la Boussiniere y finalmente el célebre asunto Dreyfus, que tanta tinta hizo correr. Los célebres grafólogos Pellat y más tarde Hotinsky impulsan nuevos fundamentos en el estudio operacional de los documentos, quienes propusieron un nuevo enfoque llamado grafonomía”³³

Desde entonces los métodos científicos dieron apoyatura a la investigación documental: el examen caligráfico, la yuxtaposición fotográfica, la llamada calco, actualmente desechados en su mayoría.

“El hueco grabado que sucedió a la tipografía; el off-set, helio; la aparición de fotocopiadoras, dieron lugar a variados peritajes que necesitaron capacitación especializada. Las urgencias de la comunicación,

³³ **SCHIAFFINO, Machado;** *Vademécum Pericial. Op. Cit.* Pág. 44.

*exigieron otros medios gráficos aplicados a distintas actividades sociales; el télex, sistemas fotográficos infrarrojos y el láser. Cada creación del hombre demostró tener ínsita la peritación, a la que luego dio lugar su aplicación frecuente.*³⁴

1.1.8. La informática.

Nuestra capacidad de asombro pareció haberse agotado con el descubrimiento de la energía nuclear, la investigación espacial y la cibernética.

Sin embargo, un nuevo elemento se incorporó a las diversas rutinas: la informática.

En materia pericial se abre una novísima especialización por caminos que confluyen:

- a) Los laboratorios informáticos constituyen la infraestructura científica y se integran ocupando un sitio preferencial en el conocimiento del experto.
- b) Las pericias sobre hardware y/o software ya no plantean una seria problemática que escapa a su actuación en el ámbito adversarial o extradversarial; tales como la designación de peritos idóneos, las formas para producirlas y las cuestiones conexas.

Todos estamos directa o indirectamente vinculados a la peritación, de nosotros depende no excluirnos de su ritmo, que en síntesis está reclamando y promoviendo nuevos cuerpos de ideas adecuadamente sistematizadas.

³⁴ *Idem.* Pág. 45.

1.1.9. La Verdad Pericial.

Todo acto pericial es el epicentro de quienes buscan la verdad y que ésta perdure en el informe escrito. Para ello el perito deberá regirse por tres principios inamovibles: la ciencia, la libertad y la verdad. Ciencia, que es madre de toda investigación fundada; libertad, interna (conciencia de sus límites) y externa (reconocimiento de las formas), y verdad, que en este caso no se puede considerar absoluta sino resultante del estudio de lo dado.

La independencia es un compromiso que se declara una vez y se ejerce todos los días.

La pericia tiene que revelar aquello que no puede ser dicho sino por su intermedio. Por ello se considera que el informe del técnico-científico es el sostén y testimonio elocuente de la certeza o verdad.

El perito debe ocuparse de los hechos sin transformarlos, incorporarlos o adecuarlos, pero sí desentrañar el porqué y/o la razón de ellos. Por eso justo es señalar que, a veces, es necesario frenar la marcha de la pericia, para así pensar, evacuar, acotar y, sin tapar las dudas, detener la avalancha de ellas, que a veces nos pueden paralizar y que constituyen la antesala de interesantes confirmaciones que nos permiten arribar, finalmente, a una conclusión.

El perito produce la prueba cuando muestra fundamentamente la causa-efecto de un hecho. No es su misión emitir juicios de valor. Sólo puede descodificar los rastros dejados en el hecho.

En virtud de todas las afirmaciones hechas, también es de hacer notar que en *“Los códigos de procedimientos de América Latina han considerado siempre el peritaje como un medio de prueba”*³⁵.

1.2. Definición del Concepto de Prueba Pericial y su Importancia.

Resulta difícil y quizás imposible llegar a entender una Institución si la palabra que la representa no es la adecuada para ello o tiene múltiples significados, o si en esa palabra no se ha detenido para aclarar y desentrañar su contenido idiomático, su valor semántico.

Revisando el origen histórico del Instituto ahora analizado etimológicamente el vocablo *“prueba –al igual que probó- se deriva de la voz latina probus, que significa bueno, honrado, así pues lo que resulta probado es bueno, es correcto, es auténtico”*³⁶. Esta y no otra, es la verdadera significación del sustantivo probó y del verbo probar: verificación o demostración de autenticidad.

Entonces, como los Fenómenos Sociales, en definitiva, están determinados por un conjunto de hechos, no es posible que la totalidad o una gran parte de los hechos de los cuales pueden derivarse situaciones jurídicas entre particulares, sean conocidos por los Jueces. Es por esto que existe la necesidad de que estos sean auxiliados o ayudados en la apreciación de los hechos que han de dar lugar a la aplicación de la ley, por personas que tengan conocimientos especiales sobre la materia a que los hechos se

³⁵ **DE SANTO, Víctor**; *La Prueba Pericial... Op. Cit.* Pág. 26.

³⁶ **ROLAND, Masi**; *La prueba en el Proceso Civil.* Pág. 31. Citado por **CANALES CISCO, Oscar Antonio**; *Derecho Procesal Civil Salvadoreño.* 1º Edición. San Salvador, El Salvador. 2001. Pág. 120.

refieren. Siendo tan vasta la esfera de los conocimientos humanos, es necesario recurrir a distintas personas especializadas en cada una de las ramas de la ciencia, arte o industria.

“Si se trata, por ejemplo, de un contrato de venta de una partida de hilado de algodón de determinada calidad, torsión, color, etcétera, y el comprador se rehúse al recibo y pago de la mercadería por no ser de la calidad convenida, ¿qué conocimientos especiales puede tener el Juez para decidir si la mercadería es o no de la calidad estipulada? Absolutamente ninguno. Tendrá que recurrir al juicio de personas entendidas en la materia, o sea al juicio de peritos”³⁷.

1.2.1. Definición de Prueba Pericial.

La experticia o peritación puede ser definida como aquella actividad de carácter procesal propuesta por las partes o el Juez y cumplida por personas distintas de los sujetos procesales, las cuales son poseedores de conocimientos e informaciones técnicas, artísticas o científicas que el Juez ignora que precisa integrar el conocimiento total de los hechos y cumplir con su función de juzgar.

Con esta definición lo que se quiere es demostrar que con el progreso de la Ciencia este medio de prueba hace indispensable para el Juez; el mismo hecho real de la división del trabajo, impuesta por los diferentes oficios especializados y el desarrollo acelerado de la técnica, aumenta constantemente el número de los hechos que escapan al conocimiento normal del juez, y por cuanto a éste el Estado le ha conferido el

³⁷ **CASTRO, Máximo;** *Curso de Procedimientos Civiles*. Compilado por Pedro Prutos e Isauro P. Argüello. Tomo Segundo. Biblioteca Jurídica Argentina. Buenos Aires, Argentina. 1987. Pág. 38.

poder-deber de pronunciar el Derecho, en muchos casos, si el experto no viniera en su auxilio, la función jurisdiccional se atascaría por causa de la ignorancia.

La extensión de la Peritación, a nuestro modo de entender, este medio de prueba comprende no solamente los hechos que están fuera de la inteligencia del juzgador, sino también, declaraciones y manifestaciones de voluntad; y hasta en algunos casos el derecho extranjero está sujeto a la peritación.

Según Canales Cisco, *“la Prueba Pericial es el medio por el cual personas ajenas a las partes, que poseen conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o profesión y que han sido previamente designadas en un proceso determinado, perciben, verifican hechos y los ponen en conocimiento del Juez, y dan su opinión fundada sobre la interpretación y apreciación de los mismos, a fin de formar la convicción del Magistrado, siempre que para ello se requieran esos conocimientos”*³⁸.

Aunque Pallares³⁹ establece que la Prueba Pericial tiene lugar cuando los puntos litigiosos conciernen a alguna ciencia o arte especiales, diversos del derecho y tiene relación directa con ellos. Esta *“consiste en el dictamen producido por peritos en la materia, que se rinden a petición de las partes o del Juez, o de ambos.”*

No es cierto que el perito deba limitarse a exponer sus juicios de valor, sin ninguna narración fáctica, porque en ocasiones es necesario que primero

³⁸ **CANALES CISCO, Oscar Antonio;** *Derecho Procesal Civil Salvadoreño...Op. Cit.* Pág. 145. También determina que *“El Perito tiene que reunir determinados requisitos objetivos, entre ellos: plena capacidad; condiciones de idoneidad, en el supuesto de carecer de título habilitante por tratarse de una profesión no reglamentada, prestar juramento o promesa de desempeñar el cargo fielmente.”*

³⁹ **PALLARES, Eduardo;** *Derecho Procesal Civil.* Quinta Edición. Editorial Porrúa S.A. México. 1974. Pág. 397.

observe los hechos que todavía existen o las huellas de los hechos pasados, sobre lo cual expone el Juez sus observaciones, para luego adoptar las conclusiones valorativas del caso; de ahí que se habla de la especie de “*perito percipienti*”⁴⁰. Los Peritos son personas llamadas a exponer al Juez no sólo las observaciones de sus sentidos y sus impresiones personales sobre los hechos observados, sino también las inducciones que deban sacarse objetivamente de los hechos observados y de aquellos que se les den por existentes.

Echandia⁴¹ determina que la Peritación “*es una Actividad Procesal desarrollada, en virtud del encargo judicial, por personas distintas de las partes del Juicio, especialmente calificadas por sus conocimientos Técnicos, Artísticos o Científicos, mediante la cual se suministra al Juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del común de las personas.*”⁴²

Por eso algunos Autores y también algunas Legislaciones consideran que puede ser experto alguna persona no profesional, no titulada; es decir, un sujeto inculto podría ser perito con la condición de que conozca y pueda diagnosticar el problema que se discuta en el tribunal.

Sin dejar de tomar en consideración los anteriores matices, De La Oliva y Fernández⁴³, establece que la Prueba Pericial puede definirse como la “*actividad procesal desarrollada a instancia de las partes en virtud de la cual una o varias personas expertas en materias no jurídicas, elaboran y*

⁴⁰ **ECHANDÍA, Hernando Devis**; *Teoría General de la Prueba Judicial...Op. Cit.* Pág. 288.

⁴¹ *Idem.* Pág. 287.

⁴² **DE SANTO, Víctor**; *La Prueba Pericial... Op. Cit. reafirma la definición de Prueba Pericial que expone Echandia en su texto ya expuesto al citar lo.* Pág. 33.

⁴³ **DE LA OLIVA, Andrés y Fernandez, Miguel Angel**; *Lecciones de Derecho Procesal.* Segunda Edición. 1984. Pág. 281.

transmiten al juez información especializada dirigida a permitir a éste el conocimiento y apreciación de hechos y circunstancias fácticas relevantes en el proceso”.

Realizada una investigación en algunos Códigos de Procedimientos Americanos y Europeos, se ha podido constatar la tendencia unánime a considerar la facultad de apreciar y valorar libremente la prueba pericial en la convicción psicológica del Juez en relación con las alegaciones procesales de las partes, las circunstancias pueden eventualmente imponerle al órgano, agregar a su propio estudio, como un elemento de juicio más, una opinión especializada, cuando han de aplicar conocimientos técnicos; pero es elemental que puedan recurrir directamente a todos los medios de información científica, aún cuando de esa información puede derivarse simultáneamente una prueba decisiva.

Mediante el Peritaje se verifican hechos y se establecen sus características y modalidades, sus calidades, sus relaciones con otros hechos, las causas que lo produjeron y sus efectos.

En las cuestiones técnicas el criterio o dictamen del Perito no puede y normativamente no debe, sustituir ni vincular la valoración del Juez, quién será siempre libre de decidir según su convicción, con la sola obligación de dar a la decisión una adecuada motivación. En cualquier caso, el nivel de competencia del Perito termina donde comienza la valoración del material propiamente jurídico de la causa, siendo esta materia atributo exclusivo del Juez.

Según Palacio⁴⁴ *“acontece, frecuentemente, que la comprobación o la explicación de ciertos hechos controvertidos en el proceso, requiere conocimientos técnicos ajenos al saber específicamente jurídico del juez. De allí la necesidad de que este último sea auxiliado, en la apreciación de esa clase de hechos, por personas que posean conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o industria, y a quienes se denomina peritos. La prueba pericial consiste, pues, en la actividad que aquéllos deben cumplir con la mencionada finalidad.”*

La Prueba Pericial recibe también el nombre de Prueba por Peritos o el de Dictamen de Peritos. Se habla así mismo de Prueba por Peritos, expresando ésta y otras denominaciones un acento especial en algún matiz distintivo. De La Oliva⁴⁵ tomando en cuenta los términos Dictamen Pericial expone como ejemplo *“que se alude principalmente al resultado de una serie de actos y operaciones que los nombres –Prueba de Peritos- o –Prueba Pericial- abarcan y comprenden adecuadamente. Las palabras –Prueba por Peritos-, en cambio, resaltan el papel instrumental de éstos en relación con la prueba, considera predominantemente como resultado: la prueba se ha logrado gracias a/o mediante los peritos.”*

Para a Kielmanovich⁴⁶ se concibe a la Prueba Pericial como *“aquella mediante la cual un tercero designado por un tribunal en razón de sus conocimientos científicos, artísticos o prácticos, ajenos al saber común y jurídico del magistrado, le informa acerca de los hechos percibidos o*

⁴⁴ **PALACIO, Lino Enrique;** *Manual de Derecho Procesal Civil*. Decimo Séptima Edición Actualizada. Lexis.Nexis. Abelado-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 2003. Pág. 493, 494.

⁴⁵ **DE LA OLIVA, Andrés y Fernandez, Miguel Angel;** *Lecciones de Derecho Procesal*. Op. Cit. Pág. 281.

⁴⁶ **KIELMANOVICH, Jorge L.** *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios...Op. Cit.* Pág. 555. *“Se trata de una Prueba que emplea el conocimiento que tienen, en abstracto, personas extrañas a las partes, en miras a su inducida aplicación concreta para la reconstrucción de hechos a percibir, o deducir técnicamente, con relación y a objeto de establecer su existencia o inexistencia, sus causas, efectos, y modalidades en y para el proceso.”*

deducidos, sus efectos, causas, y el juicio que los mismos le merecen, a objeto de que éste, sobre tales bases, pueda formar su convicción acerca de ellos.”

1.2.2. Importancia de la Prueba Pericial.

En muchas ocasiones el Juez se encuentra, frente a una cuestión científica, artística o técnica en la que no está versado, en la necesidad de solicitar el apoyo de peritos para comprobar hechos o determinar sus características particulares.

Ello es así porque el Juez, si bien es un experto en derecho, no lo es, salvo excepcionalmente, en otras ciencias, arte, y en numerosas actividades prácticas que requieren estudios especializados o amplia experiencia.

De ahí la importancia del peritaje para la solución de muchos litigios, sin perjuicio de que el dictamen de los peritos pueda obviarse ocasionalmente con los testimonios técnicos que hayan observado los hechos que requieran de conocimientos especiales para su verificación o calificación, ya que tales testigos pueden hallarse capacitados para emitir juicios técnicos para la descripción e identificación del hecho percibido por ellos.

Estos testimonios son válidos, inclusive, para establecer la causa o los efectos del hecho, si aquella o éstos fueron observados por los declarantes.

“Pero cuando no existan esos testigos técnicos, cuando estos no percibieron las causas y los efectos del hecho, que deben probarse, sino que

para conocerlos se debe apelar a deducciones de carácter técnico científico, es menester recurrir al auxilio de los peritos.”⁴⁷

Por ejemplo, cuando se sostiene que una persona padeció, en determinado momento, cierta enfermedad e inclusive que se trató de una enfermedad grave, que puso en peligro su vida o significó una incapacidad mental o física transitoria o permanente, es prueba conducente el testimonio de los médicos que la atendieron y observaron sus síntomas y sus consecuencias.

Pero si se quiere saber cuáles fueron las causas de esa enfermedad o sus efectos posteriores, no percibidos por esos médicos, es ineludible recurrir al dictamen de peritos, distintos de tales testigos.

Es decir, el Testigo Técnico, según De Santo *“relata lo que observó en razón de sus conocimientos técnicos, otorgándole las calificaciones técnicas o científicas pertinentes, pero no puede emitir dictámenes sobre las causas y efectos de los que observó, ni sobre avalúos fundado en deducciones técnicas, porque entonces se está introduciendo en cuestiones que son de la órbita exclusiva de los peritos”*.⁴⁸

La Prueba Pericial, por lo tanto, es necesaria en atención a la frecuente complejidad técnica, artística o científica de las circunstancias, causas y efectos de los hechos que constituyen el presupuesto necesario para su aplicación, por el Juez, de las normas jurídicas que regulan la cuestión en litigio o simplemente aducida en la causa, que obsta a su correcta comprensión por éste si carece del apoyo de estos expertos, o que hacen aconsejable ese auxilio calificado para una mejor seguridad y una

⁴⁷ **SANTO, Victor**; *La Prueba Pericial...* Op. Cit. Pág. 27.

⁴⁸ *Idem.* Pág. 27.

mayor confianza social en la certeza de la resolución judicial que finalmente se adopte.

1.3. Definición de los Conceptos: Perito, Pericia, Peritación y Peritaje.

La Doctrina y la Legislación, al referirse a estos aspectos, utilizan calificativos o nombres inapropiados confundiendo al “Perito”, la “Pericia”, la “Peritación” y el “Peritaje” o dictamen.

1.3.1. Perito.

Es toda persona a quien se atribuye capacidad técnico/científica, o práctica, en una ciencia o arte.

Según Cabanellas el Perito es un *“especialista, conocedor, práctico o versado en una ciencia, arte u oficio. Quien posee título estatal de haber hecho determinados estudios o de poseer experiencia en una rama del conocimiento o en una actividad cualquiera”*⁴⁹.

*“Son peritos titulares los que tiene título oficial de una ciencia o arte cuyo ejercicio esté reglamentado por la Administración. Son peritos no titulares los que, careciendo de título oficial, tienen, sin embargo, conocimientos o prácticas especiales en alguna ciencia o arte”*⁵⁰.

⁴⁹ **CABANELLAS, Guillermo**, *Diccionario Jurídico Elemental*. Edición 2003. Definición de Perito. Además agrega que *“La Academia agrega, para definir al perito judicial, al que interviene en el procedimiento civil, penal o de otra jurisdicción, como la persona que, poseyendo especiales conocimientos teóricos o prácticos, informa, bajo juramento, al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia”*.

⁵⁰ **MORO Tomas, Fundación**; *Diccionario Jurídico ESPASA*. Editorial Espasa Calpe. Madrid España. 1991. Pág. 811.

1.3.2. Pericia

Es la capacidad técnico/científica, o práctica, que acerca de una ciencia o arte posee el sujeto llamado perito.⁵¹

1.3.3. Peritación

Es el procedimiento empleado por el perito para realizar sus fines.

También Cabanellas se refiere a este concepto como el *“Trabajo o estudio que hace un perito. Pese al registro en el léxico oficial, el vocablo se estima tan afectado, que no se utiliza como tecnicismo; y se prefieren los de informe pericial, la acepción neológica de pericia e incluso el indultado galicismo de peritaje”*⁵².

*“La peritación es pues una declaración de ciencia”*⁵³, porque el perito expone lo que sabe por percepción, deducción o inducción de los hechos, pero es, además, una operación valorativa.

1.3.4. Peritaje

⁵¹ **DE LA OLIVA, Andrés y Fernandez, Miguel Angel;** *Lecciones de Derecho Procesal. Op. Cit.* Pág. 283. Determina que *“Aunque la Prueba Pericial se dirige siempre a introducir en el proceso elementos fácticos nuevos, resulta innegable que cierta clase de dictámenes, en determinadas ocasiones, parecen servir más a la calificación jurídica de los hechos que a la reconstrucción de la –pequeña historia- del proceso. En otros términos: la ya aludida diversidad de dictámenes y de funciones o cometidos de los mismos viene a sostener la vieja polémica acerca de si el perito es un auxiliar del Juez o la Pericia, un Medio de Prueba.”*

⁵² **CABANELLAS, Guillermo,** *Diccionario Jurídico Elemental. Op. Cit.* Definición de Peritación.

⁵³ **KIELMANOVICH, Jorge L.** *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios...Op. Cit.* Pág. 557.

Es la operación del especialista traducida en puntos concretos, en inducciones razonadas y operaciones emitidas, como generalmente se dice, de acuerdo con su “leal saber y entender”, y en donde se llega a conclusiones concretas.

Cabanellas hace la aclaración que Peritaje es “*Ex galicismo por informe pericial*”⁵⁴. Que en nuestro medio se conoce como Dictamen Pericial.

En conclusión, la Prueba Pericial o Prueba por Peritos “*es el medio de prueba consistente en la actividad procesal desarrollada a instancia de las partes en virtud de la cual una o varias personas expertas en materias no jurídicas elaboran y transmiten al tribunal un dictamen o exposición ordenada de información especial dirigida a permitir a éste el conocimiento y apreciación de hechos y circunstancias fácticas relevantes en el proceso*”⁵⁵.

Los peritos, al igual que los testigos, y las partes de la confesión informan y dictaminan sobre cuestiones de hecho, pero, a diferencia de éstas y aquéllos, “*su aportación específica consiste, no en hechos históricos concretos, sino en reglas generales o máximas relativas a la esfera de su ciencia, arte o práctica, ya que suministren al juez directamente esas máximas, ya se plasmen en el dictamen subsumiendo en ellas hechos y circunstancias concretas*”.⁵⁶

1.4. Naturaleza Jurídica de la Prueba Pericial.

En cuanto a la Naturaleza Jurídica de la Prueba Pericial existen tres teorías las cuales son:

⁵⁴ **CABANELLAS, Guillermo**, *Diccionario Jurídico Elemental*. Op. Cit. Definición de Peritaje.

⁵⁵ **MORO Tomas, Fundación**; *Diccionario Jurídico ESPASA*. Op. Cit. Pág. 826.

⁵⁶ *Ibidem*.

a) *La Peritación no es un Medio de Prueba propiamente dicho.*

Realmente la Peritación no es un Medio de Prueba en un orden estricto. Es una operación o procedimiento utilizado frecuentemente para complementar algunos medios de prueba (Inspección Judicial, Reconocimiento, etc.), y para su valoración (declaración de testigos, del ofendido, del imputado). Con todo acierto Manzini⁵⁷ *“niega que el carácter jurídico de la pericia, como también se le llama, sea un medio de prueba. Considera que es un elemento subsidiario para la valoración de una prueba o la resolución de una duda”*.

Algunos juristas consideran que la Peritación no es un Medio de Prueba, *“sino una forma de completar la cultura y los conocimientos del Juez, de suministrarle un elemento o instrumento de juicio que consiste en las reglas técnicas de la experiencia, que integran su concepto”*⁵⁸.

b) *Imposibilidad de Equiparar al Perito con el Testigo.*

En lo concerniente a que el perito es un testigo de calidad, no estamos de acuerdo. El peritaje no puede ser un testimonio, ni mucho menos puede afirmarse que sea “de calidad”. Tanta calidad puede tener lo dicho por el Perito, como también lo afirmado por cualquier testigo que no sea Perito; además, no siempre corresponde al Dictamen Pericial ese calificativo, a pesar de que el autor esté reconocido como autoridad en la materia. A mayor abundamiento, si el perito fuera siempre un testigo de calidad, el Juez estaría obligado a acatar el dictamen; y, en tal virtud, toda resolución estaría condicionada a éste.

⁵⁷ **MANZINI, Vincenzo;** *Derecho Procesal Penal*. Edición Egea. Buenos Aires, Argentina. 1950. Pág. 107.

⁵⁸ **ECHANDÍA, Hernando Devis;** *Teoría General de la Prueba Judicial...Op. Cit.* Pág. 312.

Testimonio y Dictamen de Peritos son cuestiones distintas, el dictamen se da sobre hechos del pasado que suscitan problemas dentro del procedimiento y siempre está fundado o tiene como base la técnica especializada y no sólo la impresión personal sobre los hechos, cosas o personas; en cambio el testimonio se basa en lo percibido por el sujeto a través de los sentidos y se refiere a aspectos del pasado, que ocurrieron fuera del proceso.

El mexicano Rafael de Pina⁵⁹ *“indica que el peritaje difiere por muchos motivos del testigo. A este se le piden noticias sobre los hechos; al perito se le pide un criterio, una apreciación; del primero se invoca la memoria; del segundo, la ciencia”*.

En estricto sentido el dictamen de peritos es un informe rendido ante quien lo solicita, y para sus efectos legales debe ratificarse ante la Presencia Judicial.

c) *El Perito es un Auxiliar de los Órganos de la Justicia*

Esto lo afirman algunos Autores. Otros no lo consideran así, porque el Perito sólo entrará en acción cuando existan cuestiones de tipo técnico referidas a una Ciencia o Arte determinado, de tal manera que el dictamen estará condicionado a la existencia de medios probatorios imperfectos, sólo susceptible de calificarse con la Peritación; en tal virtud, no siempre es indispensable la intervención del perito, y, por otra parte, el Juez no queda vinculado al resultado del dictamen.

⁵⁹ **DE PINA, Rafael**; *Comentarios al Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales*. Edición Porrúa. México. 1968. Pág. 88.

Concretamente, Manzini⁶⁰ *“se pronuncia en contra de quienes ven en el perito ese carácter auxiliar mencionado”*.

En conclusión, el Perito sí es un Auxiliar de los Órgano de la Justicia, y aunque dentro de la Relación Procesal no es posible ubicarlo en el mismo plano de los Sujetos Autores de la trilogía de Actos esenciales del Proceso (Acusación, Defensa y Decisión), de todas maneras es un sujeto secundario a quien se encomienda desentrañar aspectos técnicos/científicos materia del proceso, lo que sólo es posible con el auxilio del conocimiento especializado y la experiencia.

Se considera equivocada la tesis que le niega a la peritación el carácter de Medio de Prueba, porque equivale a olvidar que el perito generalmente verifica hechos y le suministra al Juez el conocimiento de éstos, bien sea con su solo concepto o en concurrencia con otras pruebas. Además, así como el carácter de Auxiliar de la Justicia y del Juez, que tienen los Testigos y los Funcionarios Administrativos que suministran certificaciones o informes, de indudable valor probatorio no impide considerar como pruebas al Testimonio, al Certificado o al Informe que rindan o expidan, tampoco la naturaleza jurídica de auxiliar o colaborador del Juez y de la Justicia, que la doctrina moderna le reconoce al perito, puede ser impedimento para que el dictamen que rinda, es decir, la peritación, sea un Medio de Prueba.

1.5. Objeto de la Prueba Pericial.

Lessona⁶¹ afirma que el objeto de la Prueba Pericial, *“como el de las pruebas simples, es el hecho, no el derecho. Las partes pueden producir y alegar en los autos opiniones de jurisconsultos, abonando la tesis que*

⁶⁰ **MANZINI, Vincenzo;** *Derecho Procesal Penal...Op. Cit.* Tomo III. Pág. 379

⁶¹ **LESSONA, Carlo;** *Teoría de las Pruebas... Op. Cit.* Pág. 467.

defienden; mas no podría nunca el Juez recurrir a los Peritos para oír su opinión en una cuestión de Derecho. Solo en caso de que el derecho controvertido fuese extranjero o consuetudinario, se podrá recurrir a semejante Peritaje.”

Schiaffino⁶² establece que, *“lo que se obtiene a través de la Pericia no es objeto sobre el cual se opera, sino la explicación de éste. Explica que, la fuente de prueba está dada por la materia sujeta a peritación, el medio de prueba por el perito y su dictamen.”*

De hecho, se Schiaffino se refiere exclusivamente a las conclusiones que obtiene el experto por la práctica del acto pericial, que introduce en el proceso el elemento probatorio por medio de su informe.

No siempre existe claridad al designar el objeto de la Pericia; por lo cual es menester definirlo como la explicación de la materialidad de los objetos, hechos o circunstancias controvertidas o demostración necesaria que dan origen a la misma.

En el dictamen se encuentra ínsita la operación valorativa, la apreciación del hecho-elemento, sus causas-efectos, sus fundamentaciones y no una simple narrativa de las percepciones del experto.

El Perito no siempre debe limitarse a exponer sus juicios de valor omitiendo todo relato fáctico.

En efecto, a veces se torna indispensable que primero perciba los hechos que aún permanecen o las huellas de los hechos que ya no existen para comunicar al juez sus observaciones y adoptar las conclusiones valorativas del caso.

⁶² **SCHIAFFINO, Machado**; *Vademécum Pericial. Op Cit.* Pág. 87.

De ahí que se hable de la especie de *perito percipiendi*, que necesita basar su Dictamen en la observación de los hechos objeto de la Prueba o de otros vinculados a ellos.

Los otros Peritos, por el contrario, se limitan a emitir su concepto fundándose en lo que surge el proceso sobre los hechos objeto de éste (testimonios, confesiones, documentos, etc.).

Carnelutti⁶³ establece de la misma forma que “*es inexacto sostener que el testigo debe limitarse a relatar sus observaciones sin emitir juicio alguno, también constituye un error afirmar que el Perito se limite a exponer sus juicios y conceptos, sin relatar sus percepciones.*”

No obstante, no debe otorgarse demasiada relevancia a la función de los Peritos al punto de empleárselos para cuestionar extrañas a su actividad procesal.

Lessona⁶⁴ observa que “*los Peritos no pueden opinar sobre cuestiones de derecho, ni sobre la interpretación de contratos, ni si un hecho tiene aquellos requisitos legales productores de un determinado efecto jurídico.*”

Devis Echandía⁶⁵, por su parte, se separa de Lessona en cuanto éste considera que “*el Perito, por excepción, puede resolver conjuntamente la cuestión de hecho y de derecho, cuando los requisitos para ejercer éste constan exclusivamente de elementos de hecho; porque, en tal caso el Perito dictamina sobre los últimos y al Juez le corresponde determinar los efectos jurídicos*”.

⁶³ Citado por **DE SANTO, Victor**; *El Proceso Civil*. Tomo VII. Prueba de Peritos, Reconocimiento Judicial. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina. 1987. Pág. 19.

⁶⁴ **LESSONA, Carlos**; *Teoría General de la Prueba en Materia Civil. Tomo IV*. Citado por **DE SANTO, Victor**; *El Proceso Civil*. Tomo VII. Prueba de Peritos, Reconocimiento Judicial. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina. 1987. Pág. 19.

⁶⁵ **ECHANDÍA, Hernando Devis**; *Teoría General de la Prueba Judicial...Op. Cit.* Pág. 299.

Es decir, cualquiera sea que sea la postura que se adopte respecto a su naturaleza, no puede haber peritaje sobre cuestiones de derecho ni sobre los efectos jurídicos de los hechos que verifiquen o califiquen los peritos.

En conclusión, el peritaje tiene por objeto, exclusivamente, cuestiones concretas de hecho, la investigación, verificación y calificación técnica, artística o científica de hechos que por sus características exijan, para su adecuada percepción y valoración, especiales conocimientos de la misma naturaleza.

La noción de hechos, como objeto del peritaje, debe tomarse con la amplitud expuesta al analizar el objeto de la prueba en general, teniendo en cuenta que deben tener características técnicas, artísticas o científicas: hechos físicos y síquicos, conductas humanas, sucesos naturales, aspectos de la realidad material, cosas u objetos que sean creación del hombre o productos de la naturaleza, la persona física humana y sus condiciones síquicas.

1.6. Características de la Prueba Pericial.

En concordancia con la Legislación Procesal Civil y Mercantil Salvadoreña se pueden distinguir nueve características de la Prueba Pericial, las que brevemente se describen a continuación:

- a) *Es una Actividad Humana*, puesto que consiste en la intervención transitoria, en el proceso, de personas que deben realizar ciertos actos para rendir posteriormente un concepto o dictamen.

- b) *Es una Actividad Procesal*, porque debe ocurrir en el curso de un proceso o de Diligencias Procesales previas o posteriores y complementarias.

- c) *Es una Actividad de Personas Especialmente Calificadas*, en razón de su Técnica, su Ciencia, sus conocimientos de Arte, es decir, de su experiencia en materias que no son conocidas por el común de las personas.

- d) *Exige un Encargo Judicial Previo*, porque no se concibe la Peritación espontánea, en el cual se diferencia del Testimonio y de la Confesión, ya que si por ejemplo un experto se presenta espontáneamente ante el Juez que conoce de un proceso y emite declaraciones técnicas, científicas o artísticas sobre los hechos que se investigan, existirá un Testimonio Técnico y no una Peritación.

- e) *Debe Versar sobre Hechos y no sobre Cuestiones Jurídicas*, ni sobre exposiciones abstractas que no incidan en la verificación, la valoración o la interpretación de los hechos del proceso.

- f) *Esos Hechos deben ser Especiales*, en razón de sus condiciones Técnicas, Artísticas o Científicas, es decir, cuya verificación, valoración o interpretación no sea posible con los conocimientos ordinarios de personas medianamente cultas y de jueces cuya preparación es fundamentalmente jurídica.

- g) *Es una Declaración de Ciencia*, porque el perito expone lo que sabe por percepción y por deducción o inducción, de los hechos sobre los

actos cuales versa su dictamen, sin pretender ningún efecto jurídico concreto con su exposición⁶⁶.

- h) *Esa Declaración Contiene, además una Operación Valorativa*, porque es esencialmente un Concepto o Dictamen Técnico, Artístico o Científico de lo que el Perito deduce sobre la existencia, las características y la apreciación del hecho, o sobre sus causas y sus efectos, y no una simple narración de sus percepciones⁶⁷.
- i) *Es un Medio de Prueba*, como ya se explico en el desarrollo de la Naturaleza Jurídica de la Prueba Pericial.

1.7. Clasificación de la Prueba Pericial.

De los Conceptos y Características hasta aquí desenvueltos se deducen las diversas especies de Pericias.

La Prueba Pericial, en primer término, puede ser *Judicial o Extrajudicial*; más, esta última, como la Prueba Testimonial Extrajudicial, y por las mismas razones, no tiene verdadero valor probatorio, y sólo se admite como fuente la legítima de simples presunciones.

⁶⁶ Según **ECHANDÍA, Hernando Devis**; *Teoría General de la Prueba Judicial...Op. Cit.* Pág. 304. "...se diferencia de la declaración de ciencia testimonial, en que ésta tiene por objeto el conocimiento que el testigo posee de los hechos que existen en el momento de declarar o que existieron antes, al paso que el perito conceptúa también sobre las causas y los efectos de tales hechos, y sobre lo que sabe de hechos futuros, en virtud de sus deducciones técnicas o científicas, y en que el primero generalmente ha adquirido su conocimiento antes de ser llamado como testigo –por lo cual se solicita su testimonio-, al paso que el segundo puede desconocer los hechos cuando se le otorga el encargo, ya que es suficiente que tenga la experiencia técnica, artística o científica necesaria para iniciar su investigación y su estudio".

⁶⁷ También según **ECHANDÍA, Hernando Devis**; *Teoría General de la Prueba Judicial...Op. Cit.* Pág. 305. "...en lo cual también se diferencia del testimonio, inclusive cuando es técnico..."

De Santo⁶⁸ “habla de la clasificación de los peritajes como Judiciales y Prejudiciales, en cuanto a que se denominan así atendiendo a que tengan ocurrencia en el curso de un Proceso o en Diligencia Procesal Previa.”

Pero, Echandia⁶⁹ realiza una clasificación, la más aceptada y aplicable al Derecho Procesal Salvadoreño.

La clasificación de las peritaciones y de los peritos depende del punto de vista que se adopte para considerarlos.

- a) Hay Peritaciones para verificar la existencia o las características de los Hechos Técnicos, Científicos o Artísticos. A estas peritaciones corresponde el llamado *Perito Percipiendi*.

Esta clase de dictamen es indudablemente, un medio para la comprobación de hechos. Los autores que le niegan a la peritación el carácter de Medio de Prueba, olvidan que esta clase de dictamen es quizás el más frecuente, lo mismo en los procesos civiles que en los penales y laborales.

- b) Otras Peritaciones tiene por finalidad aplicar las Reglas Técnicas, Artísticas o Científicas de la experiencia especializada de los expertos, a los hechos verificados en el Proceso. Por cualquier medio de la prueba, para deducir de ellos las consecuencias, las causas o las calidades o valores que se investigan. Los Peritos hacen las dos operaciones, de enunciar las reglas de la experiencia técnica pertinente y de aplicarlas a los hechos probados en el proceso, para formular las deducciones concretas

⁶⁸ **DE SANTO, Victor**; *La Prueba Pericial... Op. Cit.* Pág. 48.

⁶⁹ **ECHANDÍA, Hernando Devis**; *Teoría General de la Prueba Judicial...Op. Cit.* Pág. 305-308.

que corresponden. A esta clase de Peritación corresponde el llamado *Perito Deducendi*.

También en esta clase de Peritación se verifican o prueban hechos: los que constituyen la causa o el efecto de los otros hechos probados por medios distintos, o aspectos concretos de tales hechos, que equivalen a una Prueba Parcial de los mismos.

- c) Teóricamente puede suceder que los Peritos reciban encargo de enunciar simplemente las reglas de la experiencia Técnica que los califica, para que el Juez proceda a aplicarlas a los hechos comprobados en el Proceso y obtener conclusiones.

Existe una diferencia entre dos casos y esta define la naturaleza de la función que el Perito desempeña en cada uno: de verificar hechos o aspectos parciales de hechos, o simplemente de suministrar las reglas de experiencia para que el Juez interprete y aprecie mejor los hechos probados. En el segundo caso, el dictamen sería un simple instrumento para la integración del Juicio lógico del Juez, una simple regla de experiencia para la apreciación de las pruebas. En cambio, en el primer caso, ese dictamen es un Medio de Prueba, puesto que es un hecho del cual se deducen argumentos de Prueba para verificar la existencia o inexistencia del hecho que se está investigando.

- d) Se habla también de Peritaciones Forzosas y Potestativas o Discrecionales, según la Ley exija o no su práctica, para el caso.

- e) Hay Peritaciones Judiciales y Prejudiciales, según que ocurran en el curso de un Proceso o en Diligencia Procesal previa.
- f) Con un sentido similar al de la anterior clasificación, se habla de Peritaciones de Presente y de Futuro, entendiéndose por aquéllas las que se practican en el curso de los Procesos, para que surtan de inmediato sus efectos probatorios, y por las últimas las que se producen anticipadamente. Para futura memoria, en vista de un litigio eventual, en Diligencia Judicial previa al proceso donde se aducirán como Prueba.
- g) Puede hablarse de Peritaciones Oficiosas o por Iniciativa de las Partes, según Medie o no este impulso del interesado.
- h) Por último, si se admite la peritación para establecer la Ley Extranjera y la Costumbre Nacional o Extranjera, lo mismo que para interpretar la Ley que utiliza expresiones Técnicas o Científicas, pueden distinguirse las Peritaciones sobre Hechos y sobre el Derecho, o en también conocidas como las Técnicas o las Jurídicas.

Con la importante innovación operada por el Código Procesal Civil y Mercantil (en adelante CPCM), la Prueba Pericial puede ser tanto extrajudicial como judicial, radicando la innovación en la equiparación del régimen jurídico y el valor probatorio de ambas, en un plano de igualdad, ya que el artículo 288 del CPCM impone a las partes la carga de aportar con sus respectivos trámites de alegación inicial, no sólo los documentos sino los informes periciales de los que quieran valerse en el proceso, regla que el

artículo 377 CPCM. Esto supone que cada parte en principio debe ocuparse por su cuenta de buscar al especialista en la materia que se trate, contratar sus servicios, delimitar el objeto de su actividad, y una vez que el dictamen esté listo, aportarlo en esa fase de alegaciones.

La otra opción, que es el objeto de nuestro estudio, es que no se haya hecho la aportación del dictamen en el trámite de alegaciones y existiera causa justificada para vencer la regla de preclusión del artículo 288 CPCM, pudiendo pedir la designación Judicial del experto. En tal caso, la actividad probatoria estará totalmente bajo control Judicial, de principio a fin, aunque como decimos, el Valor Probatorio potencial de uno u otro tipo de Dictamen parte de ser el mismo desde la perspectiva legal.

CAPÍTULO DOS

EL PERITO JUDICIAL, DEBERES, DERECHOS Y CAPACIDAD

Sumario.- 2.1. *El Perito Judicial.* 2.1.1. *Condiciones y Número.* 2.2. *Deberes del Perito.* 2.2.1. *Doctrina.* 2.2.2. *Aplicación al Código Procesal Civil y Mercantil.* 2.3. *Derechos del Perito.* 2.3.1. *Derechos Extrapatrimoniales.* 2.3.2. *Derechos Patrimoniales.* 2.3.3. *Aplicación al Código Procesal Civil y Mercantil.* 2.4. *Capacidad para ser Perito.*

2.1. El Perito Judicial.

Schiaffino explica que: *“El Perito es un descodificador, un operador de conocimiento complejos.”*⁷⁰

Su figura y presencia están dadas también como parte de la macroesfera extraprocesal. Es nexos, en la relación dinámica emisor-operador-receptor.

No se concibe estáticamente, tampoco se encadena al pasivo rol de quienes lo encuadran como mero auxiliar de la justicia.

La revalorización de su funcionalidad está dada a partir del compromiso con la realidad, fuente de vida de una auténtica ciencia social.

Desde su pequeñez, se hace grande en el todo, a la que será conducido por la variable obligatoriedad que imponen las urgencias del presente, ciencia a la que más temprano que tarde, tendremos que equiparar entre la eventualidad de quedar detenidos en el tiempo-espacio, reservados

⁷⁰ **SCHIAFFINO, Machado;** *Vademécum Pericial.* La Prueba. La Probatuara. La Pericia. El Perito. El Acto pericial. Obligaciones del Perito en el Proceso. Derechos Extrapatrimoniales. Vías Impugnativas y Nulidades en la Pericia Judicial. Modelos de Pericias e Informes. Vocabulario Jurídico-Pericial. Ediciones la Roca. Buenos Aires, Argentina; 1999. Pág. 141.

a un *mundo kafkiano*⁷¹, severamente repelido por la continuación de la revolución científico-tecnológica.

La capacidad de clasificar y manipular todo tipo de forma sólo se logra renunciando a la concepción antigua que se tenía de tamaño, distancia y ajuste.

Ser parte de la hipótesis de que cada época elabora su estilo de sistematización de conocimientos, donde los enlaces responden a una perspectiva universal.

Cuando más crece la actividad Pericial fruto de la complejidad de los adelantos producidos en las diversas ciencias y tecnologías, tanto más requiere una admirable calibración de emisores y receptores, para una elaboración conforme a las cuestiones básicas que la particularizan.

*“La evolución de la actividad del operador debería ir ajustándose a la correcta valoración de su opus, considerando la peritación como procedimiento preliminar o base de prueba in futurum, a veces tan sólo como elemento fundamental para garantizar operaciones diversas.”*⁷²

Actualmente, tanto fiscales como instituciones policiales, de seguridad y particulares, requieren los servicios del Perito, en la necesidad común de descodificar aquellas cuestiones inaccesibles a su condición profana en la ciencia, técnica o arte de la cual se trata.

⁷¹ *Ibid.* Schiaffino hace mención de esta frase dándole el sentido de que el mundo kafkiano sería aquel donde quienes están no saben por qué están, donde quienes hacen saben que actúan, pero no saben qué hacen ni qué papel les corresponde en la comedia, donde quienes van saben que no vuelven, pero no saben hacia dónde se dirigen, así que ir o volver deja de tener sentido.

⁷² *Idem.* Pág. 143

Luis Díez-Picazo⁷³ sustenta que el Perito Judicial “es un instrumento al servicio del Juez, quien es en todo caso y en todo momento libre de valorar en la forma que tenga por conveniente y puede sacar las conclusiones que bien parezcan. Lo cierto sin embargo que en virtud de las cada vez más necesarias especializaciones, por una parte, y por la otra cada vez mayor complejidad de los problemas y de los desarrollos científicos, se cierra la vía de accesibilidad al juez, lo que a la hora de la verdad produce, por la llamada de Peritos; es más que la búsqueda de un instrumento auxiliar de la decisión una delegación para decidir.”

Singular importancia adquieren las condiciones que el Perito debe reunir en diferentes planos. Para poder comprender son necesarios conocimientos y praxis de su especialidad, para disponer de los medios idóneos para la averiguación de la verdad.

Desde sus condiciones ético-morales, el operador debe poseer las condiciones que a continuación se desglosan:

- a) *Discreción*. Quizá los noveles⁷⁴, celosos de hallarse asociados a grandes Peritajes, pueden sufrir la tentación de brillar por sus relatos o sus anécdotas; o adelantar las conclusiones antes de presentar su trabajo.
- b) *Eficacia*. Dentro del género de idoneidad, esta característica constituye una especie que el profesional debe tener en cuenta,

⁷³ **DÍEZ-PICAZO, Luis**; *Derecho y manifestación social. Tecnología y derecho privado*. Civitas, Madrid, España. 1979. Citado por **SCHIAFFINO, Machado**; *Vademécum Pericial. Op. Cit.* Pág. 143.

⁷⁴ Hay que hacer notar que los noveles; es decir, los inexpertos o iniciados en una ciencia o arte a diferencia de los expertos que son los Peritos, cometen el error de divulgar avances de sus investigaciones; entonces una de las características que deben de cumplir los Peritos Judiciales debe de ser la discreción, característica que al mismo tiempo se convierte en deber del Perito al ser nombrado en un proceso.

para responder a las interrogantes formuladas, entendiendo por éstos, no sólo los puntos de pericia.

- c) *Convicción.* Habrá de tener seguridad y convencimiento de lo que expresa para dar fuerza de convicción a su dictamen.
- d) *Disciplina de Trabajo.* Saber desechar lo superfluo, evitar las digresiones, la verborragia latina, en función de lograr la máxima puntualidad y concreción en su discurso, haciendo evidente que sabe valorar el tiempo ajeno.
- e) *No dejarse abandonar a la modernización sensorial.* Evitará que tal situación interfiera en la capacidad de trabajar, apartando las emociones y sacrificando las minucias, lo cual le permitirá rigor científico y sintonía en la pericia.
- f) *Agilidad.* Inmediatez para evitar caer en el desinterés y la inutilidad; con cuidado podrá aventar el camino hacia la negligencia, tanto por el vencimiento de plazos, como realizando la tarea desprolija de quien se deja estar hasta último momento sin que pueda producir una elaboración, procesamiento y evaluación mediata del objeto que originó su intervención.
- g) *Idoneidad.* Es éste un requisito indispensable que los expertos deben acreditar⁷⁵. Cuando la profesión está reglamentada, deben

⁷⁵ En el juicio se da el Examen Pericial, en el cual a través de preguntas y respuestas el juez comienza a conocer los antecedentes personales del Perito que servirán del fundamento para caracterizar a la información científica que nos da como confiable y creíble. Dentro de esto es menester hacerse las siguientes preguntas: *a. ¿Para qué acreditar al Perito?* Para hacerle sentir confianza: deja de ser una persona más en la Sala para convertirse en el experto de la Sala. Demuestra al Juzgador y a la contraparte que se está en presencia de una persona preparada, capaz y sólida. *b. ¿Qué le preguntamos al Perito para acreditarlo?* Antes de preguntar cualquier cosa durante el examen pericial es necesario tener claro una premisa: el abogado examinador no se puede dar el lujo de salir a pescar con su perito. Esto quiere decir que el abogado debe saber las respuestas a cada pregunta que le va a hacer a su perito. En lo relativo a las preguntas acreditadoras dependerá de la clase de peritos, pero siempre enfocándolo desde la pericia, a saber: *i. Peritos Titulados:* ocupación laboral, estudios (notas en el área de la pericia realizada), distinciones académicas, actividades académicas (cátedra y colaboraciones con otros expertos conocidos), publicaciones

tener título habilitante otorgado por las instituciones correspondientes. El Juez no puede, en este momento dominado por la tecnología más refinada, dejar de lado el dictamen producido por un experto, portador de conocimientos técnicos adecuados, para convertirse en perito y querer reemplazar ese dictamen empleando medios rudimentarios.

- h) *Imparcialidad*. Sus vínculos procesales están claramente definidos: *“cuando el sentenciante designa al Perito con todas las garantías necesarias y legales para considerarlo un tercero ajeno al juicio y por lo tanto sin interés en las resultas del mismo, no cabe duda que recurre al conocimiento del experto como auxiliar imparcial de la justicia.”*⁷⁶

2.1.1. Condiciones y Número.

El artículo 383 CPCM señala que *“podrán ser designados Peritos quienes posean título oficial en la materia, ciencia o arte de que se trate”*. En caso de no existir regulada esa titulación media o superior, *“se nombrará el Perito entre personas entendidas en la materia”*, lo que se colige, que debe consultarse a expertos que sí han obtenido esa titulación en el extranjero

científicas e investigaciones personales o de otros autores respetables en que se sostiene lo experto en la pericia, cuantas veces ha practicado esta clase de pericias y que ha concluido en esas pericias. *ii. Peritos Empíricos*: ocupación laboral, durante cuánto tiempo trabajo en determinada institución, anteriores trabajos en otras instituciones, cuantas veces ha practicado esta clase de pericias y que ha concluido en esas pericias. *c. ¿Cuáles son las consecuencias de una mala acreditación?* Le servimos al perito a la contraparte en bandeja de plata para que lo destroce en el contraexamen. *d. ¿Es necesario reacreditar un perito? ¿Cuándo lo hacemos?* Cuando nuestro perito ha sido desacreditado por la contraparte es necesario reacreditarlo; los momentos procesales de reacreditación varían de acuerdo al momento de desacreditación, es así que: *i. Si la desacreditación es anterior a la audiencia del juicio, debemos reacreditarlo al inicio del examen pericial. ii. Si la desacreditación se da durante el contra examen, debemos reacreditarlo pidiendo la palabra nuevamente.*

⁷⁶ **SCHIAFFINO, Machado**; *Vademécum Pericial. Op. Cit.* Pág. 153.

(previa justificación documental de ello); bien de que se traten los conocimientos requeridos más bien de índole práctica que teórica, y por tanto lo que importe es conocer el criterio de quienes suelen trabajar en ese campo (actividades comerciales; de presentación de servicios).

Es clara la voluntad de la Ley de reducir en principio el número de Peritos intervinientes a uno por cada una de las partes, como lo establece el artículo 377 y 384 CPCM, sea para la realización Extrajudicial o Judicial del Dictamen al efecto propuesto.

Es clara la voluntad del Legislador que las partes puedan ponerse de acuerdo en la elección de un Perito único, en el entendido de que lo será para realizar el Dictamen dentro del proceso, no antes: así, el artículo 278 CPCM establece que las partes “de común acuerdo y hasta la Audiencia Preparatoria” del Proceso Común, o hasta la Audiencia de Prueba en el Proceso Abreviado, esto por aplicación del artículo 381 último párrafo CPCM, podrán presentar un escrito proponiendo la identidad del Perito y el Objeto de su examen.

No parece lógico, aunque podría ocurrir en algún caso, que ese acuerdo se pueda fraguar antes de entablarse demanda, pero si así fuere habría que esperar como mínimo al trámite de contestación a la Demanda para verificar que el acuerdo existe porque el Demandado aporte el escrito con la firma de todos, o porque valide el presentado por el actor.

Por lo demás, al hablarse aquí de Partes no necesariamente tienen que serlo todas, sino las que así lo quieran (de tal manera que operará entre ellas la mencionada regla, no para las demás), a diferencia de los que establece en la Ley para la hipótesis que ahora sigue.

En efecto y como excepción al número previsible, autoriza el CPCM en el artículo 384 *in fine* para que las Partes también puedan designar más de un Perito, pero en ese caso, el segundo y ulteriores expertos deberán serlo con el consenso de todas las partes intervinientes (no solamente de algunas). De lo contrario retornaría la regla de un Perito por cada Parte.

2.2. Deberes del Perito.

Los deberes del Perito, según Devis Echandía⁷⁷ se descomponen así: *“de asumir el cargo, cuando la designación no es hecha libremente por la parte; de comparecer ante el Juez, cuando existe esa formalidad; de posesionarse y prestar el juramento; de practicar personalmente las operaciones necesarias para su dictamen, bajo el control del Juez y en la forma como la Ley Procesal determine; de obrar y conceptuar con lealtad, imparcialidad y buena fe; de fomentar su dictamen y de rendirlo en forma clara y precisa; de guardar el secreto profesional, cuando el caso lo requiera.”*

Tanto la defensa de sus Derechos como la exigencia de sus Deberes y Responsabilidades apuntan a un mismo objetivo: la eficacia probatoria del Dictamen en sede Judicial.

La intervención de descodificadores en el proceso obedece a una mejor seguridad y mayor confianza social en la certeza de la decisión judicial que se adopte.

Es indispensable que las normas establezcan con claridad requisitos a los que estará sometido el Informe Pericial para que goce de la veracidad

⁷⁷ **ECHANDÍA, Hernando Devis;** Teoría General de la Prueba Judicial. Op. Cit. Pág. 368.

exigible y fundamentación suficiente, logrando así su objetivo y que el operador pueda facilitar al Tribunal el cumplimiento de su trascendente tarea de sentenciar adecuadamente.

2.2.1. Doctrina.

Schiaffino⁷⁸ desarrolla las obligaciones más relevantes de la siguiente manera:

- a) *Obligación de Asumir el Cargo.* En el Proceso se considera generalmente como obligatorio el desempeño del cargo del Perito, cuando la designación es hecha por el Juez, aunque el designado no esté inscrito en la lista especial, salvo impedimento legal o incapacidad.

Cuando las partes escogen libremente, no existe ningún deber de aceptar el cargo, sino, como afirma Florian⁷⁹, “*crean un vínculo contractual para la prestación del servicio, mediante un estipendio u honorario. Por consiguiente, el designado se puede rehusar, en cuyo caso hay que reemplazarlo.*”

El deber de testimoniar puede afectar a toda persona que tenga conocimiento de los hechos de interés procesal. No así para actuar como descodificador, donde la responsabilidad recae únicamente entre quienes han asumido cargo oficial como tal, han aceptado su inclusión en nóminas a los fines indicados o la proposición de las partes.

⁷⁸ **SCHIAFFINO, Machado;** *Vademécum Pericial. Op. Cit.* Pág. 202.

⁷⁹ **FLORIAN, Eugenio;** *De las Pruebas Penales.* Temis, Bogotá, Colombia. 1969. No. 225. Citado por **SCHIAFFINO, Machado;** *Vademécum Pericial. Op. Cit.* Pág. 203.

b) *Obligación de Posesionarse y Prestar Juramento.* Si no mediare excusa, por existir juramento general previo, la debida posesión impone o incluye el requisito del mismo.

Omitir el Juramento o la posesión de las condiciones que la ley exija para ésta, vician de nulidad el Dictamen, aunque no lo diga la norma y no exista unanimidad sobre el particular jurisprudencialmente debido a la posibilidad de salvar este vicio formal en un momento posterior.

Se trata de un requisito fundamental que reviste al Informe Pericial de seriedad y le da mayores garantías a los sujetos procesales.

Lessona⁸⁰ opina que *“el Juramento debe proceder a las operaciones generales a realizar, sin que sea suficiente el prestarlo al instante de depositar o rendir el Dictamen; sin embargo reconoce que en la doctrina prevalece la opinión contraria, acorde a la jurisprudencia.”*

Framarino dei Malatesta⁸¹ considera que el Juramento *“es una cortapisa eficaz contra la posible intención de engañar, tal como ocurre en el testimonio de terceros, que da mayor seguridad acerca de la escrupulosa lealtad de las afirmaciones sostenidas.”*

⁸⁰ **LESSONA, Carlo**; Teoría General de la Prueba en el Derecho Civil. Trad. Aguilera de Paz. Reus. Madrid. 1907. No. 419. Citado por **SCHIAFFINO, Machado**; Vademécum Pericial. Op. Cit. Pág. 204. A esto existe un tesis en contrario, defendida por Ricci, Mattiolo y los fallos Italianos, que el mismo Lessona cita, es correcta, porque satisface la exigencia legal de darle garantías, si al rendir o presentar su dictamen se ha cumplido con este deber.

⁸¹ **FRAMARINO, Dei Malatesta**; Lógica de las Pruebas. Temis. Bogotá, Colombia. 1964. Tomo II. Pág. 316. Citado por **SCHIAFFINO, Machado**; Vademécum Pericial. Op. Cit. Pág. 204.

Santiago Sentís Melendo⁸² comparte la opinión prevalente, en cuanto a que *“no es indispensable previa a las operaciones y que basta prestarlo posteriormente, salvo norma legal expresa; la omisión constituye vicio de nulidad para este ilustre procesalista.”*

En la consideración de Devis Echandía⁸³ *“se debe rechazar la jurisprudencia que incorpora tales admisiones, porque se trata de una formalidad de orden público e interés general y no del exclusivo de las partes.”*

c) *Obligación de Comparecer ante el Juez.* Esta formalidad puede ser suplida por su aceptación de oficio o comunicación enviada por correo, según el sistema legal vigente.

Para que el perito nombrado deba comparecer ante el tribunal es indispensable que se haga conocer oficialmente la designación y que se lo llame.

Este cumplimiento se resuelve por vía de la notificación y citación; a tal fin se procederá en la misma forma que para notificación de los testigos. Ya que el artículo 179 CPCM en cuanto a la Notificación a quienes no sean parte en el proceso y establece que: *“Cuando deban ser notificados testigos, peritos o personas que sin ser parte en el proceso deban intervenir en él, se realizará la comunicación que por cualquier medio que se considere fehaciente y eficaz.”* También este mismo artículo determina que en casos que el tribunal considere oportuno, podrán realizarse las comunicaciones

⁸² **SENTIS MELENDO, Santiago;** *El Juramento de los Peritos en teoría y Práctica del Proceso.* Ejea. Buenos Aires, Argentina. 1959. Tomo III. Págs. 303-314. Citado por **SCHIAFFINO, Machado;** *Vademécum Pericial. Op. Cit.* Pág. 205.

⁸³ **ECHANDÍA, Hernando Devis;** *Teoría General de la Prueba Judicial. Op. Cit.* Pág. 258.

conforme lo que establece el artículo 178 CPCM, es decir, Notificación por medios técnicos.

Corresponde hacer llegar el nombramiento, comunicándosele igualmente que debe concurrir al tribunal en un término dado para aceptar el cargo, conforme a las formalidades legales, diligencia que se practicará en el domicilio real, o en su escritorio u oficina en la cual se desempeñe con motivo de su profesión o sus funciones.

“Tratándose de los Peritos Oficiales, éstos deberán ser notificados en sus despachos, e inmediatamente se podrán poner en contacto con el Juzgado a los fines de la aceptación del cargo, o para proporcionar las razones que se lo impidan.”⁸⁴

- d) *Obligación de Practicar Personalmente las Operaciones.* Se trata de aquellas necesarias para arribar al Dictamen, bajo control del *iudex* y en la forma que la Ley Procesal lo determine.

Para el mejor desempeño de su misión, el Perito se puede asesorar por otros expertos, obtener conceptos u opiniones que ilustren su criterio, hacer elaborar planos, croquis explicativo de su informe, de acuerdo con sus indicaciones y bajo su dirección, a condición de que luego adopte y explique su personal conclusión, porque se tratará de estudiar y fundamentar mejor su dictamen.

No puede, en cambio, delegar a un tercero el examen de los hechos o las pruebas objeto de la Pericia, así como tampoco dejar a otra persona las operaciones técnicas que fundamentan la conclusión, ni limitarse a transcribir el concepto de otro, porque no existiría el desempeño personal del encargo, y por lo tanto el Dictamen quedaría viciado de nulidad.

⁸⁴ **SCHIAFFINO, Machado;** *Vademécum Pericial. Op. Cit.* Pág. 207.

Si bien es cierto que el cargo del Perito es indelegable, ese carácter no impide que el designado requiera la colaboración de especialistas para la realización de operaciones preparatorias o complementarias tendientes a aportar mayores elementos de juicio, o bien a efecto de producir el Dictamen encomendado, conservando plena libertad para elegir esos colaboradores, los que al no acceder a esa calidad no pueden ser recusados por las partes, ni deben reunir los requisitos exigidos sólo para los Peritos. De allí pues, que el hecho de que el Perito haya requerido la colaboración de otros profesionales, institutos o laboratorios especializados, no es causa de nulidad de su Dictamen, pues no ha delegado su cargo.

Cuando la Pericia es Colectiva o Pluripersonal, nada impide que uno de ellos sea el encargado por los demás de ciertos trabajos técnicos, como la elaboración de un plano, el examen físico o químico de un elemento, la realización de un examen de laboratorio o de otras operaciones similares, si los demás revisan o verifican esos trabajos y los consideran correctos, adoptándolos como suyos.

En tal sentido Chioventa⁸⁵ en cambio, expresa: “...*el oficio del experto es estrictamente personal y no puede delegarse*”. Pero ello no quiere decir que deba realizar personalmente todas las operaciones necesarias a la Pericia; a veces esto sería imposible.

Es preciso pues, distinguir el Dictamen de las Operaciones Preparatorias de este.

El primero, comprende el “*juicio científico-técnico sobre los datos recogidos, siendo privativo de o los designados. Las preliminares para*

⁸⁵ **CHIOVENDA, Giuseppe**; *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Trad. Gómez Orbaneja, Revista de Derecho Privado, Madrid, España. 1936. Tomo III. Pág. 339. Citado por **SCHIAFFINO, Machado**; *Vademécum Pericial. Op. Cit.* Pág. 208.

*recoger esa información pueden ser de naturaleza variadísima y no deben excluir a priori que algunas de ellas se pueden o deban confiar a los ayudantes.*⁸⁶

e) *Obligación de Fundamentar su Dictamen y Rendirlo en Forma Clara.*

La facultad del juzgador (en la valoración de la fuerza probatoria del Dictamen Pericial) encuentra sustento valedero cuando hace aplicación de las pautas objetivas que los Códigos Procesales dejan establecidas, competencia de los Peritos, uniformidad de sus opiniones, principios científicos en los que se funden, concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y correlación con las demás probanzas que la causa ofrezca.

Si el Perito designado en autos adhiere en un todo al trabajo técnico presentado por el Perito propuesto por una parte, en forma alguna reúne los requisitos mínimos para que pueda ser considerado un Dictamen, ya que como pieza capital y definitiva de la diligencia Pericial, éste debe responder a una serie de cánones que la práctica ha establecido en la jurisprudencia y que la doctrina a recogido.

f) *“Obligación de Guardar Secreto Profesional. Sostenido en Roma y consagrado en Francia durante el siglo XV, en la Inglaterra fue reconocido bajo el reinado de Isabel I.”*⁸⁷

g) *Deber de Veracidad.* Determina que no ha de incurrir en falsedad, tanto en la descripción de las operaciones o exámenes realizados

⁸⁶ **SCHIAFFINO, Machado;** *Vademécum Pericial. Op. Cit.* Pág. 208.

⁸⁷ **SCHIAFFINO, Machado;** *Vademécum Pericial. Op. Cit.* Pág. 209. Con el advenimiento del movimiento modificador de los países encabezados por los coterráneos de Napoleón, fue incorporado en algunas legislaciones a los Códigos de Procedimiento o a los Penales.

como en las conclusiones que expresa su Dictamen; en esto se acerca al testigo.

- h) *“Deber de Imparcialidad. En los Códigos modernos existe sospecha de parcialidad se la considera de recusación, de la misma forma sucede con los magistrados; por ésta se acerca al Juez.”*⁸⁸
- i) *Deber de Actualizar sus Conocimientos.* Es de suma importancia que la actualización del Perito no se limite sólo a los adelantos e investigaciones, sino que también se ocupe de la aprehensión de la búsqueda de información.

2.2.2. Aplicación al Código Procesal Civil y Mercantil.

a) Cuando el Dictamen es extrajudicial y por tanto los servicios del Perito se encargan de manera directa a quien va a deducir demanda, o por quien tiene que contestar a una ya admitida a trámite (en este segundo caso, todo corre también al margen de su Control Judicial), estamos ante una relación clientelar ordinaria, en el que el juego de la oferta y de la demanda determina la aceptación del experto a la Pericia que se le ofrece. Con esto lo que queremos decir es que legalmente no existe en este instante obligación real –desde luego no legal- del perito de tener que aceptar la encomienda. Si no hay acuerdo, el interesado debe buscar a otra persona que sí esté dispuesta.

⁸⁸ Idem. Pág. 210. Si al demandado le surgieran dudas respecto de la imparcialidad del Perito por los motivos que en la alzada ahora esgrime, debió hacer uso de la facultad conferida por la Ley Procesal, siendo totalmente inoportuno y carente de efectos, lo ahora expuesto, sobre todo si a la meritación de tal informe que hiciera el Juez de origen, ninguna crítica seria y fundada se opone.

b) Por el contrario, cuando la designación del Perito es Judicial porque las partes lo solicitan así, al no haber aportado el informe con su alegación inicial, es el Juez quien debe ocuparse de buscar al experto y una vez designado, encargarle el Dictamen. El artículo 385 CPCM dispone que ante la comunicación de ese nombramiento, el Perito debe aceptar el encargo y prestar Juramento o promesa de cumplir bien y fielmente el encargo en el plazo de los tres días siguientes a serle notificado.

No parece, en esta Fase Judicial, que el Perito disponga de margen para negarse al nombramiento, y desde luego no porque le pueda parecer poco interesante el encargo, o que le va a reportar poca retribución económica. No son causas justificadas para negarse a asumir el cargo. Únicamente lo es, conforme a este mismo artículo 385 CPCM, el excusarse por concurrir en la persona del experto alguna causa de abstención, en cuyo caso deberá procederse a la designación de otro.

c) No obstante, parece evidente que si el Perito, más allá de sus preferencias personales, alega alguna circunstancia que no siendo la abstención revela una imposibilidad material y sobre todo técnica para cumplir adecuadamente con el encargo, el Juez deberá aceptarlo y también sustituirle. Bien porque contrariamente a lo que había estimado a *priori* el tribunal, el Objeto de la Pericia no corresponda a su campo técnico, científico, artístico o práctico; bien porque en su caso el Perito carezca del instrumental o aparatos necesarios para realizar las comprobaciones inherentes a la Pericia.

d) Ya una vez elegido, el Perito tiene la obligación de presentar el Dictamen en el plazo otorgado por el Tribunal, el cual se entiende deberá ser previo a la celebración de la Audiencia de Prueba, pues las partes precisamente necesitan leer el Dictamen para saber si se precia pedir el

interrogatorio del autor del informe con fines aclaratorios o de control de sus apreciaciones.

e) Y finalmente y cuando a resultas de esa solicitud sea citado a Juicio, tiene el Perito tanto Extrajudicial (de parte) como el de designación Judicial, la obligación de asistir a la sede de la Vista Oral convocada, y contestar las preguntas que se le formulen. De no comparecer con justificación, se reprogramará el Acto de Prueba para otro día. De no tenerla, se le impondrá de cinco a diez salarios mínimos urbanos, más altos, que estén vigentes, apercibiéndole en la segunda ocasión (salvo que la parte proponente renunciara al interrogatorio) de que no asistir incurrirá en el Delito de Desobediencia a Mandato Judicial. Este último también podrá imputársele, si comparece pero se niega a contestar a alguna o varias preguntas, o lo hace con evasivas, según lo determina el artículo 388 CPCM.

2.2. Derechos del Perito.

De dos clases son los Derechos que al Perito le corresponden: *“a) el Derecho Patrimonial a que se le suministre el dinero para los gastos y a recibir una remuneración por su trabajo; b) el Derecho a que se le faciliten los medios adecuados para el estudio de las cuestiones sometidas a su consideración y a gozar de absoluta libertad para su investigación.”*⁸⁹

A diferencia del testigo que al deponer cumple un deber cívico, el perito al dictaminar cumple una simple función profesional; y de aquí que

⁸⁹ **ECHANDÍA, Hernando Devis;** Teoría General de la Prueba Judicial. Op. Cit. Pág. 372 y 373.

tiene derecho no sólo a una indemnización por los gastos, sino también a los honorarios.⁹⁰

2.3.1. Derechos Extrapatrimoniales.

a) Su Órbita.

Los derechos del operador en lo contrario, desde la procedencia de una reflexión global que se integra a lo esbozado en el sub-tema anterior como una obligación o derecho-deber que trasciende la exclusiva esfera de sus emolumentos.

La protección de estos últimos, es tan digna como la libertad de actuación.

Libertad que es un ejercicio propio de las personas ante los valores y frente a las otras personas, valores viviente y actuales.

De ser indiferentes a dicho reconocimiento, se colocaría al especialista en la imposibilidad de cumplir adecuadamente con su labor.

Es indispensable, brindarle el ámbito propicio para que se desarrolle en el marco de condiciones adecuadas, que traduzca en procesos con sentencias más veraces y en consecuencia más justas.⁹¹

⁹⁰ **LESSONA, Carlo**; Teoría de las Pruebas en Derecho Civil. Op. Cit. Pág. 517. En cuanto a los gastos, al tenor del espíritu de la Ley Italiana, el testigo tiene un simple derecho a obtener el reembolso; en cambio, el perito puede obtener su anticipación. Además agrega que la carga de los gastos y de los honorarios de los peritos gravará sobre la parte vencida. Sin embargo, es digno de notarse que los honorarios y los gastos deben ser pagados al perito sin que tenga que esperar el fallo sobre la carga de los gastos. De aquí se deduce el derecho a obtener el pago apenas haya sido finalizado el trabajo.

⁹¹ **SCHIAFFINO, Machado**; Vademécum Pericial. Op. Cit. Pág. 218. La consulta al perito se denota cada día más, como el mejor final para innumerables desavenencias; siendo la crítica

b) *Condiciones para el Desarrollo de un Ciencia Pericial.*

“La cultura occidental se ha sostenido sobre dos grandes pilares: el humanismo y la ciencia que son a la vez su vida y su pensamiento. Estas dos inclinaciones adquiridas por el hombre occidental configuran dentro de éste no sólo la imagen del universo sino también la idea de lo humano y de lo histórico social.”⁹²

Intentar un reordenamiento racional, sobre la base de la naturaleza y la ciencia, que se dan unidas o separadas, amañera de una cosmovisión, permiten una explicación o una justificación de sus relaciones, tanto causal como ética. Sin embargo, la vocación humanista es el comienzo de la cultura occidental y por eso los diversos momentos de ésta, se definen o se transforman como otras tantas visiones del humanismo.

Schiaffino⁹³ hace una exposición de las condiciones que el Perito debe de tener para poder cumplir con la ciencia pericial.

de los juicios de experto una actitud necesaria para todo espíritu semicultivado. Es muy importante declarar su incredulidad en este terreno, basándola en algún caso característico o en un error escandaloso e inolvidable. Por ejemplo, la responsabilidad de un profesional, en esta juegan un papel preponderante las presunciones que se infieran de hechos seriamente probados y en tanto sean más graves, precisos y concordantes, de suerte que llevan el ánimo del juzgador a basar su análisis sentenciante, en la razonable convicción de la actuación del perito en la causa. Cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos irrefutables e inobjectables, no apareciendo prueba de parejo tenor que la desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor peso, aceptar las conclusiones de aquél, porque apartarse de las conclusiones establecidas por un experto, exige aportar suficientes elementos de juicio, que conduzcan a demostrar el error o apartamiento del perito con principio lógico o máximas de experiencia, ya que la concordancia del Dictamen Pericial con las reglas de la sana crítica, la competencia del Perito y los principios técnicos en que se funda, no pueden ser controvertidos mediante simples discrepancias, sin apoyo en sólidos fundamentos probatorios. Al revés del perito ha llevado en los parámetros pesimistas de nuestra cultura a la consecuencia leve del fracaso de la ciencia.

⁹² Idem. Pág. 219.

⁹³ Idem. Pág. 221

I. *Infraestructura Científico-Teórica.*

Para ser operativa se necesita de una acumulación de fuerzas, esto es sólidos cimientos: laboratorios bien equipados y grupos de investigadores trabajando en interconexión.

i. *Laboratorios informático-telemáticos.* Permitirían mayor rapidez y elaboración de las investigaciones.⁹⁴

Resultan insuficientes los anaqueles de libros cuando se abren paso a los ordenadores informáticos y el acceso a bancos de datos.

Los microscopios con láser o lupas forenses resultan insuficientes para estudios que necesitan de una infraestructura más sofisticada.

Su incorporación facilitaría solucionar trámites engorrosos, obstáculos de todo tipo, logrando celeridad y eficacia probatoria; superando las coyunturas transformadas en vicios en los países subdesarrollados.

Este horizonte para el auscultador científico, es extraordinariamente tentador.

ii. *Grupo de Investigadores Trabajando en Interconexión.*

La visualización del investigador pericial como un trabajador solitario, con gran sacrificio personal, siguiendo sus propias ideas, capaz de lograr con tales medios la creación de nuevos conocimientos, es una noción romántica y extemporánea.

“La creatividad científica inexorablemente impone la preparación y presencia de cuadros capacitados.”⁹⁵

⁹⁴ SCHIAFFINO, Machado; *Vademécum Pericial. Op. Cit.* Pág. 218.

⁹⁵ *Idem.* Pág. 219.

iii. *Estructuras Profesionales.*⁹⁶

Aquí es donde el aporte mayor podrían hacerlo los colegios y/o asociaciones, amén de lo expresado, trabajando interaccionalmente.

Los objetivos señalados en el punto anterior se pueden alcanzar únicamente en clima de estabilidad y ausencia de apremios económicos, partiendo del presupuesto de que no son un lujo sino elementos de supervivencia; de que la personalidad se modela en función del rendimiento académico y la capacidad intelectual prima frente a los otros valores profesionales, precedidos de lo ético-moral.

*“El meollo de la articulación emisor-receptor, ocupa un lugar fundamental. Todo proceso de generación científica se constituye en una ida y vuelta constante del cuerpo teórico a la comprobación empírica.”*⁹⁷

Los resultados logrados de esta manera tienen sentido en utilización para el mejoramiento de la convivencia social cuyo sustrato debe ser en aras del valor supremo.

c) *Condiciones Favorables de Trabajo.*

*“Crear estas condiciones no significa un privilegio otorgado al descodificador, menos aun una actitud caritativa; asegurarlas significa resolver necesidades, permitir el desenvolvimiento pericial en el terreno de la rigurosidad científica.”*⁹⁸

⁹⁶ *Idem.* Pág. 219.

⁹⁷ **SCHIAFFINO, Machado;** *Vademécum Pericial. Op. Cit.* Pág. 220.

⁹⁸ *Idem.* Pág. 220.

En síntesis, es poder exigir el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, porque se han creado condiciones para ello, se ha brindado el derecho que supedita su función al ejercicio de su deber-derecho.

Cuando los operadores lo ejercen en el ámbito de la administración jurisdiccional, no es difícil obtener de sus hechos una colaboración valiosa.

En términos generales, trabajar en una atmósfera de escozor y antinomia, no es saludable para nadie, aun para el más experimentado. Los Dictámenes sufren deterioros en su nivel, como consecuencia de perturbaciones de diversa índole, que de ser evitadas no entorpecerán el esclarecimiento.

Permitir el acceso al expediente, es otro medio para este mismo fin.

Devis Echandía⁹⁹ afirma que es un estudio útil y aconsejable, ya que la valoración del contexto y elementos probatorios le permitirán formarse una visión más omnicomprendensiva y acabada, predisponiendo un Dictamen más ajustado.

d) *Libertad para la Investigación y medios para Ejecutarla.*

La doctrina la ha reconocido como derecho extrapatrimonial junto a los medios para realizarla.

Como el Perito conoce con certeza el momento en que se puede efectuar la investigación y emitir su pronunciamiento, a este se le debe de otorgar la más amplia libertad.

⁹⁹ **ECHANDÍA, Hernando Devis;** Teoría General de la Prueba Judicial. Op. Cit. Citado por **SCHIAFFINO, Machado;** Vademécum Pericial. Op. Cit. Pág. 225.

“No caben dudas de que no se puede obligar al experto a que se pronuncie mediante una labor que desde su ángulo no ha de revestir las exigencias que cuadra que tenga un trabajo de la índole del requerido. El Perito no puede ni debe vivir el ritmo de la acción; inquieto por un sentido de los valores jurídicos, tiene que evitar tomar el rol de jurista.”¹⁰⁰

No debe ser práctico puro; tiene que introducir en los casos un espíritu de inteligibilidad universal para realizar una obra imparcial y comprensible.

En cuanto a los medios necesarios para la investigación es facultad del mismo solicitar la entrega de cosas, el reconocimiento de los inmuebles, exámenes corporales, etcétera.

I. *Exhibición de Documentos.*

Corresponde ordenar aquello al juez, para lo cual dispone de atribuciones con los alcances de la norma:

i. *Si está en poder de los litigantes.*

Las partes y los terceros en cuyo poder se encuentran documentos esenciales para la solución del litigio, estarán obligados a exhibirlos o a designar protocolo o archivo en que se hallan los originales.

“Si el documento se hallare en poder de una de las partes se le intimará para que lo presente, solicitado por el experto como por quien ofreció la pericia; si se demuestra renuente a su exhibición, se impone la presunción de ser cierto el hecho en su contra, si de otros elementos de juicio resultare su existencia y contenido.”¹⁰¹

ii. *Cuando está en poder de terceros.*

¹⁰⁰ *Idem.* Pág. 226.

¹⁰¹ **SCHIAFFINO, Machado;** *Vademécum Pericial. Op. Cit.* Pág. 227.

“Se puede negar a entregarlo en razón de que siendo de su propiedad lo perjudica, no se consagran sanciones en tanto el iudex considere infundada su oposición, lo que no impide que la parte perjudicada le reclame resarcimiento de daños ocasionados, en un proceso posterior. De manera que ante la oposición formal del tenedor del documento no se insistirá en el requerimiento.”¹⁰²

II. *Cosa Mueble.*

“Si fuere negada su entrega, también corresponde al Juez resolver, atendiendo a la efectividad que dicho elemento probatorio tenga para la resolución del litigio, siendo atribución-deber del Perito solicitarla toda vez que para su trabajo le resulte indispensable, existiendo discusión acerca de si la renuncia crea imposibilidad de secuestro o simplemente presunción en contra de quien se negare.”¹⁰³

III. *Reconocimiento de los Inmuebles.*

El mismo se producirá bajo apercibimiento de allanamiento si fuera negada su exhibición asegurando por lo tanto el libre accionar del operador.

IV. *Exámenes Corporales.*

“Procedentes inclusive a terceros, para los cuales el profesional interviniente se deberá ajustar a las consideraciones de las normas suspensivas; sólo en casos excepcionales, cuando no existe posibilidad de acreditar el hecho por otros medios, siempre que garantice el respeto a la persona y no le ocasione daño alguno.”¹⁰⁴

¹⁰² *Idem.* Pág. 227.

¹⁰³ **SCHIAFFINO, Machado;** *Vademécum Pericial. Op. Cit.* Pág. 228.

¹⁰⁴ *Idem.* Pág. 228.

La negativa de la parte puede constituir presunción en su contra. En caso de terceros, sólo admisible si es aceptado voluntariamente.

V. *Otros Medios.*

Si fuere que a resultas del Examen Pericial crea conveniente solicitarlos como coadyuvantes a la producción de un Dictamen más completo, lo puede inducir. Obvio que este recurso no debe caer en el vicio de introducir indirectamente nuevos elementos al proceso.

2.3.2. Derechos Patrimoniales.

Con la jerarquización profesional es una compleja conjunción de elementos, consideramos, entonces, que la misma puede incluirse en el ítem de su onerosidad.

Nada impide reconocer que constitucionalmente y normativamente está amparado el derecho a una retribución justa, acorde con la calidad de sus funciones, lo cual constituye parte sustancial de los deberes-derechos que le asisten al Perito.

“La infraestructura-estructura de la ciencia pericial, no se limita a dar en su accionar un análisis superficial, cientificista de los interrogantes sujetos a su dictamen. Exige convertir en premisa general y no en excepción la búsqueda de información, de tal modo que las metodologías a aplicarse, sus instrumentos y resultados, no sean los posibles, sino los más avanzados.”¹⁰⁵

Es imposible construir un ajustado cuerpo normativo para reglamentar las responsabilidades de tan compleja función, sin poner en correspondencia

¹⁰⁵ **SCHIAFFINO, Machado;** *Vademécum Pericial. Op. Cit.* Pág. 228.

sus derechos, entre ellos los patrimoniales, en tanto son base material para su ejercicio.

a) *Autorización de Gastos.*

Hasta el profesional más avezado está imposibilitado para determinar con exactitud las erogaciones que le insumirá su tarea.

Si bien es cierto que la experiencia le permitirá estimar con cierta aproximación, el carácter presuntivo de las mismas las sujeta a distintas variables no detalladas.

*i. "Endógenas. Son necesidades que surgen de la materialidad del objeto sobre el cual se opera. Interconsultas concomitantes que se pueden precisar una vez iniciadas las diligencias. Estudios complementarios más complejos que los determinados a priori. Consulta sobre la base de datos, material e instrumental de alta complejidad fuera de la jurisdicción."*¹⁰⁶

*ii. "Exógenas. Modificaciones cualicuantitativas en el monto previsto motivadas por razones ajenas a las ab initio. Ampliación de los puntos de Pericia, mal tratamiento del material a estudio por causales en las que el experto no ha tenido responsabilidad alguna, variabilidad de los costos funcionales por la depreciación monetaria acelerada que se produce en algunas coyunturas hasta el momento efectivo del pago."*¹⁰⁷

¹⁰⁶ *Idem.* Pág. 229.

¹⁰⁷ *Idem.* Pág. 229.

*El usus foris da cuenta de una fisura entre el conocer de los receptores y las amplias facultades en la determinación de los medios económicos para la realización de una tarea, cuya metodología e instrumentación debe seleccionar el científico-técnico restrictivamente.*¹⁰⁸

*“Otros afirman que el sentenciante debe resolver fijando, cuando correspondiere, el monto del adelanto, con cargo de rendición de cuentas. La ley no prevé ningún trámite ni traslado a las partes, evitando de esta manera que se planteen incidencias que desnaturalizan la prueba, originando demoras innecesarias.”*¹⁰⁹

b) *Anticipo de Gastos.*

Es un derecho que se le reconoce al Perito para solicitar una suma estimativa para que no se vea obligada a desembolsarla y aguardar hasta el final del pleito para recobrarla. Es una razón de justicia la que inspiran los textos legales vigentes.

La cuenta de gastos es, a diferencia del anticipo de gastos, un informe detallado de lo realmente efectuados por el Perito, que se presenta después de haber cumplido con su tarea.

c) *Prestaciones Onerosas.*

"No hay razón para presumir la gratuidad de una labor de por sí onerosa ni la renuncia de derechos, cuya prueba es de interpretación

¹⁰⁸ **SCHIAFFINO, Machado;** *Vademécum Pericial. Op. Cit.* Pág. 237.

¹⁰⁹ **MORELLO, Augusto M.;** Passi Lanza, Miguel A.; Gualberto L. y Berizonce, Roberto O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, Comentados y Anotados.* Platense, La Plta. 1973. Vol. 12. Citado por **SCHIAFFINO, Machado;** *Vademécum Pericial. Op. Cit.* Pág. 238.

restrictiva, ni la obligación a una modalidad suspensiva, que implica una limitación al derecho, por aplicación del principio de libertad.”¹¹⁰

Si se trata de probar circunstancias que impidan a un profesional percibir una retribución por la tarea encomendada, la apreciación de los hechos se debe efectuar con suma cautela.

2.3.3. Aplicación al Código Procesal Civil y Mercantil.

a) Básicamente el Perito tiene Derecho a que se le retribuya por la realización de su trabajo. De nuevo procede distinguir en este punto, entre la Pericia Extrajudicial y la Judicial: en la primera variante, y enlazado con lo que antes comentamos, la estricta relación clientelar determinará el pacto entre ambos sobre cuánto y de qué modo (por adelantado, con provisión inicial de un porcentaje y el resto al finalizar el proceso, etc.) percibirá el Perito sus emolumentos. Con todo, si el Perito no hubiera cobrado nada y el Dictamen se presenta con la Demanda o la Contestación (según que el encargado fuese el actor o el demandado, o el reconviniente o el reconvenido) parece lo lógico que el Perito, que no ha recibido satisfacción alguna, le sea aplicado el régimen de la pericia de Designación Judicial, también a estos efectos de cobro.

b) Para esta última (Pericia de Designación Judicial), la Ley arbitra que si el Perito lo solicite en el plazo de los tres días siguientes a su designación (pero nada impide que lo haga también *a posteriori*), la Parte proponente depositará la suma que fije el Tribunal conforme a los Aranceles Judiciales, lo cual se le notificará, contando entonces con cinco días para

¹¹⁰ **SCHIAFFINO, Machado;** *Vademécum Pericial. Op. Cit.* Pág. 239.

formalizar el depósito so pena sino de acordarse el Desistimiento de la Prueba; artículo 379 CPCM. En el caso de que la Pericia sea de común acuerdo de dos o más Partes, “*los gastos que ocasionen la emisión del Dictamen Pericial serán satisfechos en partes iguales por el Demandante y el Demandado*”.

c) Todo lo expuesto “*en torno al pago de los Derechos del Perito, como exigencia para que éste haga su trabajo, queda desconectado de lo que puede ser el pronunciamiento en costas en ese Proceso, el cual seguirá sus propias reglas.*”¹¹¹ Es decir, las normas que hemos citado lo que hacen es garantizar que el tercero cobrará por su trabajo, pero no predetermina qué parte será la que definitivamente deberá cargar con esa retribución.

Por tanto, si hay condena en Costas a la Parte contraria a quien propuso la Pericia, conforme al principio del vencimiento, deberá aquélla reembolsar a ésta sus honorarios ya pagados y debidamente justificados con factura.

Si, distintamente, resulta la estimación parcial de la Demanda y no ha lugar a condenar en costas, la parte proponente cargará definitivamente con esos gastos. Salvo que se tratare de Peritos presentados conjuntamente, en cuyo caso se seguirá repartiendo la minuta a partes iguales, puesto que ambas estuvieron de acuerdo con aprovecharse de sus servicios.

2.4. Capacidad para ser Perito.

¹¹¹ **SCHIAFFINO, Machado;** *Vademécum Pericial. Op. Cit.* Pág. 241.

De acuerdo a Pallares¹¹² la capacidad se puede entender jurídicamente como la condición jurídica de una persona por virtud de la cual puede ejercer sus derechos, contraer obligaciones, celebrar contratos y realizar actos jurídicos en general. También significa, la aptitud o idoneidad que se requiere para ejercer una profesión, oficio, empleo o cargo público. Este último concepto es importante, porque la capacidad que se requiere para ser Perito comprende el conjunto de requisitos o atributos necesarios y propios de una persona que pueda desempeñar un función procesal.

Según Lessona¹¹³ por motivos de indignidad, ni el Juez ni las partes pueden nombrar las personas condenadas a la pena de interdicción para el ejercicio de la profesión o del arte, que hubieren sido elegidas precisamente para ejercitar tal arte o profesión.

Tampoco pueden ser nombrados Peritos, ni por el Juez ni por las partes, por defecto de capacidad jurídica, las personas condenadas a interdicción o los dementes.

Mas si respecto a tales personas no existe ni puede existir formal disenso, a pesar del silencio de la ley, pues la capacidad intelectual nunca, como bajo esta forma, sube o alcanza el grado de incapacidad jurídica, en cambio no sucede lo mismo en relación con los menores de edad, originándose alguna duda acerca de ellos.

La cuestión es toda y únicamente de doctrina, porque no aparece un solo caso de nombramiento para Perito en un menor de edad. Sea de ello lo que quiera, el artículo 383 CPCM establece que como ya se había

¹¹² **PALLARÉS, Eduardo**; *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Editorial Claridad, Buenos Aires, Argentina. 1969.

¹¹³ **LESSONA, Carlo**; *Teoría de las Pruebas... Op. Cit.* Pág. 488.

desarrollado *“podrán ser designados Peritos quienes posean título oficial en la materia, ciencia o arte de que se trate”*.

Se sostiene que cualquier persona, desde un punto de vista abstracto, en cuanto a su aptitud, se considera idóneo para desempeñar la función de Perito, sin distinción de sexo, de nacionalidad, porque lo puede ser o bien una mujer o un extranjero. En nuestra legislación nunca podrá serlo un funcionario o un empleado del Órgano Judicial, porque en la práctica se ha constatado, a pesar de que estas personas tengan la aptitud de ser Peritos, que en la elaboración de sus Dictámenes no valorizan la realidad de los objetos sometidos a peritación.

La capacidad de la persona para desempeñar la función de Peritos, puede ser:

- a) Abstracta;
- b) Específica; y
- c) Concreta.

La abstracta o general se refiere a requisitos de edad, ser la persona mayor de 21 años, por ser el cargo de perito de una gran responsabilidad, nuestra legislación procesal civil no señala como requisito que sean mayores de edad, pero consideramos que una persona mayor de edad tienen conocimientos medios o ha adquirido conocimientos técnicos conforme al desarrollo de nuestra civilización que lo pueden capacitar para comprender mejor sus decisiones. Es necesario, también, que se encuentre gozando de sanas facultades mentales, por lo cual debe descartarse como Perito aquellas personas afectadas por una enfermedad mental o que posean deficiencias o perturbaciones mentales; así como aquellas que fueren condenadas por perjuros o falsarios, y si esto es una incapacidad para ser testigo, por razones de probidad, con mucha mayor razón para el

desempeño de esta función Pericial; finalmente, los que tuvieren algún interés, ya sea económico con las partes y el juez instructor del proceso.

Específica se refiere a las aptitudes de carácter técnico o conocimientos especiales en una ciencia, arte o industria, destreza o condiciones fundamentales.

La concreta se refiere al proceso de que se trate, en el cual se pueden presentar motivos en que el perito esté impedido de ejercitar su función en el caso concreto sometido a Dictamen.

Estos motivos pueden ser impedimentos o causas de incompatibilidad en relación con otra clase de función distinta a la Pericial; por causa de exclusión en relación con las personas y los hechos del proceso donde deberá dictaminar o por reexcusarse del cargo.

CAPÍTULO TRES

REQUISITOS DE LA PRUEBA PERICIAL JUDICIAL.

Sumario.- 3.1. Requisitos para la existencia jurídica del dictamen pericial. 3.1.1. El dictamen debe ser un acto procesal. 3.1.2. El dictamen debe ser el resultado de un encargo judicial. 3.1.3. El dictamen debe ser personal. 3.1.4. El dictamen debe versar sobre hechos. 3.1.5. El dictamen debe ser obra de un tercero. 3.2. Requisitos para la validez del dictamen pericial. 3.2.1. La prueba debe haber sido decretada en forma legal. 3.2.2. El perito debe ser capaz. 3.2.3. El perito debe tomar posesión del cargo en debida forma. 3.2.4. El perito presentar o rendir el dictamen en forma legal. 3.2.5. El acto debe ser consciente, libre de coacción, violencia, dolo, cohecho o seducción. 3.2.6. No debe existir norma legal que prohíba esta prueba. 3.2.7. EL perito debe realizar personalmente los estudios básicos del dictamen. 3.2.8. El perito debe utilizar medios legítimos. 3.3. Requisitos para la eficacia probatoria del dictamen pericial. 3.3.1. El dictamen debe ser un medio conducente respecto del hecho por probar. 3.3.2. El hecho objeto del dictamen debe ser pertinente. 3.3.3. El perito debe ser competente. 3.3.4. El perito debe ser imparcial. 3.3.5. El dictamen debe estar libre de objeciones por error grave. 3.3.6. El dictamen debe estar debidamente fundado. 3.3.7. Las conclusiones del dictamen deben ser claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos. 3.3.8. Las conclusiones del dictamen deben ser convincentes y no aparecer como improbables, absurdas o imposibles. 3.3.9. El dictamen no debe ser desvirtuado por otras pruebas. 3.3.10. El perito no debe haberse retractado. 3.3.11. El dictamen debe ser rendido oportunamente. 3.3.12. Debe haberse dado traslado del dictamen a las partes. 3.3.13. El dictamen debe circunscribirse a los puntos planteados. 3.3.14. El hecho no debe ser jurídicamente imposible, por existir presunción "iuris et de iure" o cosa juzgada en contrario. 3.3.15. Los peritos no deben haber violado la reserva legal o el secreto profesional que ampare los documentos que sirvieron de sustento a su dictamen.

3.1. Requisitos Para la Existencia Jurídica del Dictamen Pericial.

Sucede con mucha frecuencia, que en la comprobación o explicación de ciertos hechos controvertidos u oscuros en el proceso, se requiere de conocimientos técnicos o especializados ajenos al saber específicamente jurídico del juez. De allí se nota la necesidad de que este último sea auxiliado en la apreciación de esa clase de hechos, por personas que posean conocimientos especiales en alguna ciencia, arte u oficio, y a quienes se les

denomina peritos. Es por ello que para Lino Enrique Palacio¹¹⁴ “*la prueba pericial consiste, pues, en la actividad que aquéllos deben cumplir con la mencionada finalidad*”. Pero para que un perito pueda intervenir en el proceso es necesaria cierta clase de requisitos que obedecen a la naturaleza y a la importancia que merece la prueba en este, ya que con el dictamen pericial lo que se pretende es esclarecerle al juez los hechos controvertidos que se han presentado en el proceso. Es por ello que para que exista jurídicamente la prueba pericial judicial, el dictamen: 1) debe ser un acto procesal; 2) debe ser el resultado de un encargo judicial; 3) debe ser personal; 4) debe versar sobre hechos; 5) debe ser obra de un tercero.

3.1.1. El Dictamen debe ser un Acto Procesal.

“Para que exista peritación es indispensable que el dictamen forme parte de un proceso o de una diligencia procesal previa (como una inspección judicial para futura memoria), es decir, debe ser un acto procesal”.¹¹⁵

Todos podemos solicitar en cualquier momento opiniones de carácter extraprocesal a ingenieros, médicos, mecánicos, economistas, etc., ya sea con o sin la intención de presentarlos en un futuro proceso.

Estos “dictámenes”, o mejor dicho opiniones, nos servirán para ilustrarnos o esclarecer alguna duda propia, pero no tienen en lo absoluto el carácter de peritajes procesales, ni siquiera cuando se ofrecen como prueba en un proceso posterior y tampoco son susceptibles de ratificación.

¹¹⁴ PALACIO, Lino Enrique; *Manual de Derecho Procesal Civil*. Óp. Cit. Pág. 494. El autor se refiere a “*aquellos*” en alusión a los peritos; y la “*mencionada finalidad*” no es más que el esclarecimiento de los hechos controvertidos por medio de la práctica de la pericia.

¹¹⁵ GUASP, Jaime; *Derecho Procesal Civil*, ed. 1962, pág. 400, l. C. citado por ECHANDÍA, Hernando Devis; *Teoría General de la Prueba Judicial*. Óp. Cit. Pág. 322.

Estos expertos, sin embargo, pueden ser citados en carácter de testigos para que declaren lo que conocen acerca de los hechos que fueron objeto de su examen, y los reconozcan, pero en tal caso rigen para ellos las restricciones que existen para el testimonio técnico. Es decir, su declaración tendrá valor en cuanto a lo percibido por ellos y las calificaciones técnicas de esos hechos, pero no en lo que sea un simple concepto personal sobre las causas, efectos y avalúos y demás deducciones que expongan. En estos aspectos, apenas servirá para aportarle al Juez reglas de experiencia para la valoración de las otras pruebas.

En nuestro CPCM existe la figura de la prueba pericial y es tratada desde el Art. 375 hasta el Art. 389, y efectivamente concordante al párrafo anterior el Art. 375 CPCM nos indica que la prueba pericial procederá en la apreciación de algún hecho controvertido en el “proceso”, y esto es muy importante recalcarlo, ya que este tipo de prueba como lo hemos venido diciendo solo se puede dar dentro del proceso, y no fuera de él.

*“Las declaraciones y los conceptos o dictámenes de terceros fuera de juicio, no tienen el carácter de testimonios ni de peritaciones y carecen de todo valor probatorio, por lo cual el juez no puede considerarlos como pruebas, ni significa un error o una violación de norma legal el no tenerlos en cuenta (cfr., núm. 196). Ni siquiera pueden valer como indicios contingentes y carecen de todo valor probatorio aunque no sean impugnados. Sin embargo, si se aducen el juicio, pueden ser utilizados por el juez como fuentes de argumentos lógicos para la apreciación de las pruebas legalmente practicadas y de los hechos que estas demuestren, es decir, como simples presunciones de hombre o judiciales, correctamente entendidas, que no son medios de prueba”.*¹¹⁶ Esto quiere decir que si dado el caso un abogado le

¹¹⁶ ECHANDÍA, Hernando Devis; *Teoría General de la Prueba Judicial*. Óp. Cit. Pág.323.

pregunta a un ingeniero civil o a un arquitecto, que no han sido acreditados como peritos en un juicio ordinario de deslinde necesario, sobre si las medidas del terreno son exactas o concuerdan con las de la escritura y estos le indican claramente que no concuerdan, pero el perito judicial designado dentro del proceso en su dictamen establece que las medidas son exactas y si concuerdan, el abogado no puede pedir que se incorpore al proceso el “dictamen” que fue elaborado por alguien a quien el juzgador no ha designado como perito, ni tampoco podrá querer incorporar lo dicho por aquellos mediante la prueba testimonial, únicamente podrá hacer referencia de lo dicho por el arquitecto y el ingeniero civil dentro de sus alegatos como simples argumentos lógicos.

3.1.2. El Dictamen debe ser el Resultado de un Encargo Judicial.

El dictamen pericial debe estar precedido de un encargo judicial y este debe ser hecho mediante providencia decretada y notificada en legal forma.¹¹⁷

Al ser el dictamen pericial un encargo judicial, los peritos no pueden emitirlo espontáneamente, es decir no lo pueden realizar sin que un juez les haya encomendado en legal forma su realización, ya que solo es válido aquel que ha sido ordenado dentro del proceso, ya que el perito designado para la realización de la pericia es citado por el juez para ser juramentado, para

¹¹⁷ *“La peritación o prueba pericial, requiere para su eficacia o validez entre otras cosas, que exista un encargo judicial previo sobre los puntos específicos en que deban pronunciar su dictamen y que sea realizado por personas calificadas en razón de su técnica, su ciencia o sus conocimientos de arte, es decir de su experiencia en materias que no son conocidas por el común de la gente.”*; Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, de 8 de febrero de 2008, dictada a las 11 HH. (ref. Ca. 44- C- 2006).

detallarle los puntos sobre los cuales versara su pericia, y después de esto, si las partes no tienen inconveniente en cuanto a quien realizara el dictamen, el perito procede a realizarlo en el tiempo que le fue otorgado por el juez para la realización del mismo.

El peritaje, como actividad procesal, se desarrolla en virtud del encargo judicial, por personas distintas de las partes del proceso especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos o científicos ajenos al común de la gente como el campo científico del derecho, que es del dominio del juzgador, y como bien lo supo decir Víctor de Santo¹¹⁸ “*este requisito distingue, precisamente, al peritaje del testimonio y al perito del testigo*”.

En el caso que se trate de un perito de parte (Art. 377 CPCM), y sin el control de la contraria, su eficacia probatoria no es la misma que la de una pericia llevada a cabo por un perito judicial el cual es nombrado por el tribunal (Art. 380 CPCM), respetándose el principio de la bilateralidad, y teniéndose en cuenta que la imparcialidad del perito nombrado por el tribunal es mas fidedigna, que la imparcialidad que puede tener aquel que es elegido por una de las partes que tienen sus propios intereses en el proceso.

Siendo el dictamen pericial una figura exclusiva del proceso, no es posible que la pericia caligráfica llevada a cabo por un perito designado por el juzgador, en cumplimiento de las normas procesales pertinentes, pueda ser dejada de lado para aceptar el informe emitido por una persona que no ha sido designada como perito y además sin contar con la debida supervisión de los interesados. Esto debido a que “*para la existencia jurídica de la prueba pericial resulta insoslayable que el dictamen no sea el resultado de*

¹¹⁸ **DE SANTO**, *El Proceso Civil*, t. VI, nº 31, b, p. 182, citado por **DE SANTO, Victor**; *La Prueba Pericial... Op. Cit.* Pág. 60.

*un acto espontaneo del técnico, sino obedezca a un previo encargo judicial, decidido mediante providencia dictada y notificada en forma legal y que además el técnico no exceda los límites del encargo recibido*¹¹⁹. Lo anterior se puede ver reflejado en el Art. 381 CPCM que nos dice que si el tribunal considera pertinente y útil la prueba pericial deberá proceder al nombramiento del perito.

Es así, que a los efectos de determinar el grado de desviación del cauce de un río corresponde otorgar prioridad al dictamen del perito, sobre la opinión de los profesionales elegidos por el demandado.

El testimonio con conocimiento especializado (Art. 358 CPCM) se tiene no solo respecto de los hechos materia de percepción, sino también respecto de deducciones extraídas de los hechos percibidos mediante la aptitud o preparación técnica, distinguiéndose de la peritación en que esta expone sus conocimientos en función del encargo judicial para la percepción o para la deducción, a diferencia del citado testimonio con conocimiento especializado, quien se pone en contacto con los hechos de un modo no procesal. No obstante esta diferencia, ambas figuras guardan similitud en razón de que, por analogía, la fuerza probatoria de los dichos del perito técnico y de sus deducciones deben analizarse de conformidad con el canon interpretativo del art. 416 del CPCM, que establece que la prueba deberá ser valorada en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica.

3.1.3. El Dictamen debe ser Personal.

¹¹⁹ CCC Córdoba, 4ª Nom., 21/9/99, LLC, t. 2001, p. 230; *Jurisprudencia Argentina* citado por **DE SANTO, Victor**; *La Prueba Pericial... Op. Cit.* Pág. 61.

“Este requisito significa que el dictamen es indelegable. Si el perito designado por el juez delegara el encargo en otra persona, el estudio presentado al proceso no será un dictamen judicial y tampoco tendrá valor de testimonio.”¹²⁰

De acuerdo al párrafo anterior el dictamen pericial es indelegable, debido a que como lo hemos dicho anteriormente es un encargo judicial, es decir el juez nombra a una persona determinada para la realización de este dentro de un proceso, por lo tanto el perito designado por el juez no puede delegar el encargo en otra persona, porque el juez lo delego a él para que sea él mismo quien realice el dictamen y no para que este delegue en otra persona el encargo de la práctica de la prueba pericial, y si eso sucede el estudio presentado al proceso no será un dictamen judicial y tampoco tendrá valor de testimonio. En este aspecto, la figura del perito se asemeja a la del testigo, debido a que el perito debe realizar por el mismo el dictamen encomendado así como el testigo debe declarar por el mismo los hechos que le constan de vista y oídos.

El dictamen, por otra parte, debe consignar conceptos personales del perito, ya que si este se limitara a exponer las opiniones de otras personas (las cuales no han sido encomendadas para la realización del mismo), por especializadas que sean, existirá un relato ó informe, pero no un peritaje judicial, debido a que solamente el perito es el que ha sido facultado por el juez para la realización de este. Naturalmente, el perito puede realizar consultas con otros peritos, con otros especialistas, técnicos ó conocedores de la ciencia en base a la cual se realizara el peritaje ó simplemente discutir los puntos a dictaminar con el objetivo de llegar a una conclusión personal mejor fundada, esto debido a que es de recordar que en un futuro el perito

¹²⁰ **DE SANTO, Victor**; *La Prueba Pericial... Op. Cit.* Pág. 61.

puede ser cuestionado ya sea por las partes o por el mismo juez sobre puntos que no han quedado claros dentro de la pericia realizada.

A pesar de que el cargo del perito es indelegable, ese carácter no impide que el designado requiera la colaboración de especialistas para la realización de operaciones preparatorias o complementarias tendientes a aportar mayores elementos de juicio a efectos de producir el dictamen encomendado, conservando plena libertad de elegir esos colaboradores, los que al no acceder a esa calidad no pueden ser recusados por las partes, ni deben reunir los requisitos exigidos sólo para los peritos.

De allí pues, que el hecho de que el perito haya requerido la colaboración de otros profesionales ó institutos ó laboratorios especializados, no es causa de nulidad de su dictamen pues no ha delegado su cargo, sino, que éste se ha auxiliado de esas personas con la finalidad de realizar de la mejor manera el dictamen, siempre y cuando plasme en él sus propios conceptos, conclusiones y consideraciones. Caso contrario sería que el perito ingeniero mandara a un topógrafo a realizar las mediciones, que su secretaria elaborara el dictamen, y que él simplemente firmara y sellara el dictamen que se le encargo.¹²¹

En nuestro CPCM se puede apreciar este requisito según lo establecido en el Art. 385 que nos habla sobre el nombramiento y aceptación

¹²¹ “...-el plano presentado ha sido firmado y sellado por sus servidores, peritos nombrados y juramentados por el tribunal-, con esa aclaración resulta evidente que no fueron los peritos, sino el personal que ellos mencionan en su ampliación quienes hicieron el peritaje, y simplemente sellaron y firmaron el documento en cuestión, afirmando que por ese simple hecho asumían la responsabilidad del contenido del mismo. Lo que el Art. 363 Pr. establece como constitutivo de plena prueba es "el dictamen uniforme de dos peritos" y no el dictamen sellado y firmado por dos peritos, aunque ellos afirmen que asumen la responsabilidad del contenido, porque ellos, los peritos, no tienen facultades legales para delegar funciones. De este modo el dictamen en referencia no constituye plena prueba de acuerdo en lo prescrito en la disposición legal antes citada.”: Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, de 16 de mayo de 2001, dictada a las 10 HH. (ref. 1247-2001).

del perito y su recusación y también en el Art. 386 que nos habla sobre el dictamen pericial, y al analizar los 2 artículos se puede ver claramente que el juez designa, nombra y juramenta al perito, el cual es una persona determinada, y este al finalizar la práctica de la prueba pericial entrega el dictamen pericial al juez, por lo tanto si el juez le encarga a una persona determinada la prueba pericial es porque confía en que en base a sus conocimientos propios este le podrá esclarecer cuestiones vertidas dentro del proceso que requieren sus conocimientos especializados y así conocer sus argumentos y conclusiones y verlos plasmados en el dictamen que posteriormente este debe presentar.

3.1.4. El Dictamen debe Versar sobre Hechos.

En primer lugar es menester aclarar que no puede solicitarse ni ordenarse un dictamen sobre cuestiones meramente jurídicas, como puede ser si un contrato es de compraventa o de mutuo. Ello, porque solo al juez le competen las calificaciones jurídicas (principio *iura novit cuira*¹²²), y es él, a quien se le ha delegado de competencia para juzgar, y por lo tanto es el encargado de apreciar y calificar cuestiones de derecho, al momento de dictar cualquier tipo de resolución (llámese esta decreto de sustanciación, sentencia interlocutoria simple o con fuerza de definitiva), además las cuestiones jurídicas son del campo de la ciencia en la cual el juzgador es un experto, es por ello y como bien lo hemos dicho anteriormente la prueba pericial ha de versar sobre las cuestiones emitidas en el proceso, que

¹²² Según **NICOLTELLO, Nelson**; *Diccionario del Latin Juridico*, Ediorial B de F, Montevideo, Uruguay 2004, Pág. 152. define al principio *iura novit cuira*: “Que significa literalmente “el juez conoce el derecho”, utilizado en derecho para referirse al principio de derecho procesal según el cual el juez conoce el derecho aplicable y, por tanto, no es necesario que las partes prueben en un litigio lo que dicen las normas. El principio, sirve para que las partes se limiten a probar los hechos, y no los fundamentos de derecho aplicables.”

resulten controvertidas y que requieran conocimiento especializados en algunas ciencias, artes o industria, excluidas las cuestiones de derecho.

Este requisito dota de una característica más a la figura del perito para distinguirlo del testigo, debido a que *“a diferencia de lo que ocurre en el testimonio, los hechos objeto del dictamen pueden ser futuros, como en el caso de perjuicios.”*¹²³

*“La pericia tiene un doble aspecto: verificar hechos que requieren conocimientos técnicos, artísticos o científicos que escapan a la cultura común del juez y de las gentes, sus causas y efectos, y suministrar las reglas técnicas de las experiencias especializadas de los peritos para formar la convicción del juez sobre tales hechos y para ilustrarlo con el fin de que los entienda mejor y pueda apreciarlos correctamente.”*¹²⁴ Según esto la prueba pericial sirve para esclarecer hechos, y para que este esclarecimiento no se quede vacío al solo decirle al juzgador *con la práctica de la pericia se concluye que las medidas del terreno son exactas con las que se establecen en la escritura*, sino que debe decirse como se llegó a esa conclusión, en base a qué fundamento científico se concluye eso.

Es extraño al objeto de la pericia que los expertos, en su condición de auxiliares de la justicia, opinen sobre los alcances o efectos de un contrato, materia reservado exclusivamente a la decisión judicial, por lo que procede la oposición a un punto de pericia si la apreciación de su contenido es materia que incumbe exclusivamente al juzgador. Es también extraño al objeto de pericia que los expertos emitan opinión sobre el carácter de la relación que vincula a las partes; o que el contador extraiga consecuencias jurídicas. El dictamen así expresado carece de fuerza convincente, en cuanto los

¹²³ **ECHANDÍA, Hernando Devis**; *Teoría General de la Prueba Judicial. Óp. Cit.* Pág.324.

¹²⁴ **DE SANTO, Victor**; *La Prueba Pericial... Op. Cit.* Pág. 62.

auxiliares de la justicia no pueden asumir el rol de jueces de apreciación de la prueba en relación a los hechos debatidos en la causa.

3.1.5. El Dictamen debe ser Obra de un Tercero.

Es importante resaltar, que *“se toma aquí el término tercero en un sentido rigurosamente procesal, es decir, como persona que no es parte principal o coadyuvante, ni interviniente, en el proceso.”*¹²⁵ Esto nos da a entender que el perito no debe ser demandante, demandado o persona que posea un interés en el proceso, ni interviniente en cualquier sentido, exceptuando cuando actúa como perito en el proceso en el cual se le designa.

Este requisito es muy importante ya que nos lleva a establecer que *“así como las partes no pueden ser testigos en sentido estricto, nunca pueden ser peritos en su propia causa, por obvias razones de parcialidad y por existir un insubsanable impedimento.”*¹²⁶ Además obedece a que el perito tiene que examinar y determinar las circunstancias que se le exponen, con arreglo a su cultura y convicción. No es, ni puede ser en ningún momento representante de las partes en el proceso, es decir no puede velar por los intereses de estas, y su oficio no consiste en hacer cosa alguna en nombre ajeno, sino en emitir su juicio sobre una cuestión técnica.

¹²⁵ ECHANDÍA, Hernando Devis; *Teoría General de la Prueba Judicial. Óp. Cit.* Pág.324.

¹²⁶ FRANCHI, *La Perizia Civile*, ed. Cit., Pag. 59; OLMEDO, Claria, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, ed. Cit., t. III, Pag. 242; citado por ECHANDÍA, Hernando Devis; *Teoría General de la Prueba Judicial. Óp. Cit.* Pág.324. El “insubsanable impedimento” al que se refiere el autor tiene que ver como él bien lo menciona al principio de imparcialidad, debido a que siendo el perito una persona en la cual el Juez se auxilia para descubrir la verdad real de los hechos, las partes al actuar como partes y como peritos en un mismo proceso no acatarían dicho principio de la misma forma que un tercero sin interés alguno en el proceso si lo haría.

El perito “no es una fuente de pruebas, sino un medio de integración de la actividad del juez, una prueba de segundo grado.”¹²⁷ Por ejemplo, el abogado no puede interponer una demanda y decir que quiere que se le admita la prueba pericial sin haber un hecho a esclarecer por medio de esta, la prueba pericial existe en el proceso no por si misma si no que depende de la existencia de un hecho controvertido para poder ser incorporada al proceso.

Nuestro CPCM establece en su Libro Segundo Título Segundo Capítulo Cuarto los Medios Probatorios y dentro de la Sección Cuarta se encuentra la prueba pericial judicial, por otro lado dentro del Libro Primero Título Segundo habla acerca de las partes procesales, y dentro de este título no se establece que el perito sea una parte en el proceso, obedeciendo a que la figura de este es un tercero sin ninguna pretensión en el proceso.

3.2. Requisitos Para la Validez del Dictamen Pericial.

Además de los requisitos que hemos enumerado y analizado anteriormente para que el dictamen pericial exista jurídicamente, es necesario también señalar que este, aunque sea encomendado por un juez en legal forma, y su existencia jurídica no adolezca de algún vicio, también debe reunir requisitos de validez que trataremos a continuación.

3.2.1. La Prueba debe haber sido Decretada en Forma Legal.

¹²⁷ DE SANTO, Victor; *La Prueba Pericial... Op. Cit.* Pág. 64.

“Si hay ordenación por el juez, pero irregularmente, existirá dictamen, pero carecerá de valor.”¹²⁸ Esto podría darse en el caso de no notificarse en legal forma a las partes, tal cual lo establece el Art. 169 CPCM al decir que “...toda resolución judicial se notificará en el más breve plazo a las partes y a los interesados...”, esto debido a que, al no notificársele a las partes la resolución por medio de la cual se designa al perito, no se le da la oportunidad de poder recusar a este; otro ejemplo sería ordenando la práctica de la pericia dejando de lado los principios de pertinencia e idoneidad de la prueba, tal cual como lo manda el Art. 381 CPCM, u ordenándola en un periodo extemporáneo como sería el caso de pedirle al juez la práctica de la prueba pericial en la Audiencia Probatoria y este la acepte. Este requisito incluye la competencia del juez para ordenar la prueba.

Este requisito lo seguiremos abordando más adelante cuando nos corresponda hablar de la regulación actual de la prueba pericial en el Capítulo V.

3.2.2. El Perito debe ser Capaz.

Es obvio que el dictamen del perito incapaz, o a quien la ley veda desempeñar el cargo, adolezca de nulidad insanable. La incapacidad puede ser transitoria, mientras cumple su cometido, y puede ser mental o física; la segunda, cuando le impide rendir el dictamen. Sobre la capacidad de las personas nuestro Código Civil establece en su artículo 1317 que “*toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces*”, entre las que la ley declara incapaces tenemos a los dementes,

¹²⁸ ECHANDÍA, Hernando Devis; *Teoría General de la Prueba Judicial*. Óp. Cit. Pág.324-325.

los impúberes y los sordos que no puedan darse a entender de manera indudable, los menores adultos y las personas jurídicas (art. 1318 CC). Pero es de aclarar que estas incapacidades obedecen en cuanto a los actos de voluntad encaminados a obligarse, ya que se da a entender que las personas antes mencionadas no pueden dar a entender su voluntad o no están consientes en sí de las obligaciones a los cuales se someterán; pero algunas de estas incapacidades como lo veremos a continuación no son validas para no poder llevar a cabo la función de perito, debido a que muchas veces el perito no es una persona en particular si no un grupo de especialistas suscritos a algún laboratorio clínico, el cual sería el caso de la prueba de ADN, y en otros países como Estados Unidos de América, Japón o países europeos, los menores púberes ya poseen títulos que los acreditan como expertos en una ciencia, técnica o arte.

Sobre la capacidad del perito nuestro CPCM establece en su Art. 383 *“Podrán ser designados peritos quienes posean título oficial en la materia, ciencia o arte de que se trate. Si el objeto de la pericia no estuviera amparado por un título oficial, se nombrará el perito entre personas entendidas en la materia.”*

Con esto podemos entender así como la doctrina internacional lo ha hecho que *“en materia de edad debe tenerse en cuenta la regulación que la ley de cada país le dé al punto, porque si no se exige la mayor edad para el desempeño del cargo, es válido el dictamen de menores púberes que tengan la experiencia y los conocimientos calificados que se requieren para el caso”*,¹²⁹ el cual podría ser el caso de niños superdotados, que son escasos

¹²⁹ **FLORLAN**, *Op. Cit.*, t. II, nums. 182 y 244; **LESSONA**, *Op. Cit.*, t. IV, números 451-454; **GUASP**: *Op. Cit.*, ed. 1962, pag. 395; **SICARD**; *La Preuve en Justice*, Paris, 1960, num. 526, pag.342, acepta el dictamen de los menores cuando la ley no lo prohíba; también lo acepta **BONNIER**: *Op. Cit.*, t. I, num. 114.; citado por **ECHANDÍA, Hernando Devis**; *Teoría General de la Prueba Judicial. Op. Cit.* Pág.325.

o quizás nulos en nuestro país pero que en otros países como Estados Unidos de América, Japón u otros países de Europa si existen, los cuales antes de ser mayores de edad, es decir en su pubertad, ya cuentan con títulos universitarios, post grados y maestrías, que los calificarían como aptos para ser peritos según lo establecido en el Artículo 383 CPCM.

Caso muy distinto seria cuando se designa un perito tachable por presunta parcialidad, debido a su interés personal o a los vínculos de parentesco o amistad que lo unan a alguna de las partes. Entonces, si no se formula a tiempo la recusación, para que se remplace el perito, su dictamen será válido; pero si en el proceso aparece la prueba de su posible parcialidad, o favorecimiento a alguna de las partes, el juez debe considerarlo al momento de apreciar el dictamen que este realizo.

3.2.3. El Perito debe tomar Posesión del Cargo en Debida Forma.

Este requisito comprende el del juramento para la posesión del cargo, que por lo general contemplan los códigos de procedimiento, pero en nuestro CPCM según el art. 385, el perito tiene la posibilidad de acuerdo a sus creencias religiosas de optar por no realizar el juramento, pero si realizar la promesa de cumplir bien y fielmente el encargo.

La finalidad del juramento o promesa es revestir al dictamen de seriedad y otorgarle mayores garantías al juez, ya que el perito da su palabra de realizar de la forma debida el encargo judicial y además lo acepta, por lo tanto el juramento o promesa implica la aceptación del encargo, y si el perito no jura o promete realizarlo no lo está aceptando, y no puede tomar posesión del encargo judicial.

Sin embargo existe una excepción cuando el perito no necesita dar juramento o promesa de cumplir el encargo, y esto es “*cuando el perito desempeña un cargo público cuya función consiste, precisamente, en emitir dictámenes ante los jueces (como ocurre con los médicos y técnicos de laboratorios forenses) no hace falta, para que se cumpla este requisito, que preste juramento en cada caso, porque lo suple el juramento general que prestó al posesionarse del cargo oficial.*”¹³⁰ Como podemos ver estos casos son muy comunes como cuando se manda a practicar un dictamen psicológico al Psicólogo de los Juzgado de Familia en el caso de violencia intrafamiliar, o la práctica de la prueba grafo técnica en la Policía Nacional Civil en el caso de cotejo de letras.

3.2.4. EL Perito debe Presentar o Rendir el Dictamen en Forma Legal.

Nuestro CPCM en su art. 386 establece la forma de cómo debe presentarse el dictamen pericial, y este debe ser presentado en forma escrita y remitido al juez que lo ordeno, dentro del plazo que él mismo le estableció al perito, el cual cuando menos debe finalizar diez días antes de la celebración de la audiencia probatoria. Porque razón nuestro legislador lo dispuso de esa manera, primero debe presentarlo por escrito y no hacerlo de forma verbal debido a que de este modo las partes pueden ir al tribunal y consultar el expediente del caso y leer el dictamen presentado por el perito, caso que no ocurriría si el dictamen fuera presentado de forma oral al juez, además al hacerlo de manera oral, a la hora de la audiencia probatoria las palabras del perito podrían tergiversar y no habrá documento alguno con el

¹³⁰ ECHANDÍA, Hernando Devis; *Teoría General de la Prueba Judicial. Óp. Cit.* Pág.326.

cual pueda compararse lo dicho en su dictamen con la declaración que rendirá en un futuro en la audiencia probatoria; con respecto al plazo, el legislador lo dispuso de esa manera debido a que el perito presenta este día su dictamen, el tribunal debe notificar a las partes esta situación, que por lo general se tardan de uno a cinco días en la notificación (dependiendo de si las partes a notificar residen en su jurisdicción, caso contrario envían la correspondiente comisión procesal al juzgado donde residen las partes para que este las notifique), luego, las partes pueden ir al tribunal a leer las conclusiones del peritaje (esto lo harán en el sexto día) y si lo encuentran necesitan que se les esclarezca algo del dictamen pedirán al juez que se cite al perito para poder ser cuestionado sobre el dictamen pericial en la audiencia probatoria (Art. 387 CPCM), para pedir esto, las partes presentaran un escrito al juzgado, que por lo general es presentado al día siguiente de haber leído el dictamen (llegando así hasta el séptimo día), y si las partes presentan dicho escrito el juzgado debe notificar al perito para que se presente el día y hora señalados para la realización de la audiencia probatoria para esclarecer el dictamen y contestar las preguntas que las partes y el juez le hagan sobre el dictamen (y como ya lo hemos dicho el juzgado se tarda entre uno a cinco días para realizar las notificaciones). Vale la pena mencionar que el dictamen debe ir firmado por el perito que lo realizo, aunque el articulo en si no lo establezca, pero eso se da a entender, debido a que es presentado de forma escrita, y debe llevar ciertas formalidades, entre las cuales está la firma del perito.

Es de hacer notar que el perito debe presentar el dictamen, y además puede rendir el dictamen, cosas que son complemente distintas debido a que lo presenta por escrito al juez en el plazo que le fue dado, y lo rinde de manera oral en la audiencia probatoria.

“No procede la agregación de la pericia que ha sido llevada a cabo sin el control de la contraparte, fuera del plazo probatorio y sin haberse observado las debidas formalidades legales.”¹³¹ Estos puntos ya los tratamos en el capítulo 3.2.1.

Asimismo, cuando la pericia no presente vicios formales en nada obsta a que se decrete su nulidad cuando el procedimiento para arribar a ella se encuentre viciado.

La nulidad de la pericia debe fundarse en la omisión de las formas procesales que constituyen el presupuesto esencial de su validez.

3.2.5. El Acto debe ser Consistente, Libre de Coacción, Violencia, Dolo, Cohecho, o Seducción.

Una vez probado cualquiera de estas causales, el dictamen queda sin valor probatorio, viciando de nulidad. Dicho requisito está regulado en el artículo 232 y siguientes del CPCM que hablan acerca de las nulidades en actuaciones procesales, y en esencia establece que deberán declararse nulos los actos que se realizan bajo violencia o intimidación o mediante la comisión de un acto delictivo.

3.2.6. No debe Existir Norma Legal que Prohíba esta Prueba.

Puede suceder que la ley prohíba la prueba por peritos para ciertos casos. Si a pesar de la prohibición legal llega a practicarse, existirá nulidad absoluta del acto. Sobre este requisito nuestro CPCM nos habla en el Art.

¹³¹ CNCiv., Sala A, 25/4/74, LL, t. 1975-A, p 759, nº 32.031-S; *Jurisprudencia Argentina* citado por **DE SANTO, Victor**; *La Prueba Pericial... Op. Cit.* Pág. 65.

316 sobre la licitud de la prueba, y establece que *“Las fuentes de prueba deberán obtenerse de forma lícita...”*, al establecer esto el legislador también hace referencia al requisito precedente, y deja claro que la prueba obtenida ilícitamente no será introducida dentro del proceso, además continúa diciendo que *“Las fuentes de prueba obtenidas con vulneración de derechos constitucionales no serán apreciadas por el Juez al fallar...”*, se puede ver reflejado que aquí el legislador hace referencia en primer lugar a la garantía del debido proceso y al derecho de defensa que tiene las partes, mas adelante establece que *“La práctica de los medios probatorios en forma contraria a lo previsto por las leyes procesales determinará la nulidad del medio correspondiente”*, es decir que dado el caso se admite la prueba y existe norma que la prohíbe esa prueba será nula.

Además del Art. 316 CPCM, los Arts. 318 y 319 CPCM nos hablan sobre la pertinencia de la prueba y la utilidad de la prueba, y establecen que *“No deberá admitirse ninguna prueba que no guarde relación con el objeto de la misma”*, y *“No deberá admitirse aquella prueba que, según las reglas y criterios razonables, no sea idónea o resulte superflua para comprobar los hechos controvertidos.”* En estos artículos podemos ver claramente normas que prohíben la práctica de la prueba siempre y cuando no sea la más útil o la más idónea para probar un hecho, por ejemplo, voy a probar que mi casa me pertenece por medio de la escritura de compraventa, que comprueba que yo soy el legítimo dueño del inmueble, y no mediante una inspección judicial, para mostrarle al juez que dentro del inmueble están mis objetos, mis fotos, mi perro, y que por eso la casa me pertenece, esta inspección judicial estará prohibida debido a que para probar ciertos hechos solo se puede hacer mediante cierto tipo de medios probatorios, los cuales deben ser los más útiles, pertinentes e idóneos.

3.2.7. El Perito debe Realizar Personalmente los Estudios Básicos del Dictamen.

Como lo dijimos anteriormente el perito no puede delegar en un tercero el examen de los hechos o de las pruebas, según el caso, sobre los cuales debe opinar. No puede, asimismo, dejar exclusivamente que otra persona efectúe las operaciones técnicas que fundamentan la conclusión, ni limitarse a transcribir los argumentos de otro.

En caso de ocurrir esto no existirá desempeño personal del cargo y, consecuentemente, el dictamen estaría viciado de nulidad.

Sin embargo *“para el mejor desempeño de su misión, el perito puede asesorarse de otros expertos, obtener conceptos u opiniones que ilustren su criterio, hacer elaborar un plano o croquis explicativo de su dictamen y de acuerdo con sus indicaciones y bajo su dirección, a condición de que luego adopte y explique su personal conclusión, porque se tratará de estudiar y fundamentar mejor su dictamen.”*¹³²

El oficio de perito es estrictamente personal y no puede delegarse. Pero ello no quiere decir que el perito deba realizar personalmente todas las operaciones necesarias a la pericia a veces esto sería imposible, como puede ser el caso de un arquitecto a quien se le recomienda la tasación de una obra realizada, ¿cómo podrá el solo tomar las mil medidas que son conducentes a la aplicación de los precios unitarios de la tarifa? Por ello es necesario distinguir al dictamen pericial de las operaciones periciales preparatorias, *“el dictamen pericial comprende el juicio técnico pronunciado sobre los datos recogidos; y esto no puede hacerse sino por el perito designado. Pero las operaciones preparatorias para recoger esos datos*

¹³² ECHANDÍA, Hernando Devis; *Teoría General de la Prueba Judicial*. Óp. Cit. Pág.327.

*pueden ser de naturaleza variadísima, según el objeto y la clase de la peritación; algunas elevadas, otras de inferior rango; unas difíciles, otras fáciles; tales materiales, tales intelectuales. Y no se debe excluir a priori que algunas de estas operaciones deban o puedan confiarse por los peritos a sus ayudantes.*¹³³

Se ha señalado que si bien es cierto que el cargo de perito es indelegable, ese carácter no impide que el designado requiera la colaboración de especialistas para la realización de operaciones preparatorias o complementarias tendientes a aportar mayores elementos de juicio a efecto de producir el dictamen encomendado. Pero también se ha dicho que cuando la recopilación de datos sobre los que el dictamen se basó fue obtenida por terceros ajenos a la profesión del experto, se está en presencia de una delegación de la función que se le encomendó.

3.2.8. El Perito debe Utilizar Medios Legítimos.

*“Si los medios fueron ilegítimos, la peritación podrá ser declarada insuficiente o anulada.”*¹³⁴

Si el perito utiliza medios ilegítimos o ilícitos para cumplir su cometido, el dictamen es nulo, cuyo caso sería cuando obtiene los documentos que necesitan para la práctica pericial mediante la fuerza o con maniobras fraudulentas. Esto se encuentra regulado en nuestro CPCM en su artículo 316 (desarrollado en el capítulo 3.2.6) que habla sobre la licitud de la prueba

¹³³ **CHIOVENDA**; *Instituciones de derecho Procesal Civil*, Madrid, 1954, t. III, núm. 339, págs. 259-260. Citado por **ECHANDÍA, Hernando Devis**; *Teoría General de la Prueba Judicial. Óp. Cit.* Pág.329.

¹³⁴ **LESSONA**; *Ob. cit.*, t. IV, núm. 493, Pág. 686. Citado por **ECHANDÍA, Hernando Devis**; *Teoría General de la Prueba Judicial. Óp. Cit.* Pág.329.

y establece que las fuentes de prueba deberán obtenerse de forma lícita, de lo contrario esa prueba será nula.

Los peritos tienen libertad de elegir los medios que han de utilizar para llevar a cabo su cometido, es decir que el juez no le impondrá para la realización de la pericia que emplee o utilice una técnica científica en específico, sino que es el perito quien decide la forma más conducente para la realización de esta, debido a que él es el experto, siempre y cuando para la realización de esta no incurra en delito.

Para comprender mejor este requisito pondremos dos ejemplos, el primero es el caso de un ingeniero civil o un arquitecto que para medir un terreno va a sustraer o robar un taquímetro debido a que él no posee uno, esta acción acarrearía la nulidad de dicha prueba debido a la ilicitud del robo del taquímetro. El segundo ejemplo es el caso de un juicio ejecutivo civil en el cual se incorpora la prueba pericial caligráfica para probar que la firma de los recibos pertenece al demandante, y para realizar la pericia se obliga mediante amenazas al demandante a que plasme su firma en una página en blanco para luego comparar esa firma con la de los recibos para comprobar si es la misma firma. Estos dos ejemplos nos ilustran claramente como el perito utilizó medios ilegítimos para la realización de la pericia, debido a que en el primer ejemplo lo más adecuado debió haber sido que el perito a falta de tener su propio taquímetro hubiera alquilado uno o lo hubiera prestado, y en el segundo ejemplo se pudo haber pedido al juzgado donde se ventila el juicio ejecutivo civil que se le prestara al perito el poder mediante el cual el demandante delegaba a su abogado para que lo represente en este tipo de juicios, debido a que en este documento está plasmada la firma del demandante y puede servir claramente para comparar esa firma con la de los recibos.

3.3. Requisitos para la Eficacia Probatoria del Dictamen Pericial.

Como ya lo hemos dicho anteriormente el dictamen pericial debe existir jurídicamente y no adolecer de nulidad pero también debe tener eficacia probatoria, es decir, reunir ciertos requisitos de fondo o contenido, que lleven al juzgador a una total convicción respecto de esa prueba.

3.3.1. El Dictamen debe ser un Medio Conducente Respecto del Hecho por Probar.

Los hechos que deben ser objeto de prueba en un proceso pueden acreditarse mediante dictámenes periciales que reúnan los requisitos anteriores para su validez y eficacia.

“Cuando la ley establece una forma más idónea para la demostración de un hecho -en el caso la pericia-, los demás medios probatorios no solo deberán ser juzgados con severidad, sino desechados a los fines propuestos.”¹³⁵

Es decir, el peritaje es por naturaleza un medio conducente para probar cierto tipo de hechos, como por ejemplo cotejar letras o establecer las medidas exactas de un terreno, por lo tanto según el principio de utilidad de la prueba establecido en el art. 319 CPCM no debe admitirse aquella prueba que, según las reglas y criterios razonables, no sea idónea o resulte superflua para comprobar los hechos controvertidos. Si la ley requiere un medio de prueba diferente para la comprobación de ciertos hechos, el

¹³⁵ CNCiv., Sala F, 13/8/82, LL, t. 1982-D, p. 249; *Jurisprudencia Argentina* citado por **DE SANTO, Victor**; *La Prueba Pericial... Op. Cit.* Pág. 69.

dictamen pericial será inconducente para acreditarlo y por lo tanto, ineficaz, como sería el caso del juicio ejecutivo civil, en el cual se necesita el título ejecutivo para comprobar dicha obligación.¹³⁶

Partiendo del hecho que el perito tiene como función esencial la de asesorar al juez en punto a la apreciación de los hechos para los que se requiere el conocimiento especializado de una ciencia o industria. Todo aquello que rebase esa tarea auxiliar al extremo de constituirse en mera información de datos comunes, y para cuya recepción la ley exige otros medios, debe resultar carente de valor convincente.

“Las partes no pueden valerse de la prueba de peritos para introducir en el litigio pruebas que deben ofrecerse y producirse en la forma que la ley establece.”¹³⁷

Cuando las partes prescinden de la prueba más adecuada para la acreditación de determinados hechos deberán cargar con las consecuencias desfavorables que tal proceder importa para quien, teniendo el deber de probar, renuncia al medio más idóneo que tiene a su disposición y alcance. Si la prueba pericial caligráfica resulta la más idónea, aunque no constituya el único medio de prueba, para que sea aceptable su sustitución por otros medios admisibles, es menester que la falta de aquella se justifique por motivos serios, vale decir que solo podría prescindirse del cotejo si este resulta imposible de realizar por falta de escritura indubitada.

¹³⁶ “...los Arts. 346 y 376 del Pr. C., puesto que se refieren: la primera, a la prueba de peritos; y la segunda, a la de posiciones, pruebas que resultan impertinentes en esta clase de juicios y por tanto la Cámara ad quem no incurrió en la infracción denunciada.”; Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, de 17 de mayo de 2001, dictada a las 10 HH. (ref. 1348-2001); Extracto de la sentencia en la cual la Sala establece que las pruebas por perito y la de posiciones no son pruebas pertinentes para comprobar una obligación nacida a partir de un título ejecutivo.

¹³⁷ CCom. Cap., 12/6/46, LL, t. 43, pág., 162; *Jurisprudencia Argentina* citado por **DE SANTO, Victor**; *La Prueba Pericial... Op. Cit.* Pág. 69.

*“El dictamen de los expertos prevalece contra la opinión de las partes, especialmente cuando las críticas de estas no están acreditadas por probanza idónea, ni se encuentran avaladas por la opinión de un profesional en la materia de la que se trata.”*¹³⁸

En resumidas cuentas este requisito nos indica que, siempre que la prueba pericial sea el vehículo más apropiado para conducirnos al esclarecimiento de un hecho obscuro o controvertido ésta debe ser utilizada en el proceso.

3.3.2. El Hecho Objeto del Dictamen debe ser Pertinente.

Este requisito significa que debe existir relación entre el hecho y la causa (civil, penal, laboral, etc.), porque de lo contrario, aunque resulte probado mediante el dictamen, este carecerá de eficacia y no podrá influir en la sentencia.

El principio de la pertinencia de la prueba está contemplado en nuestro CPCM en su artículo 318 que establece que *“no deberá admitirse ninguna prueba que no guarde relación con el objeto de la misma.”* Ya que podría darse el caso que el demandante en un proceso de inquilinato de desocupación por causa de mora, mande a que se practique la medición del terreno, prueba que no vendría a aportar nada al caso en mención, debido a que en este caso el demandado deberá probar que no está en mora proporcionando los recibos respectivos, y si fuera el caso se pediría prueba pericial caligráfica para determinar si las firmas que calzan en los recibos son auténticas.

¹³⁸ CNCiv., Sala H, 7/6/99, LL, t. 2000-C, pág., 917, nº 42.719-S; *Jurisprudencia Argentina* citado por **DE SANTO, Víctor**; *La Prueba Pericial... Op. Cit.* Pág. 70.

3.3.3. El Perito debe ser Competente.

El perito debe ser un verdadero experto para poder desempeñar el cargo, porque no se trata simplemente de exponerle al juez las percepciones ordinarias que efectuó sobre determinados hechos, sino de emitir conceptos u opiniones de valor técnico, artístico o científico.

En relación a la competencia del perito o su capacidad para serlo ya hemos advertido que el art. 383 CPCM establece que *“Podrán ser designados peritos quienes posean título oficial en la materia, ciencia o arte de que se trate. Si el objeto de la pericia no estuviera amparado por un título oficial, se nombrará el perito entre personas entendidas en la materia.”* Con esto queda claro que en nuestro país no cualquier persona puede ser requerida para la práctica de alguna pericia sino únicamente aquellos que posean un título emitido por una universidad o una institución de estudios superiores, que los acredite como licenciado, ingeniero, doctor o técnico, y a falta de este título bastara la experiencia en dicha materia, claro está que la experiencia particular es fundamental en ambos casos.

Si se designa perito a un médico, cuando se trata de emitir conceptos sobre cuestiones de ingeniería o de otra carrera técnica, su dictamen no podrá suministrarle al juez ningún argumento de prueba. Por lo tanto hay que escoger cuidadosamente a los peritos

“En la competencia del perito se incluye la ausencia de perturbaciones psicológicas o de otro orden y de defectos orgánicos, que aunque no alcancen a producir incapacidad mental ni física para el adecuado

desempeño del cargo, sí pueden afectar la fidelidad de sus percepciones y la exactitud de sus juicios e inferencias”¹³⁹

La ley además dota de una herramienta al juzgador ya que el art. 389 CPCM, establece que la prueba pericial será valorada a la luz de las reglas de la sana crítica y se tomara en cuenta la idoneidad del perito, el contenido del dictamen y su declaración en audiencia. Por lo tanto si de la documentación presentada o de lo expuesto en el dictamen el juez deduce que el perito carece de los conocimientos técnicos, artísticos o científicos necesarios para el caso concreto, debe desconocerle eficacia probatoria e incluso desconfiar también de su dictamen.

Es fundamental afirmar que las pericias no obligan al juez, ya que las conclusiones que estas contengan deben ser analizadas conforme a la sana crítica.

La fuerza probatoria que poseerá el dictamen pericial en la mente del juzgador debe estimarse considerando la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se fundan, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca, porque ¿qué eficacia probatoria tendrá el dictamen de un valuator cuando en él, el perito realiza calificaciones jurídicas que exceden el marco de su competencia profesional? O peor aun ¿qué valor probatorio tendrá aquel dictamen que sea desvirtuado por alguna otra prueba presentada en el proceso?

¹³⁹ **FLORLAN**; *Op. Cit.*, t. II, num. 240; **VIROTTA**: *Op. Cit.*, num 106, Pag. 529; citado por **ECHANDÍA, Hernando Devis**; *Teoría General de la Prueba Judicial. Op. Cit.* Pág.333.

3.3.4. El Perito debe ser Imparcial.

Este requisito, aplicable también al testigo, significa que no debe existir motivo serio para dudar del desinterés, de la imparcialidad y sinceridad del perito designado. Esto debido a que, como ya lo hemos mencionado el perito es estrictamente un tercero sin interés alguno en el proceso, es un auxiliar del juez que le facilita sus conocimientos científicos, técnicos o artísticas para que sea aquel quien juzgue.

Así como Víctor de Santo¹⁴⁰ lo ha dicho *“los vínculos de amistad íntima o enemistad, las relaciones familiares del perito con las partes, el interés económico que pueda tener en el resultado del litigio, constituyen razones validas para dudar de su sinceridad.”* Por estas razones, el perito puede ser recusado como los jueces y tachado como los testigos, tal cual como lo establece el art. 385 CPCM, siempre y cuando por sus relaciones con las partes o con el objeto del proceso o, por cualquier otra causa razonable, hubiera dudas sobre su imparcialidad.

En el caso de no formularse tacha ni recusación, pero que se pruebe la causal, el juez debe estimar, según las calidades del dictamen, hasta qué punto puede acordarle eficacia probatoria.

*“El perito es un auxiliar de la justicia que debe actuar con absoluta imparcialidad, suministrando verazmente los informes técnicos que se le requieran, con abstracción del origen de su nombramiento y sin otro interés que el de contribuir al esclarecimiento de los hechos para una solución del litigio más justa y legal.”*¹⁴¹

¹⁴⁰ **DE SANTO, Víctor**; *La Prueba Pericial... Op. Cit.* Pág. 73.

¹⁴¹ CCiv. Cap., 6/12/37, LL, t. 6 Pag. 675; *Jurisprudencia Argentina* citado por **DE SANTO, Víctor**; *La Prueba Pericial... Op. Cit.* Pág. 73.

“El perito no es un agente de la justicia habilitado para inquirir o buscar elementos a favor de las tesis de la parte que propuso la medida; su cometido es dictaminar sobre los que le hayan sido correctamente suministrados.”¹⁴²

Las razones de orden técnico expuestas por el perito, la imparcialidad que hace suponer la forma de su designación (en el caso del perito judicial) y la falta de observación del dictamen por las partes, llevan a aceptar las conclusiones que plasmo en su dictamen.

En el caso de la figura del perito judicial (art. 380 CPCM) al ser este escogido y nombrado por el tribunal, se puede aseverar que actuara con mayor imparcialidad que aquel perito que ha sido nombrado por alguna de las partes (perito de parte art. 377 CPCM).

La actuación del perito debe desenvolverse dentro del proceso con funciones de asesoramiento del juez y con la imparcialidad que caracteriza a la misma destinada a satisfacer no sólo el interés de las partes sino el superior de la justicia en la medida en que contribuye al logro de la verdad sustancial.

En el caso que el perito deje entrever en su dictamen opiniones meramente personales con respecto al asunto en litigio, extralimitándose en cuanto a las funciones que le fueron conferidas por el juez, y haciéndose notar una toma de posición en el litigio, su dictamen y las conclusiones de este serán descalificados por su falta de profesionalidad.

La opinión del testigo con conocimiento especializado (art. 358 CPCM) que atendió al actor, no puede prevalecer sobre la del perito medico interviniente en el juicio, dada la desvinculación de este último con las partes

¹⁴² **SCHIAFFINO, Machado**; *Vademécum Pericial. Op. Cit.* Pág. 154.

en litigio que inequívocamente constituyen una garantía de imparcialidad, que no se da en el primero, el cual está unido a una de las partes a través de una relación profesional.

Las divergencias entre el criterio del perito judicial y el del perito de parte deben resolverse a favor del primero, pues las garantías que rodean la designación del perito judicial hacen presumir su imparcialidad, mientras que el perito de parte procura aportar fundamentos científicos y técnicos que favorezcan al progreso de la pretensión de las partes que representan, debiendo evaluarse sus razones como si provinieran de la misma.

3.3.5. El Dictamen debe estar Libre de Objeciones por Error Grave.

En el supuesto de probarse una objeción contra el dictamen, este queda sin ningún valor probatorio y la prueba debe ser repetida.

En la medida en que el dictamen pericial contenga una inexactitud o documento un exceso del técnico, debe ser objeto de la pertinente inutilidad,¹⁴³ esto lo podemos observar en el Art. 376 relacionado al Art. 382 inciso 3, ambos del CPCM, que establecen que el dictamen debe

¹⁴³ “...se ha evidenciado que hubo error de los peritos, en la ampliación del peritaje, al considerar como material dubitado los instrumentos públicos presentados por la demandada, y hubo omisión de ellos, al no comparar tales documentos con el material en duda, que es la escritura de compraventa presentada con la demanda, tal como lo ordenó al Juez. Se ha evidenciado también que la demandada, en tiempo, solicitó la segunda ampliación del peritaje, al advertir los defectos señalados, que a juicio del juez eran necesarios para resolver con mayor acierto (...) razón por la cual es procedente acceder a la segunda ampliación solicitada conforme a la ley por la parte demandada, ya que no se trata de prueba ordenada de oficio por el Juez, como considera el Ad quem, sino de una prueba pedida dentro del término de pruebas (...); Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, de 2 de febrero de 2010, dictada a las 9 HH. (ref. 198-CAC-2009).

circunscribirse a los puntos propuestos como objeto de la pericia, esto es así por que dado el caso de la remediación de un inmueble que ha sido practicada en un inmueble ajeno al litigio, esto llevaría a la nulidad del acto y a ordenarse nuevamente su práctica, y si no se promovió en tiempo propio el incidente respectivo, sino que en su remplazo se requirieron explicaciones implícitamente se convalido cualquier defecto.

Puesto que la materia sometida a peritación excede los conocimientos propios de un juez, el apartamiento de sus conclusiones requiere razones serias, elementos objetivos que acrediten la existencia de errores de entidad que justifique prescindir de sus datos.

No habiéndose demostrado en forma concreta que las conclusiones del experto sean erróneas o falsas, las objeciones genéricas que plantea la demanda resultan insuficientes para debilitar la validez del informe pericial, mas aun cuando el perito ha sido designado por el tribunal, lo cual garantiza la imparcialidad de su dictamen y colabora a la eficacia de esta prueba.

Para desvirtuar un dictamen pericial es necesario suministrar elementos de juicio como pruebas de mayor rigor científico y técnico, que permitan advertir fehacientemente el error o el inadecuado uso que el técnico hubiera hecho de los conocimientos de que por su profesión y título habilitante se lo supone dotado, por lo que simples disconformidades sin fundamento valido no desmerecen su eficacia probatoria.

3.3.6. El Dictamen debe estar Debidamente Fundado.

Así como en el testimonio del testigo con conocimiento especializado debe acreditarse fehacientemente ser conocedor en el área de que se trate, en el dictamen pericial deben consignar el fundamento de sus conclusiones.

Es así como el dictamen “*contendrá la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que se funde.*”¹⁴⁴

Además “*si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a esas conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes.*”¹⁴⁵

Como ya lo hemos dicho, la designación de un perito es para auxilio de la justicia, para que el juez se auxilie en él, en cuestiones meramente científicas, técnicas u de otras artes que escapan al saber jurídico del juzgador, por lo tanto el dictamen servirá como asesoramiento y su valor será apreciado de acuerdo a la convicción que el perito adquiera sobre la materia de su dictamen, pero no basta con que el perito llegue a tener la convicción necesaria para realizar sus conclusiones sino que, este debe suministrar los antecedentes científicos y técnicos así como también explicaciones que justifiquen esa convicción, porque en eso consiste la prestación de un verdadero y real asesoramiento o auxilio que le brinda al juzgador. Por ello, el informe pericial que no da explicación pormenorizada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios en que se funda carece de fuerza probatoria.

En el caso que el perito desarrolle conclusiones personales, si sus afirmaciones obedecen a elementos de juicio que han tenido en cuenta y se apoyan suficientemente en los antecedentes de la causa y en sus conocimientos técnicos específicos, quedara satisfecha su labor como auxiliar de la justicia a la que contribuye con sus saber, ciencia y conciencia.

¹⁴⁴ PALACIO, Lino Enrique; *Manual de Derecho Procesal Civil. Op. Cit.* Pág. 501.

¹⁴⁵ ECHANDÍA, Hernando Devis; *Teoría General de la Prueba Judicial. Op. Cit.* Pág.334.

*“Precisamente, mas científico será el dictamen cuanto más sujeto a comprobación objetiva se halle y menos seriedad habrá de atribuírsele cuando se sustente en opiniones subjetivas cuya refutación no es posible, porque se origina en la persona misma del experto en cuanto se trate de pura estimación u opinión.”*¹⁴⁶ De lo anterior se puede aseverar que el dictamen de un perito no es relevante por el solo fundamento de la presunción de su conocimiento, de su arte o técnica, puesto que es característica del orden científico la refutabilidad y comprobación de las conclusiones que allí se arriban.

En nuestra país el dictamen pericial debe circunscribirse a los puntos propuestos como objeto de la pericia, y debe ajustarse a las reglas que sobre la ciencia, arte o técnica correspondiente existieren, además, en el, él perito deberá informarle al juzgador sobre las distintas posturas o interpretaciones posibles del caso específico (art. 376 CPCM).

Cuando el perito o el equipo pericial se han limitado a una afirmación asertiva y categórica sin dar razón que la sustente, el informe perderá valor probatorio debido a la insuficiencia de su fundamento.

Por lo tanto la esencia de este requisito radica en que la pericia no puede consistir en una mera opinión del perito que prescinda del necesario sustento científico, sino que el profesional designado debe proporcionar al tribunal los elementos conducentes al sustento de sus conclusiones a fin de que las mismas posean fuerza demostrativa

¹⁴⁶ CNciv., Sala B, 12/5/89, LL, t. 1989-E, p. 117; *Jurisprudencia Argentina* citado por **DE SANTO, Victor**; *La Prueba Pericial... Op. Cit.* Pág. 78.

3.3.7. Las conclusiones del Dictamen deben ser Claras, Firmes Y Consecuencias Lógicas de Sus Fundamentos.

“La claridad en las conclusiones es indispensable, para que aparezcan exactas y el juez pueda adoptarlas; su firmeza o la ausencia de vacilaciones es necesaria para que sean convincentes; la lógica relación entre ellas y los fundamentos que las respaldan debe existir siempre, para que merezcan absoluta credibilidad.”¹⁴⁷

Este requisito está íntimamente relacionado con el anterior, debido a que como ya lo dijimos, el perito al plasmar sus propios conceptos y conclusiones en el dictamen, debe fundamentarlos, debe de dar las razones lógicas, técnicas y científicas de porque llego a esas aseveraciones, y al hacerlo lo debe hacer de forma clara, debido a que las personas interesadas en el dictamen, llámense juez o partes en el proceso, no poseen los conocimientos ni el lenguaje técnico que él posee como conocedor de su ciencia, técnica o arte; de forma firme, es decir no debe andarse con rodeos en el dictamen, debe decir de manera concreta y sin vacilación sus propias conclusiones, de este modo no creara duda en los interesados de lo que quiso dar a entender en el dictamen; y además como para la realización del dictamen partió de fundamentos científicos, las conclusiones que derivan del dictamen deben estar acorde con la debida comprobación científica.

“Si unos buenos fundamentos van acompañados de unas malas conclusiones, o si no existe armonía entre aquellos y estas, o si el perito no

¹⁴⁷ **ECHANDÍA, Hernando Devis;** *Teoría General de la Prueba Judicial. Óp. Cit.* Pág.336.

*aparece seguro de sus opiniones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria.*¹⁴⁸

Del párrafo anterior se puede decir que cuando el análisis formulado por el perito consiste en un estudio detallado y sus conclusiones surgen como consecuencia lógica, debe estarse a ellas a falta de pruebas que las destruyan. Pero si la pericia aparece desprovista de fundamentación técnica y no contiene conclusiones claras y concretas, resulta imposible acordarle algún valor probatorio.

Si dado el caso el perito en su análisis deja entrever que ha ido más allá de los puntos sobre los cuales versaría la pericia, e incluso a dado opiniones jurídicas, no por esa circunstancia ha de restársele completo valor probatorio en los aspectos a los cuales se circunscribe su opinión técnica, máxime cuando las consideraciones en que se asientan son claras, precisas y concordantes. Caso contrario es la pericia que se desarrolla a partir de una adecuada fundamentación en sus conclusiones, pero que resulta ineficaz en razón de que el juez no puede formar convicción alguna al carecer de explicaciones razonablemente aceptables, por lo tanto esta si carecerá del valor probatorio que deba darle el juzgador.

Cuando el dictamen no sea claro para las partes, estas pueden solicitar al juez la comparecencia del perito en la audiencia probatoria con el objeto de interrogarle sobre puntos o aspectos oscuros del dictamen que este realice, para que lo explique, ilustre exponga el método empleado, premisas, conclusiones; al igual que las partes, el juez, a su prudencial

¹⁴⁸ **FRAMARINO, dei Malatesta**, *Logica...* cit., t. II, pp. 309-313; **LESSONA**, *Teoria General...* cit., t IV, nº 409-413 y 508; **VIROTTA**, *La Perizia...* cit., nº 36, 44 y 109; citado por **DE SANTO, Victor**; *La Prueba Pericial...* Op. Cit. Pág. 81.

criterio, también puede interrogar al perito sobre algún punto que no está del todo claro (art. 387 CPCM).

En la apreciación del dictamen pericial, la fuerza convincente de este será estimada por el juez, entre otros elementos, contabilizando los principios técnicos y científicos que respalden las conclusiones vertidas; por ende, los dictámenes deben suministrar los antecedentes y explicaciones que justifiquen la convicción sobre la materia en que se expiden, en tanto su finalidad es prestar asesoramiento al órgano decisor, a quien corresponde valorar el acierto de las conclusiones periciales arribadas.

3.3.8. Las Conclusiones del Dictamen deben ser Convincentes y no Aparecer como Improbables, Absurdas o Imposibles.

Para que el dictamen posea eficacia probatoria, *“no basta que las conclusiones sean claras y firmes, como consecuencia lógica de sus fundamentos o motivaciones, porque el perito puede exponer con claridad, firmeza y lógica tesis equivocadas.”*¹⁴⁹

Si el juez considera que los hechos afirmados en las conclusiones son improbables, según las reglas de la experiencia y la crítica lógica del dictamen, este no será convincente ni podrá brindarle la necesaria certeza para que lo adopte como fundamento exclusivo de su pronunciamiento, no obstante esa apariencia de claridad, firmeza y lógica (si existen en el proceso otros medios probatorios corroborantes, en conjunto podrán darle esa certeza).

¹⁴⁹ ECHANDÍA, Hernando Devis; *Teoría General de la Prueba Judicial*. Óp. Cit. Pág.337.

Si esos hechos son, a criterio del juez, absurdos o imposibles, con mayor razón debe negarse a aceptar las conclusiones del dictamen. De más está decir que el juez debe tener fundadas razones para el rechazo.

No existen posiciones encontradas en la doctrina moderna respecto de que el dictamen de los peritos no vincula al juez y que este debe gozar de libertad para apreciarlo, facultad de la cual goza en nuestra legislación (art. 389 CPCM).

En consecuencia, no puede desconocérsele la facultad para rechazarlo en los supuestos mencionados.

“Si bien los dictámenes periciales carecen de fuerza vinculante para el órgano judicial, la prescindencia de sus conclusiones debe provenir de fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del idóneo se halla reñida con los principios lógicos y máximas de experiencia.”¹⁵⁰

Carece de eficacia probatoria el dictamen del perito si no se encuentra debidamente fundado porque el experto se ciñe a emitir su concepto sin explicar las razones que lo condujeron a las conclusiones, o si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias, en cuyo caso el juez puede negarse a adoptarlo como prueba por estimarlo no convincente o inaceptable.

3.3.9. El Dictamen no debe ser Desvirtuado por otra Prueba.

Es obvio que si en el proceso aparecen otras pruebas que desvirtúen las conclusiones del dictamen o al menos dejen al juez en situación de

¹⁵⁰ CNFed. Civ. y Com., Sala III, 4/2/94, LL, t. 1994-D, p. 349; *Jurisprudencia Argentina* citado por **DE SANTO, Victor**; *La Prueba Pericial... Op. Cit.* Pág. 84.

incertidumbre sobre el mérito que le merezca, luego de una crítica razonada y de conjunto, aquél no puede tener plena eficacia probatoria.

De tal forma Jaime GUASP¹⁵¹ dice que "*la fuerza probatoria de la prueba pericial puede ser enervada mediante la práctica de otras pruebas que arrojen resultados distintos y contrarios al del dictamen*".

El dictamen del perito, cualquiera que fuera su oficio, no obliga ciegamente al juez a concluir de igual manera, sino, solo en la medida en que los mismos se vean corroborados por los demás elementos probatorios. Esto debido a que no nos encontramos frente al método de valoración de la prueba por tasación, sino frente a la apreciación de las pruebas en su conjunto conforme a la reglas de la sana crítica.

La necesidad de aprobar o dejar de lado el dictamen de una pericia, no surge de ninguna norma, sino que el juzgador deberá considerarla (obviamente, al dictar sentencia) junto con las demás pruebas aportadas. Debido a esto los dictámenes periciales deben ser valorados por el juez, en cuanto a su eficacia probatoria, teniendo en cuenta, además de los factores técnicos, que le son impuestos por las reglas de la sana crítica, las restantes circunstancias de las causas y elementos de convicción que le ofrezcan las partes. Por ello, cuando el peritaje está fundado en principios técnicos inobjetable y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja aceptar sus conclusiones.

No debe dejarse de lado en ningún momento que la opinión del perito es solamente un elemento auxiliar del juez.

¹⁵¹ **GUASP**: *Derecho procesal civil*, ed. 1962, pág. 404; citado por **ECHANDÍA, Hernando Devis**; *Teoría General de la Prueba Judicial. Op. Cit.* Pág.340.

La prueba en contra del dictamen puede consistir en la confesión de la parte favorecida con el mismo, si el hecho es susceptible de demostración por este medio; pero antes de aceptar el juez esa confesión, debe examinarla y criticarla rigurosamente, para ver si es contraria a máximas generales de la experiencia o si resulta inverosímil por otras razones, es decir, si le da mayor credibilidad que el dictamen de los expertos. También puede consistir la prueba en contrario en una cosa juzgada y entonces, como es obvio, el juez no puede reconocerle ningún mérito a ese dictamen, ya que le está vedado juzgar de nuevo el punto.

Pero por el contrario si el dictamen pericial es formalmente inobjetable y sustancialmente apoyado en ciencia y lógica, y no existe prueba que lo desvirtúe, no se advierte (frente a la ausencia de toda prueba de por lo menos igual jerarquía) cómo sea dado al tribunal apartarse de sus conclusiones. El juez no puede hacer gala de empirismo caprichoso o antojadizo, ni está autorizado a desoír el asesoramiento que le viene de expertos en otras disciplinas ajenas al derecho, para imponer una opinión *prima facie* reñida con la ciencia que tales auxiliares de la justicia proporcionan.

Por lo tanto el juez debe tener razones muy fundadas para desechar las conclusiones del perito, pues si bien las normas procesales no acuerdan al dictamen el carácter de prueba legal, para desvirtuarlo es imprescindible traer elementos del juicio que permitan concluir fehacientemente el error o el inadecuado uso que el experto hubiera hecho de los conocimientos científicos de los que por su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponerse dotado, puesto que el informe comporta la necesidad de una apreciación específica del campo del saber del perito, técnicamente ajeno al hombre de derecho.

3.3.10. El Perito no debe Haberse Retractado.

“Ese cambio de conceptos del perito impedirá que el juez le otorgue credibilidad a las nuevas conclusiones que presente, en su dictamen adicional, porque no habrá la firmeza y claridad indispensables para que tenga eficacia probatoria.”¹⁵²

Si antes de pronunciar el juez la decisión para la cual debe considerar el dictamen del perito, éste presenta formalmente una rectificación o retractación, total o parcial, de su dictamen, debe permitirse al juez considerarla y someterla a una crítica rigurosa, que tenga en cuenta los fundamentos del dictamen inicial y de la adición, para determinar la credibilidad y el mérito probatorio que en conjunto le merezcan.

Si el juez llega a la conclusión de que el dictamen inicial ha quedado sin fundamento por virtud del segundo, debe rechazarlo.

En caso de que la rectificación sea parcial, el juez deberá evaluar si la falta de certeza en esa parte le impide o no conferirle plena eficacia al dictamen, en las demás conclusiones. Si solo se refiere a aspectos secundarios, que no alteran la sustancia del dictamen, ningún efecto debe tener sobre éste.

Dicha retractación por parte del perito puede darse no solo por escrito, sino también oralmente cuando este sea citado para aclarar su dictamen en la audiencia probatoria.

¹⁵² **ECHANDÍA, Hernando Devis;** *Teoría General de la Prueba Judicial. Óp. Cit.* Pág.341.

Por su parte Echandia¹⁵³ tiene a bien considerar que “*si se permite al testigo rectificar su declaración, con mayor razón debe serle permitido al perito retractarse de su dictamen, porque los errores de valoración, de cálculo, de estudios técnicos o científicos, son más posibles que los de percepción, memoria y narración.*”

3.3.11. El Dictamen debe ser Rendido Oportunamente.

Generalmente el juez señala a los peritos un término para rendir el dictamen, en nuestro país la designación judicial del perito contendrá el plazo otorgado a éste para la realización del correspondiente dictamen, plazo que deberá finalizar cuando menos diez días antes de la celebración de la audiencia probatoria. (arts. 381 y 386 CPCM).

Nuestro CPCM sin embargo no nos habla del caso de renuncia o de demora en presentar el dictamen, sin embargo autores como Echandia, De Santo y Lessona, señalan que en caso que el perito renuncie sin justa causa, el juez debe reemplazarlo de oficio y nombrar a otro en su lugar, imponiéndole los gastos ocasionados por las diligencias frustradas y los daños y perjuicios que las partes acrediten si mediare reclamo en tal sentido. Y si el perito presenta su dictamen fuera del plazo fijado por el juez o la ley, esta circunstancia no invalida la pericia ni le resta eficacia, porque el perito no pierde su condición de tal (siempre y cuando el juez no lo reemplace) y porque así lo requiere la economía procesal y la lógica.

3.3.12. Debe Haberse dado Traslado del Dictamen a las Partes.

¹⁵³ *Ibidem.* Pág.342.

Este requisito tiene que ver con el derecho de defensa que poseen las partes, y además es necesario para que la prueba quede controvertida, porque no se trata meramente de ilustrar al juez respecto de las reglas técnicas de la experiencia, para la apreciación de los hechos probados por otros medios o para la mejor valoración de otras pruebas, en cuyo caso no sería menester otorgar a las partes la oportunidad de discutir el dictamen.

Se relaciona este requisito con el cumplimiento de los principios generales de la publicidad (art. 9 CPCM), la contradicción de la prueba (art. 4 CPCM) y la prohibición para el juez de emplear su conocimiento privado sobre los hechos (art. 14 CPCM).

Si el traslado no se da, el dictamen carecerá de valor probatorio.

En este sentido, dice Devis Echandia¹⁵⁴ *“que el dictamen practicado a espaldas de las partes o que se conserve secreto o que sea conocido solamente del juez antes de la sentencia o de la resolución del incidente dentro del cual sirve de prueba, carece totalmente de valor probatorio porque viola el derecho constitucional de defensa de la parte que resulte perjudicada.”*

El amparo del derecho de defensa se vincula con la debida ordenación de la prueba o citación de las partes, de tal forma que tengan oportuno conocimiento de que se va a practicar y de quienes son los peritos designados para que puedan exponer sus puntos de vista, solicitar que se tengan en cuenta otros hechos o las pruebas relacionadas con el objeto del dictamen, pedir que se extienda a otros puntos o que se contemplen determinados aspectos de los mismo, y formulen las recusaciones.

¹⁵⁴ **Devis Echandia**, *Teoría general...* cit., t. II, p. 345; citado por **DE SANTO, Victor**; *La Prueba Pericial... Op. Cit.* Pág. 88.

Se conecta, así mismo, con el requisito de citar a las partes para la iniciación de las operaciones de los peritos, si la ley lo exigiera.

Pero el incumplimiento de estas formalidades procesales acarrea la nulidad del peritaje y no solamente su ineficacia probatoria.

En este requisito examinamos también la necesidad de conceder a los litigantes la oportunidad de contradecir o discutir el dictamen ya rendido, antes de ser adoptado por el juez como prueba, para que puedan formular objeciones, pedir aclaraciones o adiciones y efectuar críticas a su motivación y a sus conclusiones, pero si no lo hace en la oportunidad que la ley le confiere, es inatendible la objeción posterior.

El peritaje hecho sin la intervención del eventual contradictor no puede valer como tal, sin que sea preciso que la parte cuya citación se omitió desarrolle una impugnación de las conclusiones periciales dentro del plazo fijado para pedir la nulidad, por ser evidente que se vio impedida de controlar, dicho acto.

Tampoco debe proceder la agregación de la pericia que no ha sido llevada a cabo sin el control de la contraparte, fuera del plazo probatorio y sin haberse observado las debidas formalidades legales.

3.3.13. El Dictamen debe Circunscribirse a los Puntos Planteados.

“Es indispensable que el dictamen se limite a los puntos que han sido planteados a los peritos y a las aclaraciones o adiciones que posteriormente se les sometan, comprendiendo en aquéllos y éstas las cuestiones que los peritos consideren como sus antecedentes, causas o fundamentos

necesarios. El dictamen sobre puntos distintos carece de eficacia probatoria.”¹⁵⁵

Sobre este requisito nuestro CPCM se pronuncia en sus Arts. 376 y 382, los cuales ya han sido abordados anteriormente.

El perito se excederá también en su mandato si se refiere a cuestiones de derecho, ya que estas se hallan fuera del objeto de esta prueba, debido a que como ya lo hemos mencionado las cuestiones de derecho y sus valoraciones corresponden únicamente a la función del juez.

Lo relativo a la extralimitación en el dictamen pericial puede resolverse al analizar la pericia en la sentencia.¹⁵⁶

Si el perito, en su dictamen, efectúa algunas apreciaciones que exceden en realidad su cometido para invadir lo que sería propio de la función judicial, no por esa sola circunstancia ha de restársele valor probatorio en los aspectos a los cuales se circunscribe su opinión técnica, máxime cuando las consideraciones en que se asienta son claras, precisas y concordantes.

Cabe tachar la opinión del perito cuando se ha excedido en su cometido, por ejemplo, si emite juicios de valor con relación a la conducta de las partes, es decir, si fue correcta, negligente, culposa o dolosa, pues ella queda reservada exclusivamente a la ecuanime apreciación del juez.

¹⁵⁵ ECHANDÍA, Hernando Devis; *Teoría General de la Prueba Judicial*. Óp. Cit. Pág.345.

¹⁵⁶ “...Al respecto, tanto la jurisprudencia como la doctrina han sostenido que para que la peritación tenga validez es indispensable que el dictamen se limite a los puntos que han sido planteados a los peritos, de tal suerte que el dictamen sobre puntos distintos carece de eficacia probatoria. (...) De lo expuesto se concluye, que la prueba pericial aportada al proceso carece de eficacia probatoria por cuanto se baso en el análisis de hechos no sometidos a su conocimiento”: Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, de 8 de febrero de 2008, dictada a las 11 HH. (ref. Ca. 44-C-2006).

3.3.14. El Hecho no debe Ser Jurídicamente Imposible, por Existir Presunción “*Iuris Et De Iure*” o Cosa Juzgada en Contrario.

En ambos casos, (tanto en las presunciones de derecho como en la cosa juzgada) “*el juez no puede poner el hecho como fundamento de su decisión, aunque esté convencido de que existe, en virtud del dictamen.*”¹⁵⁷

Si dado el caso se practica la prueba pericial y el perito realiza el dictamen pericial pero se da la situación de existir una presunción *Iuris Et De Iure*, la cual no permite prueba en contrario, ese dictamen carecerá de eficacia probatoria a la luz de existir esa presunción y el juez tendrá que dejarlo de lado. Y esto no solo ocurre con la prueba pericial sino con cualquier otro tipo de prueba, debido a que este tipo de presunción no admite prueba alguna en contrario por estar plasmadas en la misma ley. Del mismo modo el dictamen pericial carecerá de eficacia probatoria si dentro de un proceso uno de los hechos a probar ya ha sido ventilado en otro proceso judicial con anterioridad, del cual ya existe una sentencia con calidad de cosa juzgada, lo cual impediría al juez conocer sobre ese hecho debido a la prohibición de doble juzgamiento (*ne bis in idem*, art. 11 Cn.), pero si dado el caso el juez pasa de largo esa situación debido a que ninguna de las partes le advirtió que ya existía cosa juzgada respecto de ese hecho y admite la prueba pericial, o cualquier otra prueba, y el perito le entrega el dictamen pericial y una de las partes le advierte que existe cosa juzgada respecto de ese hecho que se pretende probar por medio de la prueba pericial, el juez desestimara el dictamen aunque este realizado correctamente, debido a que

¹⁵⁷ ECHANDÍA, Hernando Devis; *Teoría General de la Prueba Judicial*. Óp. Cit. Pág.346.

carece de eficacia probatoria por existir cosa juzgada respecto del hecho que se pretende probar.

3.3.15. Los Peritos no deben Haber Violado la Reserva Legal o el Secreto Profesional que Ampare los Documentos que Sirvieron De Sustento a su Dictamen.

“La prueba que infringe el secreto profesional o la reserva legal, es ilícita.”¹⁵⁸

Nuestro CPCM establece en su Art. 374 que *“Cualquier prueba obtenida en violación a la exención del deber de guardad secreto profesional será excluida del proceso y carecerá, en todo caso, de valor probatorio.”*

Esto se encuentra relacionado con la dispensa del deber de declarar que actúa en ambas direcciones, es decir, no solamente incumbe al profesional que por razón de su cargo u oficio ha tenido conocimiento de los hechos, sino que alcanza al cliente o paciente que ha contratado sus servicios (o los ha recibido del Estado: seguridad social, etc.) y que, en esa relación personal, haya podido gracias a ello obtener información sobre aquél.

Se podría dar el caso que para la realización de la pericia, el perito designado conozca de antemano a una de las partes debido a que estas ya han contratado anteriormente sus servicios profesionales, y aunado a esto ninguna de las partes lo recuse, por lo tanto sabe ciertas cosas sobre una de las partes, si el perito fuera un contador público o un auditor y este revela en su dictamen información que se produjo en aquella relación cliente contador

¹⁵⁸ **DE SANTO, Victor**; *La Prueba Pericial... Op. Cit.* Pág. 92.

público o auditor que existió con anterioridad al litigio, esa información o documentación que sirve para fundamentar su dictamen violenta el secreto profesional, ya que según el art. 372 inciso 2 CPCM, “...*Esta información podrá ser divulgada por mandato de ley o por orden judicial*”, solo si se dan uno de los dos supuestos anteriores el contador público o auditor podrá divulgar información sobre su cliente. Lo mismo se aplicaría al caso en que el perito simplemente base su dictamen en la comunicación que un contador público o auditor tuvo con su cliente, sin que exista previo mandato de ley o orden judicial que lo faculte para poder tener acceso a esa comunicación.

CAPÍTULO CUATRO

PRÁCTICA DE LA PRUEBA PERICIAL JUDICIAL

Sumario.- 4.1.Práctica de la Prueba Pericial Judicial 4.2. Sujetos del Peritaje 4.2.1. Régimen legal. 4.2.2. Asistencia de las Partes. 4.2.3. Asistencia de los consultores técnicos. 4.2.4 Forma de practicar la diligencia. 4.2.5. Consultas con otros especialistas. 4.2.6. Facultades de los peritos. 4.3. Ofrecimiento. 4.3.1. Objeto y numero de peritos.4.3.2.Titulación de los Peritos. 4.3.3. Nombramiento de perito. 4.3.4. Aceptación del cargo.4.3.5. Práctica de la prueba. 4.4. Recepción. 4.4.1. Cuestiones fundamentales. 4.4.2. Ámbito de validez de los principios referentes al experto. 4.4.3. La singularidad de la actividad pericial. 4.4.4. Creación de condiciones de trabajo favorables. 4.4.5. Modo de preguntar. 4.5. Valoración. 4.5.1. La valoración Judicial del dictamen en la doctrina. 4.5.2. Valoración Práctica de la Prueba Pericial Judicial.4.5.3. Reglas de la sana crítica. 4.6. Recusación del Perito. 4.6.1. Motivos de abstención y recusación. 4.6.2. Impugnaciones, Observaciones y pedido de explicaciones 4.6.3. Procedimiento aplicable. 4.6.4. Efectos de la decisión del incidente. 4.7. Dictamen Pericial y Puntos de la Pericia. 4.7.1. Designación de los peritos y de los puntos de pericia. 4.7.2. Emisión del dictamen.

4.1. Práctica de la Prueba Pericial Judicial.

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico existe libertad probatoria y de acuerdo a ello es que existen, los medios de prueba para fundar las verdaderas circunstancias de un hecho en un proceso judicial: en esta visión panorámica del sistema de prueba articulado en el Código Procesal Civil y Mercantil, es pertinente destacar los elementos más importantes que son claves y que han guiado al legislador en la regulación de los medios de prueba, en ese sentido, ha optado por mantener lo que se considera como medios probatorios reglados.

Dentro de los cuales tenemos, la prueba documental regulado a partir del artículo 331 al 343 CPCM y los medios de carácter personal, que comprende a su vez la declaración de parte, estipulado en el artículo 344 al 353, CPCM, asimismo la prueba de testigos contemplada en los artículos 354 al 374 CPCM y la de peritos a partir de los artículos 375 al 389.CPCM. Junto a ellos aparece también el reconocimiento judicial en los artículos 390 al 395. CPCM. Que representa una prueba un tanto híbrida o intermedia

entre lo real que lo constituye el acta de reconocimiento y lo personal, es decir, la versión que ofrece el juez al levantar el acta.

Es de mencionar que en el desarrollo de esta temática nos limitaremos única y exclusivamente a la práctica de Prueba Pericial Judicial, regulado a partir de los artículos 375 al 389 CPCM. en la cual analizaremos, aquellos aspectos prácticos más significativos sobre la Prueba Pericial de forma que se evidencie su particular aplicación en la práctica jurídica, poniendo de manifiesto que es diferente a la prueba testimonial ya que en ésta el testigo es llamado a testificar sobre hechos observados de forma personal o sobre aspectos razonables basados en sus percepciones sensoriales, *contrario sensu*, él Perito comprende una categoría completamente distinta a la del testigo, porque va mas allá de cualquier apreciación sobre los hechos o circunstancias sometidos al conocimiento del juez.

Porque el testimonio de un perito no se limita solamente a lo observado personalmente por él sino que se extiende a todas aquellas otras informaciones obtenidas, con los fines de prestar su testimonio en el Tribunal bajo ciertas circunstancias que puede ofrecer su posición que va más allá de sus impresiones sensoriales, ya que este puede opinar sobre causas o consecuencias de eventos, interpretar acciones de otras personas, llegar a conclusiones a base de circunstancias, comentar sobre la probabilidad de eventos y hasta podría exponer sus creencias u opiniones sobre aspectos no fácticos tales como culpa, daño, negligencia y otros.

Sin embargo la práctica jurídica en materia procesal civil y mercantil se va tornando cada vez más compleja y técnica, razón por la cual se tiene la necesidad de auxiliarse del conocimiento de los expertos para obtener respuestas y a ayuda; para resolver los diferentes casos prácticos que se ventilan en los Juzgados Civiles y Mercantiles.

Dado el amplio alcance que puede tener, el testimonio de un perito, existe en nuestro ordenamiento jurídico, ciertos procedimientos que rigen y delimitan el testimonio pericial, ya que esta tiene su momento procesal oportuno para ser presentada y valorada por el tribunal competente, antes de que el mismo sea admitido como prueba en el caso particular.

En ese sentido nuestro estudio comprende dos aspectos fundamentales: la materia objeto de peritaje, y las herramientas que el perito debe tener a su alcance y conocer la práctica prevaleciente, de tal forma que este pueda realizar su trabajo en óptimas condiciones con el fin de dar una explicación clara, específica y determinante sobre lo en comendado por el Tribunal.

4.2. Sujetos del Peritaje.

4.2.1. Régimen legal.

Se sostiene, que acontece frecuentemente, que la comprobación o la explicación de ciertos hechos controvertidos en el proceso, requieren conocimientos técnicos, científicos, artísticos o de alguna disciplina ajena al saber específicamente jurídico del juez. De allí la necesidad de que este último sea auxiliado, en la apreciación de esa clase de hechos, por personas que posean esos conocimientos especiales; la prueba pericial consiste, en la actividad que deben cumplir con la mencionada finalidad. Concordantemente con ese concepto doctrinario, el Artículo. 375 CPCM establece que será admisible la prueba pericial cuando *"la apreciación de algún hecho controvertido en el proceso requiere conocimientos científicos, artísticos o de alguna técnica especializada, las partes podrán proponer la práctica de prueba pericial"*.

Lo expuesto, significa que los peritos están llamados a informar al juez acerca de las consecuencias que, objetivamente, de acuerdo con su saber y experiencia técnica, deben extraerse de los hechos sometidos a su observación

La concurrencia de estos elementos mencionados por la norma transcrita, se constituyen como requisitos de validez de la pericia y está obligado a actuar con objetividad en la realización del dictamen pericial.

Asimismo *“El perito, en cuanto a los medios o métodos que utilice para efectuar las diligencias es absolutamente soberano, debiendo circunscribirse solamente a examinar las cuestiones que se le hubiesen sometido a su consideración¹⁵⁹”,* no obstante, *“si las partes solicitan que se les autorice a asistir a las diligencias, esta circunstancia debe ponerse en conocimiento del perito y en caso que este no cumpla con este presupuesto de hecho, no será motivo suficiente para que se constituya en una causal de nulidad¹⁶⁰”,* es decir, en caso que el perito descarte señalar el lugar, día y hora en que efectuara el examen, no incide en su dictamen pericial porque este es absolutamente soberano.

A hora bien, con respecto al número de peritos que deben efectuar estas diligencias, (tema que ya fue abordado en el desarrollo de este trabajo en apartados precedentes) nuestro CPCM en su artículo 384, establece que, un solo perito será el encargado de dictaminar sobre los puntos de pericia propuestos por las partes y fijados por el juez, sin embargo, el legislador hace la salvedad en el sentido de que las partes de común acuerdo pueden optar por designar a más de uno y de esta forma obtener un mejor dictamen pericial.

¹⁵⁹ PALACIO, Manual...cit. t. I, p. 560; Raffo, Prueba de peritos... cit., p. 235.

¹⁶⁰ DE SANTO, Victor; La Prueba Pericial... Op. Cit. Pág. Pág. 166.

Demás está decir que si se trata de un *“peritaje médico, por su naturaleza las partes, como regla general, deben quedar excluidas del reconocimiento respectivo, porque en muchas ocasiones las pericias son complejas, por lo que nada obstaría a que el perito con carácter excepcional, se haga patrocinar por abogado, quedando a su cargo los honorarios respectivos”*¹⁶¹.

Esta última circunstancia se justifica porque el experto, atento a su carácter de auxiliar del tribunal, debe poseer los conocimientos suficientes para desempeñar la función específica encomendada, así como también en el hecho de que el asesoramiento es en su propio interés”.

Sin embargo Fenochietto y Arazi¹⁶², señalan que *“las partes podrán hacer al perito las observaciones que consideren pertinentes, colaborando en el suministro de material, datos, planos y demás elementos para redactar el dictamen, pero lo que no pueden hacer es deliberar con él ni discutir aspectos técnicos relativos a su pericia, sin perjuicio de la facultad de solicitar explicaciones sobre este aspecto o impugnar las conclusiones”.*

4.2.2. Asistencia de las Partes.

Como ya sea mencionado en apartados precedentes, *“que el peritaje hecho sin la intervención del eventual contradictor no puede valer como tal, sin que sea preciso que la parte cuya citación se omitió desarrolle una impugnación de las conclusiones periciales dentro del plazo fijado para pedir la nulidad por ser evidente que se vio impedida de controlar, por sí o*

¹⁶¹ *Idem.* Pág. 166.

¹⁶² FENOCHIETTO, Código procesal... cit., t. II, pag. 511.

mediante consultor técnico que acompañe al perito¹⁶³, porque la no intervención de éste puede dar lugar a la violación de derechos y garantías fundamentales establecidos en nuestra Constitución.

Consecuentemente las partes están autorizadas a asistir a la realización de la pericia que se tengan que realizar a efecto de garantizar el fiel cumplimiento de sus derecho y garantías fundamentales (defensa, y debido proceso), salvo en la etapa de la deliberación, *sin embargo, para que se les cite deberán hacer saber en los autos y al perito su interés en presenciar la pericia.*

Si bien la ley procesal civil y mercantil no establece de forma taxativa autorizar a las partes a presenciar las operaciones preparatorias que realicen los peritos, lo deja a disposición de esta al referirse que las partes podrán proponer el nombramiento de un perito judicial cuyo dictamen consideren necesario o adecuado para la mejor defensa de sus intereses. No obstante le incumbe a la parte demandada hacerle del conocimiento al perito, su interés en asistir a ellas (diligencias), para su oportuna citación.

La omisión del perito de hacer saber el momento en que concurrirá a practicar la labor pericial, no invalida su dictamen, cuando la parte contraria con anterioridad no hubiese manifestado su intención de concurrir al acto, ni designado consultor técnico.

Frente a la omisión del experto de informar día y hora que se llevara a cabo la pericia, esto, no es motivo suficiente para considerar lesionada las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso, siempre que el interesado no haya manifestó su intención de participar en la producción de la prueba impugnada, ya que ha tenido la oportunidad de

¹⁶³ **DE SANTO, Victor**; *La Prueba Pericial... Op. Cit.* Pág. Pág. 168.

hacer valer sus derechos al contestar el traslado de las conclusiones del perito. En consecuencia la omisión apuntada no configura un perjuicio que justifique la declaración de nulidad, especialmente considerando que su valoración es de carácter restrictivo y los interesados pueden producir en el transcurso del proceso las pruebas pertinentes¹⁶⁴.

4.2.3. Asistencia de los consultores técnicos.

La labor del consultor técnico está íntimamente relacionada con la pericia a practicar en el expediente; de allí que pueda presenciar las operaciones técnicas que se realicen y formular las observaciones que estime conveniente, pero no puede intervenir en la elaboración del dictamen pericial propiamente dicho, es decir que las partes pueden auxiliarse de un consultor técnico con el propósito de verificar los puntos sobre los cuales se ha ordenado practicar el peritaje, no obstante que esto es únicamente para efectos de confrontar la veracidad de la información consignada en el dictamen pericial.

“Este tipo de observaciones y control a la labor técnica efectuada, debe ser formulado de cuerpo presente y en el acto de efectivizarse la pericia, para lo cual puede elaborarse simple acta; como pauta, la falta de intervención en el momento de la pericia de los delegados técnicos que impida al perito escuchar las observaciones que creyeron necesarias, es motivo de nulidad de la misma por cuanto ello concierne a la defensa en juicio¹⁶⁵”

¹⁶⁴ *Ibidem*. Pág. 170.

¹⁶⁵ *Ibidem*. Pág. 171.

La circunstancia de que la pericia no presente vicios de carácter formal es decir, que reúne todos los requisitos que exige la ley, en nada se opone a que se decrete su nulidad cuando el procedimiento para llegar a ella se encuentre viciado. Así, cabe considerar que la falta de denuncia de la fecha de realización de los actos preparatorios del dictamen, impidió a los consultores técnicos que habían mostrado su interés en concurrir a la realización de las diligencias, sea esta una causa para considerar que en la pericia existe defecto alguno que dé lugar a la impugnación, es decir que en este caso la pericia no aparece defectuosa, pero si la secuencia de actos procesales para llegar a la elaboración del dictamen pericial.

En la práctica, el Código Procesal Civil y Mercantil establece que una vez asignado el perito, este deberá manifestar en su dictamen la promesa o juramento de decir verdad, así como el hecho de que ha actuado y actuará con objetividad, por lo tanto el legislador a tomado a bien confiar plenamente en la imparcialidad y objetividad de la actuación del perito, no obstante que si el referido dictamen no cumple con este requisito es procedente la impugnación de éste, con el fin de garantizar la objetividad.

4.2.4. Forma de practicar la diligencia.

Respecto a este apartado se deben hacer las siguientes consideraciones: en primer lugar *“él perito debe valerse de los elementos que obren en el proceso y de las propias comprobaciones y lucubraciones científicas, cuando su cometido se ciñe a puntos de peritación que no admiten extensiones documentales”*.

En segundo lugar, *“la tarea del experto no debe apoyarse y seguirse al pie de la letra, como si fueran irrefragables las noticias que le suministren*

las partes o terceras personas, físicas o jurídicas, cuyos datos respectivos adquieren relevancia procesal por vía de las pruebas confesorias, testifical o informativa, merítadas por el órgano judicial aplicando las normas que gobiernan cada uno de esos medios probatorios”¹⁶⁶.

4.2.5. Consultas con otros Especialistas.

El perito puede dar asesoramiento o ilustración de dictámenes complementarios de otros especialistas.

Sin embargo la circunstancia de que se hubieran utilizados servicios de otro experto para la realización de trabajos necesarios para efectuar su examen y producir su dictamen, no resta eficacia ni valor a su informe ni autoriza la suposición con que se pretenda desmerecerlo.

No obstante que los peritos deben tomar conocimiento directo y personal sobre los hechos que han de informar a los jueces, y si necesitan ser ilustrados por especialistas en ramas auxiliares de la misma ciencia, arte o de alguna técnica especializada deben procurar serlo de quienes le merezcan su más absoluta confianza, porque estos deben basar su informe sobre los elementos de apoyo que requieran ya que la responsabilidad es siempre suya.

Es importante advertir que la consulta con otros especialistas es frecuente y razonable, es decir la contratación de terceros por los peritos designados en autos, puesto, que muchos de los aspectos que deben examinarse requieren no solo la idoneidad, sino que también se requiere la aplicación o empleo de instrumentos de precisión escasos, cuyo uso está

¹⁶⁶ *Ibidem*. Pág. 171

subordinado al pago de un precio, o a la colaboración de numeroso o calificado personal, o de grúas, o solicitar análisis químicos industriales que contribuyen a fundamentar la peritación encomendada, sin sustituirla.

Sobre este punto *De Santos, Víctor*¹⁶⁷, “sostiene que una cosa es que el perito, con el control de la parte, efectuó exámenes radiográficos y análisis y otra que simplemente adhiera a la opinión de un especialista no nombrado judicialmente, tampoco propuesto y menos vigilado en el contradictorio. Ninguna forma de la correspondiente sección del Código Procesal lo admite. Si bien una vieja jurisprudencia permite al perito recurrir al asesoramiento o ilustración de dictámenes complementarios, la pericia producida debe ser descartada cuando se sustituya la labor de aquél por una certificación de otro especialista sin desarrollo científico apropiado”.

4.2.6. Facultades de los peritos.

Al respecto se dice que “es función de los peritos solicitar las medidas conducentes al logro total de su cometido, máxime teniendo en cuenta que están, en cierta manera, encargado de un servicio público al desempeñar un mandato judicial¹⁶⁸”.

Consecuentemente estos pueden realizar cualquier tipo de requerimiento de documentos en poder de las partes, así también intimarse, a solicitud de los peritos, a cualquiera de las partes a que agreguen documentos vinculados y necesarios para el fiel cumplimiento del dictamen pericial, que obren en su poder, aunque importe infracción al principio *nemo*

¹⁶⁷ *Ibidem*. Pág. 172.

¹⁶⁸ **MORENO y Colaboradores**, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, comentados y anotados, t. v, pág. 567.

tenetur edere contra se: “Nadie puede ser compelido a suministrar prueba en su contra”.

“En el supuesto, que la negativa del requerido queda agotado el intento, la situación en que se halla el obligado a exhibir un documento constituye, según los casos un deber o una carga procesal, a lo que no puede ser compelido mediante compulsión personal; debido a la negativa del requerido ser examinada al hacer la valoración lógica de las pruebas, con el auxilio de la sana crítica y otras reglas de interpretación”¹⁶⁹.

4.3. Ofrecimiento.

4.3.1. Objeto y número de peritos.

“La prueba pericial se ofrece, precisando las cuestiones las que deben dictaminar los peritos”¹⁷⁰.

De los preceptos del Código Procesal Civil y Mercantil parece desprenderse que las partes pueden nombrar cada una un solo perito, pero *“doctrinariamente no hay razón alguna para negarles el derecho de nombrar varios peritos. El juez también puede hacerlo para tener un conocimiento más completo sobre los hechos litigiosos”¹⁷¹.*

“La parte a quien interese este medio de prueba propondrá con claridad y precisión el objeto sobre el cual deba caer el reconocimiento pericial. En el mismo escrito manifestará si han de ser uno o tres los peritos que se nombren.

¹⁶⁹ *Ídem*. Pág. 568.

¹⁷⁰ **PALLARES, Eduardo**; *Derecho Procesal Civil*. Quinta Edición Porrúa. México 1974. Pág. **398**.

¹⁷¹ *Ibidem*. Pág. 399

Dentro de los tres días siguientes al de la entrega de la copia del escrito proponiendo dichas pruebas, la parte o partes contrarias podrán exponer brevemente lo que estimen oportuno sobre su pertinencia o ampliación, en su caso, u otros extremos, y sobre si han de ser uno o tres los peritos”.

“El juez resolverá lo que juzgue procedente sobre la admisión de dichas pruebas. Si la estima pertinente, en la misma resolución designara lo que haya de ser objeto del reconocimiento pericial y si este ha de ser practicado por uno o tres peritos, sobre este último extremo accederá a lo que de común acuerdo hayan propuesto las partes, y en otro caso decidirá sin ulterior recurso lo que crea conveniente teniendo en consideración la importancia del reconocimiento”¹⁷².

4.3.2. Titulación de los peritos ¹⁷³.

Los peritos deberán tener título en la ciencia o arte a que pertenezca el punto sobre el que hayan de dar su dictamen, si su profesión se encuentra reglamentada por las leyes. Sin embargo, no existiendo o no habiendo peritos de aquella clase en el órgano judicial y si las partes no se conforman en designarlo de otro punto podrán ser nombradas cualquier persona entendida en la materia, aun cuando no tengan título Art. 383. CPCM.

4.3.3. Nombramiento de perito.

¹⁷² **NOSETE, José Almagro**; *Derecho Procesal Tomo I Proceso Civil Volumen Segundo: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial*. Pág. 140.

¹⁷³ *Ibidem*. Pág. 241.

El artículo 381 inciso segundo CPCM señala que *“El tribunal, si considera que la prueba es pertinente y útil, deberá proceder al nombramiento del perito en el plazo de tres días contados desde la conclusión del señalado para contestar la demanda, independientemente de cuál de las partes hubiera solicitado la pericia judicial”*.

“En la misma resolución que admita la prueba pericial, mandara el juez que comparezcan las partes o sus procuradores a su presencia en el día y hora que señale, dentro de los seis siguientes, para que se pongan de acuerdo en el nombramiento de perito o peritos. La parte que no comparezca se entenderá que se conforma con los designados por la contraria.

No obstante que cuando las partes no se pongan de acuerdo sobre el nombramiento del perito o peritos, el juez determinara en el mismo acto, los nombres de tres, por lo menos, por cada uno de los que hayan de ser elegidos y se tendrán por nombrados los que designe la suerte. Sino hubiere dicho número, quedara a elección del juez la designación de perito o peritos, cuyo nombramiento verificara dentro de los tres días al de la comparecencia”¹⁷⁴.

4.3.4. Aceptación del cargo.

Una vez elegido y considerado que es pertinente la realización de un peritaje para determinar ciertos hechos o circunstancias de un escenario jurídico con características particulares, el juez autorizará la prueba y se procederá a la designación del perito, para lo cual se oirá a la parte que lo ofrece o propone acerca de la especialización que a su criterio se requiere en el experto, además de señalar los términos de la pericia, ante lo que las

¹⁷⁴ *Ibidem*. Pág. 141.

demás partes podrán expresar sus opiniones. A la vista de todo ello el órgano judicial resolverá sobre ambos aspectos; (*especialización del perito y objeto concreto del informe*). Para su designación, conviene que el órgano judicial posea listados orientativos de los distintos colegios profesionales cuyos titulados pueden prestar el servicio, sin perjuicio eventualmente de acudir a otras fuentes de referencia tales como prensa especializada, entre otras. Y que implementen un sistema de elección lo más objetiva posible, por ejemplo a través de sorteo.

Es importante destacar en este punto, que una vez informado el contenido y finalidad de la pericia que se le encarga y siempre que acepte el cargo, el perito deberá hacer constar expresamente que *“prestará juramento o hará promesas de cumplir bien y fielmente el encargo”* artículo. 385 CPCM, lo mismo ocurre en la pericia extrajudicial, sólo que como ahí no existe control judicial en el nombramiento del experto, es este último quien queda obligado en su dictamen a incluir por escrito *“la promesa o juramento de decir verdad, así como el hecho de que ha actuado y actuará con objetividad”* artículo 375 inciso segundo CPCM.

El tribunal tiene la obligación de velar porque el dictamen pericial cumpla con este requisito y de no estar incluido este, el tribunal, deberá hacer la respectiva prevención a la parte proponente o directamente al perito para que subsane la omisión de ese comentario en el dictamen que se aporta, el cual puede darse por dos situaciones: primero porque el tribunal no hace la prevención pertinente y segundo porque el perito cuando aceptó el cargo no formuló la correspondiente promesa o juramento, este último caso por cierto admitiría una cierta corresponsabilidad del propio tribunal, que por descuido no le inquirió en ese momento para que además de aceptar el cargo formulara el compromiso.

Se trata en todo caso de una formalidad subsanable, que una vez puesta de manifiesto por alguna de las partes o de oficio en la designación judicial, por ser como decíamos de su corresponsabilidad, permitirá que el tribunal otorgue plazo perentorio a fin de que el perito comparezca y ya sea uno u otro tipo de pericia (extrajudicial o judicial), efectúe dicho trámite.

Si el perito, requerido por ello se niega a hacerlo, el dictamen carecerá de valor probatorio, puesto que es evidente la intencionalidad legal de configurar esta obligación del perito como un elemento de validez esencial del dictamen.

Una negativa injustificada del perito, es decir, lisa y llana a formularlo, ha de interpretarse como una voluntad tácita pero inequívoca del perito de desentenderse del deber de veracidad al que está sometido su trabajo. Y en esa medida, ya no será preciso acreditar con pruebas de revocación que el perito carece de la aptitud técnica exigida, o que es parcial. Él mismo habrá desvirtuado la eficacia total de su informe con esa negativa propia.

Cuando el informe se aporta con los escritos de alegaciones no hay ninguna proposición que hacer del perito, sino que ésta ya se comprende en la propia entrega del dictamen, sin perjuicio de los controles que podrán instarse después en la audiencia preparatoria, o si es proceso abreviado en la audiencia de prueba artículo 381 inciso tercero, CPCM para que se cite a la audiencia preparatoria a declarar al perito.

No debe olvidarse además que como resultado de hechos nuevos alegados por el demandado en su escrito de contestación, al oponer excepciones materiales, el artículo 289 CPCM, otorga derecho a la parte actora para que pueda consignar no sólo documental sino a través de informes periciales dirigidos a desvirtuar esas afirmaciones.

El mismo derecho le corresponde al actor cuando el demandado reconviene y se abre el plazo para contestar y presentar documentos e informes periciales de oposición a la reconvenición. En ambas situaciones el informe pericial sigue siendo de encargo unilateral de la parte, como el extrajudicial del actor, es decir sin control del juez.

Se deja hecha por supuesto la salvedad de una posible prueba anticipada, conforme a las reglas y requisitos de los artículos 326 y siguientes CPCM.

Fuera de los casos anteriores, ya hemos indicado en apartados precedentes que la ley permite también la designación por vía judicial: al respecto el artículo. 381 Inciso primero del CPCM establece un primer supuesto para ello y es cuando por razones de urgencia la parte respectiva no ha podido gestionar en condiciones normales su contratación y encargarle el informe, optando en su escrito de alegación inicial por pedir al juez que lo designe, especificando el objeto de la pericia.

El tribunal valorará si la prueba resulta pertinente y útil y si es así se procederá a su nombramiento en el plazo de tres días “*desde la conclusión del señalado para contestar la demanda, independientemente de cuál de las partes hubiera solicitado la pericia judicial*”. Regla que ha de afinarse en el proceso abreviado en relación con la audiencia de prueba, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo. 381, inciso último. CPCM.

Entendemos que, por estas, “*razones de urgencia*” pueden también incluirse la situación de quien por carecer de recursos económicos insuficientes para afrontar una contratación liberal del perito, conforme a las exigencias de aquellos a quienes se dirigió, deba optar por una designación judicial que traerá consigo la regulación de esos honorarios por arancel, lo que puede resultarle más equitativo.

Asimismo, procederá la designación judicial por mutuo acuerdo entre las partes, en los términos que establece el artículo 378 CPCM, que ya analizamos en el apartado primero relativo al objeto y número de peritos, la prueba se propondrá aquí hasta la audiencia preparatoria (proceso común) o en la vista oral del abreviado por aplicación del artículo 381 inciso último CPCM.

Aunque no lo mencione expresamente la ley, también debe proceder la designación judicial del dictamen cuando se trate de pedir prueba pericial de contraste, precisamente para desvirtuar el valor de algún informe aportado en las fases previas del proceso por la parte contraria. Dicho de otro modo, el derecho a defenderse de la prueba defectuosa o falsa, no pasa únicamente por interrogar al perito que ha redactado el dictamen discutido, sino también, si se prefiere, por aportar una pericia de signo contrario, cuya mayor solidez técnica y claridad expositiva resulte más convincente de cara a la futura sentencia.

4.3.5. Práctica de la prueba¹⁷⁵.

Como se ha venido señalando en el desarrollo de esta temática, las partes y sus defensores podrán concurrir al acto del reconocimiento pericial y hacer a los peritos las observaciones que se estimen pertinentes y oportunas. A este fin se señalará día y hora para dar inicio a la operación si alguna de las partes lo solicitare.

Es de mencionar que cuando, sean tres los peritos, estos practicarán unidos las diligencias.

¹⁷⁵ *Ibidem*. Pág. 141, 142.

Además los peritos después de haber conferenciado entre sí a solas, si fueren tres, darán su dictamen razonado, de palabra o por escrito, según la importancia del asunto. En el primer caso lo harán en forma de declaración, y en el segundo se ratificarán con juramento en presencia judicial, verificándolo en ambos casos acto continuo del reconocimiento, y si esto no fuere posible, en el día y hora que el Juez señale.

Las partes y sus defensores podrán solicitar en el acto de la declaración o ratificación que el Juez exija del perito o peritos las explicaciones oportunas para el esclarecimiento de los hechos.

Cuando sean tres los peritos y estuvieren de acuerdo, darán o extenderán su dictamen en una sola declaración firmada por todos. Si estuvieren en discordia, se pondrán por separado tantas declaraciones o dictámenes escritos cuando sean los pareceres.

Es importante mencionar que no se repetirá el reconocimiento pericial aunque se alegue la insuficiencia del practicado o no haya resultado de acuerdo o dictamen de mayoría. Sin embargo, cuando el juez lo crea necesario podrá hacer uso de la facultad que le concede el artículo 7 inciso final CPCM y *acordar para mejor proveer* que se practique otro reconocimiento o se amplíe el anterior por los mismos peritos o por otros de su elección, con el fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio vertido en el dictamen pericial.

4.4. Recepción.

4.4.1. Cuestiones fundamentales¹⁷⁶.

¿Cuál es la misión del perito? ¿Será igual que la del testigo? al respecto se puede decir que, el perito tiene por misión aplicar sus conocimientos en el proceso y contribuir así al esclarecimiento de los hechos. Pero como ya se ha señalado con anterioridad que existen diferencias muy particulares entre estos, y en este apartado se establece que a diferencia del testigo, este no tiene que reproducir observaciones concretas del suceso que se busca reconstruir. Porque el dictaminador es llamado por su pericia, es decir, para poner a disposición sus conocimientos especializados.

En particular, su tarea consiste ante todo en proporcionar al juez, reglas de experiencia que él no conoce o no es especialista y que por lo tanto ignora ciertas circunstancias. Tiene también que dar directrices para la aplicación de esos conocimientos al caso concreto.

4.4.2. Ámbito de validez de los principios referentes al experto.

Es preciso mencionar que sobre este apartado existen reglas especiales que aquí analizaremos las cuales incumbían exclusivamente al juez, pues este era el único que estaba en condiciones de escuchar a un perito; sin embargo actualmente, esas reglas pueden servirle igualmente al fiscal, quien recurre hoy, más que antes, a un perito, en un proceso penal, para saber con mayor certeza si cabe presentar acusación, pero si el fiscal no se hace cargo de las pesquisas desde un comienzo, también la policía se

¹⁷⁶ **DOHRING, Erich**; *la prueba su práctica y apreciación: ediciones jurídicas Europa América*. Buenos Aires. Pág. 244, 245.

ve no pocas veces necesitada de consultar a un perito para aclarar una situación en particular. Un ejemplo de esto sería: en caso de una explosión, de accidente de trabajo graves, de delitos de tránsito complicados etc.

Sin duda que este medio de prueba es uno de los más importantes, sobre todo cuando va adquiriendo la actividad pericial nuevos cambios por los adelantos experimentados en las últimas décadas de la ciencia y la tecnología, y en consecuencia se vuelve más necesario que las autoridades judiciales encargadas de valorar los dictámenes emitidos por especialistas, tengan las herramientas necesarias para el buen desempeño de su labor de impartir justicia, aunque en la práctica estos únicamente se ocupan de las cuestiones básicas que en esa labor se van presentando.

4.4.3. La singularidad de la actividad pericial.

Como sea señalado en el apartado relativo a las diferencias que existe de éste medio de prueba con otros, haciendo énfasis específicamente con la prueba testimonial ya que en ésta, el dictaminador no ha observado, como lo ha hecho el testigo el cual es llamado a declarar, sobre lo que él ha presenciado es decir, antes de que inicie el proceso y de una manera más o menos ocasional; por el contrario, lo normal es que capte y elabore esos hechos con atención concentrada durante el peritaje, con vista al dictamen que debe presentar, todo esto es hasta cierto punto, las condiciones de las cuales este debe tener, en razón a su instrucción especializada que ha gozado, por los exámenes que ha tenido que rendir y por su experiencia profesional, sus tomas de posición tienen por lo común un nivel notable.

De lo anterior se deriva su peculiar posición en el proceso y la actitud que guardan hacia el juez.

Estas particularidades hacen que el receptor del dictamen pericial lo considere como un colaborador, más que el testigo, aunque este también hace, a su manera, una contribución importante al averiguamiento y esclarecimiento. Esta es la razón principal -justificada, por lo demás- de la nueva teoría que ve en el perito ante todo un auxiliar del juez.

4.4.4. Creación de condiciones de trabajo favorables.

Cuando un dictaminador trabaja con frecuencia para el tribunal y conoce las exigencias de su trabajo, no cuesta mucho obtener de él una colaboración valiosa para clarificar el asunto objeto de la pericia, en cambio en los expertos no habituados a emitir dictámenes, puede exigir esfuerzos considerables, y es por la sencilla razón que el perito se encuentra en el proceso en una situación totalmente distinta, que en su normal y cotidiana actividad profesional. Por ejemplos, el médico no tiene que vérselas con un paciente que espera que lo cure. Ni el contador con una empresa comercial.

Por lo tanto en el proceso, el perito tiene que dar a conocer su posición respecto de determinadas cuestiones que son importantes desde el punto de vista del esclarecimiento, y no solo esto, sí no que tendrá que ocuparse de la crítica que eventualmente hagan a su concepción los partícipes del Proceso Civil y Mercantil, esto significa que el perito deberá cambiar su modo de encarar las cosas en cambio él experto no habituado al tratar con los tribunales deberá facilitársele, en cuanto sea posible, ese cambio.

Cabe destacar que el litigante debe tener plena libertad para hacer reparos objetivos, aunque estos no sean del agrado del perito. No obstante que es menester evitar que el perito se vea empujado, sin que exista una

verdadera necesidad, a una situación similar a la de un acusado, ya que esto podría tener como consecuencia que se cierre desde un principio a las objeciones fundadas y sostenga porfiadamente la opinión que había expuesto.

Sin embargo es de hacer notar que cuando un perito esté siendo acorralado, lo justo es que se le allane la vía para corregir lo expuesto. Muchas veces, le costara apartarse de la posición que había sostenido cuando la ocasión sea propicia, el receptor del dictamen podrá hacerle fácil una enmienda a su opinión; por ejemplo señalándole que han surgido nuevos elementos facticos, hasta entonces desconocidos, que podrían cambiar el cuadro, y que por lo tanto, es necesario revisar el dictamen anterior.

El receptor puede hasta tener la obligación de cuidar, de esta manera o de otra, que él perito conserve su agilidad y no se sienta atado, por razones de prestigio, a la concepción que ha manifestado. De lo contrario puede ocurrir fácilmente que el dictaminador, en el comprensible afán de hacer prevalecer su opinión se aferre a una tesis que es inexacta, al menos como él la ha formulado.

4.4.5. Modo de preguntar.

Este punto es muy importante ya que “al formular las preguntas, no es menos importantes en el caso del perito que en el del testigo; el receptor del dictamen tiene que poner de manifiesto, sin renunciar en absoluto a formarse un juicio propio, que, en principio, está dispuesto dejarse a aleccionar por el dictaminador, por ser éste más experimentado en la especialidad.

El perito ha de tener la oportunidad de contestar en forma continuada a las preguntas que se le formulan. Ni siquiera en el derecho anglosajón,

*donde el perito es considerado testigo y es sometido como éste, al interrogatorio cruzado, se le exige que dé, como el testigo, respuestas breves y tajantes*¹⁷⁷, según el tópic que se discute se le permite, muchas veces dar o ampliar explicaciones.

De allí la importancia de que, cuando haya duda de que una pregunta pueda recibir una respuesta científicamente sostenible, se hará bien en evitarla. Si a pesar de eso, se le creyere necesaria, deberá formularse con la correspondiente salvedad y si el perito insiste que cierta pregunta no puede contestarse por la forma en que fue planteada, habrá que reformular la pregunta o simplemente darle otra forma, siempre que la objeción resulte convincente.

Es importante resaltar que la prueba testifical es una prueba personal con la que se pretende obtener información pertinente y útil sobre los hechos controvertidos, de sujetos que son terceros ajenos a la contienda, lo mismo sucede con la prueba pericial, sin embargo, lo que determina a la primera es la posibilidad de que una persona haya podido presenciar y percibir los hechos por su sentidos, y que además, que esa persona no tenga el carácter de parte o de representante de ésta, en los términos que establecen los art. 346 y 347 CPCM.

Por lo tanto, lo que se quiere del testigo es únicamente, su versión de los hechos, es decir una declaración que puede resultar representativa de los hechos controvertidos situación que está regulada en el artículo 354 CPCM. De la citada disposición se advierte que no se pide del testigo juicio de valor, ni hipótesis, ni siquiera máximas de la experiencia especializada, debido a que estos elementos son de uso exclusivo en la prueba pericial.

¹⁷⁷ *Ibidem*. Pág. 247, 248.

Además, es importante mencionar que el Código no exige en ningún momento que el perito que suscribe un informe pericial, extrajudicial deba comparecer en juicio para ratificarlo, por lo que se da por sentado que constando su identidad y su firma, resulta esto suficiente para otorgarle validez legal, tampoco se precisa la ratificación de los peritos de designación judicial, quienes aceptado el cargo llevaran a cabo la actividad necesaria, redactará el informe y posteriormente lo entregara al órgano judicial y a las partes.

Por tanto el interrogatorio judicial del perito únicamente se produce cuando, a resulta de la lectura del informe ya obrante en autos (sea judicial o extrajudicial), alguna de la partes actuantes, sea la proponente de la prueba, o cualquier otra, considere pertinente y útil que se cite al experto para que rinda cuenta de determinados extremos contenidos en él; con fines aclaratorios ante la posible densidad técnica del lenguaje utilizado; para que amplíe las explicaciones en torno a uno de los puntos que desarrolla en el, o incluso para que desentrañe la real o aparente incoherencia o contradicción entre distintos apartados del informe.

A esto se refiere el artículo 387 CPCM al señalar que si se solicita la práctica de dicho interrogatorio, se proveerá a ello citándole para que acuda al acto de la audiencia probatoria, lo cual presupone para ello, que el dictamen llegue con la suficiente antelación a manos de las parte. De no ser así podría ser necesario posponer la audiencia para una fecha posterior. Efectuando la citación y compareciendo el perito, se iniciara el interrogatorio empezando por la parte proponente, salvo que esta nada tenga que preguntar, sin embargo las partes podrán pedir que el perito exponga el dictamen, lo aclare, ilustre, responda a preguntas concretas sobre el método seguido premisas, conclusiones y todos aquellos extremos que puedan

contribuir a aclarar y comprender mejor su opinión vertida en el informe pericial.

4.5. Valoración.

4.5.1. La valoración Judicial del dictamen en la doctrina¹⁷⁸.

Los ordenamientos procesales, igual que los demás medios de prueba, determinan el mérito probatorio del dictamen de los expertos de una doble forma: primero, condicionándolo a una tarifa legal en la cual se establece que el dictamen uniforme de dos peritos (o del perito único, en su caso) hace plena prueba; y segundo, al momento de otorgarle al juez libertad para valorarlo conforme a las reglas de la sana crítica.

Entre los códigos que en las últimas décadas han modernizado sus institutos procesales y en particular reconociéndole al juez la libertad de crítica, además de los de nuestro país, tenemos los CPP Italiano, alemán, Austriaco, Ruso, Brasileño, Colombiano, y la gran mayoría de los de procedimiento que se realizan en materia penal.

Esta libertad de crítica, preconizada por la doctrina contemporánea, es indispensable para que el perito no usurpe la función jurisdiccional del juez y para qué este pueda controlar debidamente si el dictamen pericial cumple con los requisitos para su existencia, validez y eficacia probatoria.

En ese sentido hay autores que sostienen que la libre valoración, por parte del juez, sobre la prueba en general, indiscutiblemente, la reclaman para el peritaje; y los que consideran que no se trata de un verdadero medio probatorio, sino de un acto auxiliar para ilustrar al juez en materias técnicas,

¹⁷⁸ **ECHANDÍA, Hernando Devis;** *Teoría General... Cit., II, P.351.* Citado por **DE SANTO, Victor;** *La Prueba Pericial... Op. Cit.* Pág. 335.

artísticas o científicas, con mayor razón consideran que las conclusiones del dictamen nunca vinculan al juzgador.

Sin embargo, existen algunas legislaciones que aun conservan el anticuado sistema de la tarifa legal y demandan, que el dictamen este debidamente fundado y que éste se rinda con las formalidades procesales.

Es preciso referirnos que si bien es cierto que la tarifa legal le reconoce el mérito de plena prueba, al dictamen pericial situación que no inhibe al juez a realizar críticas al contenido de dicho informe pericial, hasta el punto de excluirlo si así lo estima conveniente.

Al respecto Rosemberg¹⁷⁹ *“explica que, conforme a la ordenanza alemana, el juez tiene libertad de apreciación y que no está obligado a aceptar el dictamen, y que está siempre en condiciones de examinar las conclusiones lógicas y la fuerza de convicción que contenga, de comprobar si el perito ha tenido como base de sus conclusiones fundamentos que mantuvo en secreto, pues en el último caso debe rechazarlo”*.

*Schoke*¹⁸⁰ también señala que en Alemania el juez civil es libre en la apreciación del dictamen y que este puede rechazar el dictamen que carezca de fundamento.

Sin embargo este autor cita jurisprudencia en la cual autoriza al juez para disentir de un informe pericial medico. No obstante que igual libertad existe en los procesos penales y civil alemán contemporáneo.

¹⁷⁹ **ROSEMBERG**, *tratado de derecho procesal civil*, t. II, n° 120, p. 269. Citado por **DE SANTOS, Víctor**; *La Prueba Pericial... Op. Cit.* Pág. 336.

¹⁸⁰ **SCHONKE**; *Derecho Procesal Civil*, n° 66, pág. 235, 236. Citado por **DE SANTOS, Víctor**; *la prueba pericial... Op. Cit.* Pág. 336.

Así también Lessona¹⁸¹, “dice que el antiguo art. 270 del CPC otorgaba esa libertad en forma total; y expresa que el principio de la libertad de valoración de este medio de prueba fue consagrado en leyes antiguas italianas y que en el CPC pontificio de 1817, lo mismo que en los códigos de Francia, España, Austria de 1895, Alemania, Ginebra de 1891, Suiza para la justicia federal y que impera en el derecho inglés: advierte que la doctrina italiana ha estado conforme con ese principio.

Este autor afirma la existencia de varias situaciones, primero sostiene que él juez puede separarse de la opinión de los peritos, aun siendo unánime, segundo que a mayor abundamiento, puede preferir la opinión de la minoría, tercero estas dos reglas se aplican no solo al caso de los peritos nombrados por las partes, sino que también los nombrados por el juez, cuarto el juez en vista de dos pericias judiciales, ordenada la segunda en revisión de la primera, no puede fallar con arreglo a esta, quinto el juez no puede remitirse íntegramente y en prevención a los peritos, sexta el juez no puede aceptar en parte, y rechazar en parte, la opinión pericial y séptimo que el juez puede confrontar totalmente su convicción con el parecer de los peritos; pero en todo caso debe indicar los motivos y fundamentos de su decisión, sin que esté obligado a probar el error de los peritos, como algunos autores lo han sostenido, pues basta la normal motivación de la sentencia.

Al respecto Lessona¹⁸² “estudia el valor probatorio de la enunciación que en el dictamen se haga de los hechos ejecutados en presencia del perito o de la verificación de hechos por los peritos, y concluye por separarse de la doctrina que le atribuye el carácter de atestaciones hechas por oficiales públicos, con valor de plena prueba en tanto no se demuestre su falsedad”.

¹⁸¹ LESSONA, Carlo;... Op. Cit. Pág. 409 a la 418. Citado por DE SANTOS, Víctor; la prueba pericial... Op. Cit. Pág. 336.

¹⁸² *Ibidem*. Pág. 337.

La doctrina y la jurisprudencia francesa han establecido una diferencia que aun tiene aplicación práctica, con forme lo señala Bonnier y Sicard¹⁸³ 1). *“Las constancias que los peritos dejan en su dictamen acerca de que estuvieron en cierto lugar, de quienes asistieron a la diligencia y similares, son consideradas como certificaciones o actas con carácter temporal y se les otorga credibilidad mientras no sea atacado de falsedad el dictamen; 2). La opinión de los peritos sobre los puntos litigiosos se considera como el verdadero dictamen y está sometido a la libre crítica del juez, según el mencionado texto que expresa; los jueces no están obligados a seguir el dictamen de los peritos, si tienen convencimiento en contrario”.*

Asimismo, Devis Echandía¹⁸⁴ aclara; *“que naturalmente, el rechazo por el juez; el dictamen hecho por los peritos, debe basarse en razones serias, en un análisis crítico tanto de los fundamentos como de las conclusiones que lo llevan al convencimiento de que carece de los requisitos desarrollados anteriormente. Pero si, por el contrario, el juez considera que si los fundamentos y las conclusiones del dictamen reúnen todos los requisitos de lógica, de técnica, de ciencia, que para el caso puedan exigirse, por lo cual queda convencido de la certeza de esas conclusiones, no puede rechazarlas sin incurrir en arbitrariedad”.*

Este autor en otra obra¹⁸⁵, con un criterio muy atinado, luego de advertir, *“el juez es libre para valorarlo mediante una sana crítica”*, expresa *“lo ideal es dejar la valoración del dictamen al criterio del juez, basados en sus conocimientos personales, en las normas generales de la experiencia, en*

¹⁸³ **BONNIER**; Tratado de las Pruebas, t. I, n° 119; **SICARD**. La Preuve en Justice, n° 547, p. 353. Citado por **DE SANTOS, Víctor**; la prueba pericial... *Op. Cit.* Pág. 337.

¹⁸⁴ **ECHANDÍA, Hernando Devis**; *Compendio de la prueba judicial, 1984, t. II, p. 233. citado por DE SANTOS, Víctor*; la prueba pericial... *Op. Cit.* Pág. 339.

¹⁸⁵ *Ibidem.* Pág. 338

análisis lógico y comparativo de los fundamentos y de las conclusiones del dictamen”.

4.5.2. Valoración Práctica de la Prueba Pericial Judicial.

En principio debemos advertir que sobre este punto conviene hacer un exhaustivo análisis partiendo de dos supuestos establecido por ley.

La primera es que expresamente determina el artículo 389 CPCM, que el informe pericial será valorado conforme a las reglas de la sana crítica, es decir, como venimos sosteniendo, valoración libre pero racional y motivada por la prueba presentada. Al respecto es importante tener siempre presente, porque en ningún caso la prueba pericial deviene vinculante o casada por el juzgador.

La prueba pericial se valorará o apreciara, como otras “según las reglas de la sana crítica” y remacha, el precepto, “sin estar obligados (los juzgadores) a sujetarse al dictamen de los peritos”. La prueba pericial es, pues, de libre valoración¹⁸⁶.

Sin embargo, se vuelve un poco fácil su comprensión en la medida que se presenten, en un proceso o caso práctico (y tal cosa será muy probable en temas que exijan conocimientos especializados) dos o más dictámenes, cada uno de una parte, discrepantes y hasta contradictorios entre sí, en esta disposición resulta obvio que todos ellos valen igual y lo que debe conducir a optar por uno u otro, o por seleccionar partes de ambos a la vez (lo cual es otra posibilidad frecuente), ha de ser la solidez exclusiva del dictamen, la

¹⁸⁶ DE LA OLIVA, ANDRES y FERNANDEZ MIGUEL ANGUEL; *Lecciones de derecho procesal*. Pág. 292.

seriedad de su exposición, la metodología empleada y la obtención de sus resultados.

La segunda debe valorarse sobre el punto de que, aunque no fuese así y obrase un único dictamen, tampoco será considerado como prueba tasada, porque este necesitará siempre que su contenido convenza al juez. Aunque es cierto que estamos hablando de máximas de la experiencia que este no posee y por tanto no se trata de pedirle al dictar sentencia que tenga algo de lo que hasta ese momento carecía (el saber especializado). Lo que importa es que el juez tiene la capacidad crítica para apreciar cuando un dictamen, por su contenido, resulta conveniente y cuando no, en eso radica su valoración, extrayendo la información útil para declarar los hechos probados.

“Cómo un dictamen, que aporta conocimientos de los que el juez probablemente carece, puede no ser atendido por él; la respuesta clásica consiste en atribuir a los jueces, no solo la posesión de una buena información jurídica, sino también una personalidad humana madura, con los debidos ingredientes de prudencia y sentido crítico, que permitan extraer de aportaciones ajenas lo que sirve para la propia función de juzgar¹⁸⁷ con prudencia y sentido crítico, ni se aceptara, sin más, simplemente, cualquier opinión, en todos sus extremos y aspectos, ni se despreciara insensatamente un dictamen bien fundado”.

Como venimos señalando a lo largo del tema, el juez o tribunal no puede despreciar la pericia extrajudicial por el mero hecho de serlo, tanto si es el único informe aportado, como si hubiera otros de designación judicial, todos los informes valen legalmente lo mismo. Por ello, el que prevalezca uno u otro dependerá (dejando al margen posibles recusaciones, o la

¹⁸⁷ **DE LA OLIVA, ANDRES** y **FERNANDEZ MIGUEL ANGUEL**; *Lecciones de derecho procesal...* Op. Cit. Pág. 292

invalidación del dictamen por incumplimiento de requisitos formales) de la credibilidad de su contenido, tal como lo hemos manifestado ya.

4.5.3. Reglas de la sana crítica¹⁸⁸

Ya hemos señalado que el peritaje no es vinculante para el juez, porque este debe apreciarlo de conformidad con las “reglas de la sana crítica”, significando ello lo siguiente:

1). La falta de impugnación por las partes a las conclusiones del dictamen, en el momento del traslado, no significa una tacita aceptación de su contenido, ni impide formular las observaciones que se estimen convenientes en una posterior oportunidad procesal, pues esta circunstancia no le da más fuerza de la que es propia del dictamen.

Esto denota que la opinión de los litigantes no puede prevalecer sobre la del experto, máxime cuando tales críticas no estén acreditadas en probanza idónea, no pudiendo desacreditar las conclusiones de aquel, por tratarse de materia que requiere conocimientos especiales ajenos a la experiencia de los juzgadores.

2). En la apreciación de la prueba debe tener el juez en cuenta otros factores que se suman a la prueba pericial, como las restantes circunstancias y elementos que ofrezca la causa, ello tanto para completar como para comparar el dictamen. Es decir que, aunque el dictamen pericial sea técnicamente correcto, no significa que es suficiente por si solo para fundar una decisión judicial, porque puede darse el caso que existan otros factores que escapen de la apreciación del experto.

¹⁸⁸ FALCON, Código Procesal... cit., t. III, p. 414. citado por DE SANTOS, Víctor; la prueba pericial... Op. Cit. Pág. 343.

Ya que si la pericia se basa en otros elementos no probados o el fundamento aparece en otras pruebas o hechos, corresponde al juez hacer la respectiva valoración de estas, o puede suceder que los peritos se manifiesten de manera general y no específica sobre el tópico que se discute o que se manifiesten de manera estimativa, situación que corresponde en todo caso al juez, hacer las respectivas consideración con el propósito de emitir una resolución.

Es importante resaltar que, el juicio crítico que el juez, realiza de todas y cada una de las conclusiones que se sustenten por los peritos, forma parte de lo que es particular y propio del juzgador cuya experiencia, profundidad de estudio, madurez intelectual y ponderación decisoria es la base para su decisión, la cual se verá reflejada en la sentencia.

3). Cuando se trata de un informe técnico, científico, etc. Ajeno a la formación cultural del juez, es de señalar que este, para apartarse de sus conclusiones, deberá oponerle argumentos de la misma naturaleza debidamente fundados; pero en esos mismos casos si el juez, comparte las conclusiones del dictamen, bastara con que así lo exprese, sin necesidad de rebatir en su sentencia, las impugnaciones que le hayan opuesto las partes.

Puesto que la materia sometida a la peritación excede los conocimientos propios de un juez, el apartamiento de sus conclusiones requiere razones serias, así como también, elementos objetivos que acrediten y soporten la existencia de errores de entidad que justifiquen prescindir de la información que consta en el informe pericial.

4). Cuando la peritación aparece fundada en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba de semejante peso que la desvirtúe; la sana critica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científico de mayor peso aceptar las conclusiones de aquella.

De ahí que se haya resuelto, que para poder apartarse el juzgador de las conclusiones allegadas por el técnico debe tener razones muy fundadas, pues si bien es verdad que las normas procesales no acuerdan al dictamen el carácter de prueba legal, no lo es menos que en cuanto al dictamen comporta la necesidad de una apreciación específica del campo del saber del perito, técnicamente ajeno al juez, para desvirtuarlo es imprescindible traer elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente el error o el inadecuado uso que el perito hubiere hecho de los conocimientos científicos que por su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponérselo dotado.

También se ha dicho que tratándose de impugnaciones planteadas por la actora a los puntos de la pericia propuestos por el demandado corresponde, como principio, apegarse a un criterio amplio respecto de la producción de ese medio probatorio, ya que el análisis de la prueba pericial está sujeto a la libre apreciación del tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Asimismo el artículo 389 CPCM regula de manera expresa que el informe pericial será valorado conforme a las reglas de la sana crítica, por medio de una valoración libre pero racional.

4.6. Recusación del Perito.

Los peritos pueden y deben ser recusables por justos motivos, pues la imparcialidad de su parecer es requisito *sine qua non* de este.

Es de hacer notar que la *“recusación es distinta de la incapacidad no solo por la esencia, sino también por el procedimiento. Contra el nombramiento de un perito incapaz se procede por vía de la impugnación de*

*la sentencia con los recursos del derecho común, mientras que la recusación puede hacerse valer mediante un procedimiento especial*¹⁸⁹.

El Código Procesal Civil y Mercantil retoma la figura de la “abstención y recusación del perito” en beneficio de las partes, situación que el legislador a tomado a bien regular en el artículo 385 incisos 2° y 3° CPCM, el cual establece que el perito designado, podrá excusarse si concurre en él alguna de las causas de abstención reguladas por el código, y el perito designado judicialmente podrá ser recusado, sin duda que nos deja con interrogantes sobre la operatividad de la recusación, las cuales pueden ser respondida por medio de la interpretación analógica, tales dudas versan sobre los puntos siguientes: los motivos de abstención y recusación, el procedimiento aplicable y los respectivos efectos de la decisión del incidente, estos puntos serán debidamente abordados y desarrollados a continuación.

4.6.1. Motivos de abstención y recusación.

En principio debemos advertir que sobre las causas de abstención el inciso 2° del artículo 385 CPCM no las menciona y por lo tanto debe entenderse, que estas son las mismas aplicables a la recusación, en cuanto a las causas de recusación del perito mencionadas en el inciso 3° de la disposición citada, deberán complementarse con las precisiones establecidas en el artículo 52 CPCM.

De la disposición citada se puede afirmar que la semejanza que ofrece la función del perito con la del juez, ha considerado a bien por el legislador en el sentido de velar por la imparcialidad de los peritos regulando la posible recusación de estos.

¹⁸⁹ LESSONA, Carlo; *Teoría de las Pruebas...* Op. Cit. Pág. 490

En ese sentido, los peritos podrán ser recusados por causa posteriores a su nombramiento, no obstante que también podrán serlo por causas anteriores tal como lo es en el caso de los designados por la suerte o por nombramiento del juez.

Doctrinariamente son causas legítimas de recusación las siguientes:

- ✓ Ser el perito pariente por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de la parte contraria.
- ✓ Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante.
- ✓ Haber prestado servicio como tal (perito) al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo.
- ✓ Tener interés directo o indirecto en el pleito u otro semejante o participación en sociedad, establecimiento u empresa contra la cual litigue el recusante.
- ✓ Enemistad manifiesta y
- ✓ Amistad íntima.

La recusación se hará por escrito firmado por el abogado expresando concretamente la causa de la recusación y los medios con que pretende probarla, el juez rechazara la recusación si no se funda concretamente en alguna de las causas ya señaladas o no se hubiere presentado con las formalidades y dentro de los plazos señalados en la ley.

Propuesta en forma la recusación, el juez mandara, a que se le haga saber al perito recusado, para que en el acto de la notificación manifieste bajo juramento y que la recibirá el secretario si es o no cierta la causa en

que aquella se funda, si la reconoce como cierta se le tendrá por recusado sin más trámites y será reemplazado por otro, mediante el nombramiento del juez.

Y en caso, que el perito niegue la certeza de la causa de recusación manda el juez a que comparezcan las partes a su presencia el día y hora que señale con las pruebas de que intenten valerse¹⁹⁰.

4.6.2. Impugnaciones, Observaciones y pedido de explicaciones¹⁹¹.

En principio encontramos la definición de la impugnación entendiéndola como tales al acto de combatir, refutar o contradecir una actuación judicial, cualquiera sea su índole, a través de éstas se busca atacar la validez del dictamen.

Una vez se tenga el informe se dará traslado al juez y a las partes, en el término que establece el artículo 386 CPCM plazo otorgado, que deberá finalizar cuando menos diez días antes de la celebración de la audiencia probatoria, salvo que su complejidad o extensión justifiquen un plazo mayor, bajo la responsabilidad de perder el derecho a pedir explicaciones o impugnar el informe o dictamen presentado.

Concurrido entonces el plazo, las partes podrán “atacar” el informe pericial valiéndose de los siguientes elementos:

¹⁹⁰ **NOSETE, José Almagro**; Derecho Procesal... Op. Cit. Pág. 142, 143.

¹⁹¹ Gilardi, Marcela y Unzanga Dominguez, Guillermo; “*La Prueba Pericial, en el Proceso Laboral de la provincia de Buenos Aires*”. Editorial, Nova Tesis. Julio-Agosto de 2007. Pág. 53.

- ✓ Efectuar impugnaciones al dictamen por vicios ocurridos antes o durante su producción, ejemplo, falta de notificación de las fechas de las diligencias, falta de actuación conjunta de los tres peritos sin razón para ello, falta de razones técnicas o fundamentos científicos de las conclusiones.
- ✓ Por ineficacia o incompetencia: ejemplo, si cometió errores inexcusables o si se expidió sobre cuestiones que no son de su incumbencia profesional.
- ✓ Por negligencia: ejemplo, sino presento el dictamen en debida forma, o lo presento fuera del término legal establecido.
- ✓ Por falsedad: ejemplo, si las afirmaciones realizadas no son veraces etc.
- ✓ Por abuso en el dictamen: ejemplo, si se excede en el encargo o se pronuncia sobre temas que no son objeto de la pericia.

En cuanto a las observaciones se entiende como tales a la acción y efecto de examinar atentamente, advertir y reparar. Por su intermedio se busca mejorar el dictamen, respecto de fallas que puedan perjudicar a las partes, antes que el mismo sea apreciado por el juez, tiene un sentido atenuado e incluyen las omisiones, la falta de claridad y los errores técnicos, en tanto que estas fallas no sean graves, dentro de las eventuales observaciones que pueden presentarse encontramos las siguientes:

- ✓ Realizar observaciones al contenido del dictamen por insuficiencia técnica.

- ✓ Solicitar pedido de explicaciones o ampliaciones a fin de precisar algún punto poco claro o suplir alguna omisión.
- ✓ Pedido de rectificaciones.

El pedido de explicaciones o impugnaciones deberá siempre referirse a los puntos periciales propuestos, sin que puedan introducirse nuevos puntos de pericia, en ese sentido el perito debe ajustar su actuación estrictamente a los puntos ofrecidos por las partes, pudiendo estas últimas requerir aclaraciones sobre tales tópicos, pero limitándose al objeto consignado expresamente en el encargo judicial.

Las aclaraciones o adiciones realizadas por el perito a su dictamen forman parte de éste y constituyen con él una unidad, por lo que el estudio y apreciación que hace el juez y las partes deben comprenderlas conjuntamente con la relación original, como un solo cuerpo. Cuando los peritos no den las explicaciones solicitadas o no evacuen las impugnaciones al dictamen presentado, podrá dejarse sin efecto su designación, removerlos de la lista, o darles por perdido el derecho a percibir honorarios según la valoración que sobre su aptitud efectuó el tribunal.

4.6.3. Procedimiento aplicable.

Es importante mencionar que en el momento en que se introduce al proceso esta cuestión incidental se sujetará al trámite señalado como regla general, a partir de los artículos 263 y siguientes del CPCM en virtud de no fijarse un trámite distinto. Para la competencia funcional, por lo tanto deberá entenderse que es atribuida al mismo juzgador que conoce del objeto principal del proceso.

Respecto a la abstención del perito, el trámite será breve, porque basta invocar el motivo y se procederá al nombramiento de otro perito en el

plazo legal establecido de tres días siguientes a la recepción de la abstención.

4.6.4. Efectos de la decisión del incidente.

Planteada la recusación del perito dentro de los tres días siguientes a su designación, el juez impide la realización del peritaje hasta que se decida o resuelva el incidente; las decisiones adoptadas por el tribunal en la tramitación son irrecurribles; fuera del plazo de recusación del perito, toda solicitud es inadmisibles por extemporánea y se tendrá por consentida la designación del experto, debido a que los plazos son hábiles y perentorios.

4.7. Dictamen Pericial y Puntos de la Pericia.

4.7.1. Designación de los peritos y de los puntos de pericia.

Es preciso acotar que *“el dictamen pericial es el acto mediante el cual el perito, respondiendo a cada uno de los puntos propuestos por las partes o en su defecto incluidos por el juez, este da cuenta de las operaciones realizadas y expone su opinión fundada acerca de las conclusiones que, a su juicio, cabe extraer de aquellas”*¹⁹².

No obstante que, este sea practicado en forma escrita u oral, el dictamen deberá contener la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y sobre todo de los principios científicos en que se baso.

¹⁹² PALACIO, Lino Enrique; *Manual de Derecho Procesal Civil*. Óp. Cit. Pág. 711.

El artículo 382 inciso 1° CPCM, dispone que *“las partes al ofrecer la prueba pericial, indicaran la especialización que deberá tener el perito y, en el mismo acto, propondrán los puntos de la pericia sobre los que aquel deberá expedirse”*.

De la proposición de la prueba y puntos de pericia se correrá vista “traslado” a la parte contraria la que a su turno podrá¹⁹³:

- a) Oponerse a su procedencia por no ajustarse a los requisitos establecidos por la ley.
- b) Proponer otros puntos de pericia.
- c) Manifestar desinterés de su realización.
- d) Observar los puntos propuestos por quien ofreció la prueba.

Desde que la prueba ha debido ofrecerse en la demanda (o en acto equivalente), este traslado se entenderá prestado por el plazo que corresponda para su contestación, por lo que dentro de éste el demandado podrá formular la manifestación antes indicada. Tal como lo prescribe el referido artículo, *que la otra parte podrá manifestar lo procedente en relación con la especialización del perito, así como proponer otros puntos que a su juicio deban constituir también objeto del dictamen, y observar lo oportuno sobre la procedencia de los mencionados por quien propuso la prueba*.

Sin embargo el tribunal resolverá sobre los puntos a los que debe referirse el dictamen pericial a la vista de las alegaciones efectuadas por las partes.

¹⁹³ KIELMANOVICH, Jorge L. *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios...Op. Cit.* Pág. 563.

4.7.2. Emisión del dictamen.

Una vez asumido el encargo, el juez o tribunal delimitará tanto el contenido del dictamen, como el plazo dentro del cual el perito deberá presentar su dictamen tal como lo prescribe el artículo 381 inciso final, en relación con el artículo 386 ambos de CPCM, el perito deberá ceñirse al mismo, so pena de nulidad de la prueba en lo que resulte ajeno al encargo efectuado.

Nuestra la legislación es taxativa al manifestar la forma en este debe proporcionarse, al ordenar que se remitirá por escrito tanto al juez como a las partes, en todo caso antes de los diez días previos a la fecha de celebración de la audiencia de prueba, tratándose de proceso común. En el abreviado, dado que la propia proposición y encargo del perito se ha hecho en la propia audiencia de prueba, no parece posible que el dictamen pueda estar listo ese mismo día, sino que tendría que entregarse a las partes en fecha posterior que marque el órgano judicial, y ello al margen de que se llegue a solicitar después el interrogatorio del experto para efecto de evacuar cualquier duda sobre el informe pericial.

Consecuentemente el dictamen pericial deberá elaborarse en los términos que resulten más comprensibles para sus destinatarios, que son el tribunal y las partes, el cual debe tener los siguientes:

a) La descripción preliminar del objeto, encargo y la titulación o experiencia del perito en ese campo.

b) La metodología científica o técnica empleada, debiendo para ello ajustarse “a las reglas que sobre la ciencia, arte o técnica correspondiente existieren” (reglas que en principio desconocerá con frecuencia el tribunal,

pero las partes pueden consultar por su cuenta a otros peritos para verificar su corrección).

c) Las concretas operaciones o análisis efectuados, de la índole que fueren (químicos, contables, médicos, etc.).

d) Las conclusiones a las que llega el informe, determinando si existe una causa única o en cambio varias que expliquen los hechos y, en este último caso, qué porcentaje de probabilidad ha de asignarse a cada una.

f) la firma del perito. Este contenido deberá seguirse también para la elaboración de los informes por los peritos de parte, aportados en la fase inicial de alegaciones o con posterioridad, pero sin designación judicial.

CAPÍTULO CINCO

REGULACIÓN Y APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA PRUEBA PERICIAL JUDICIAL

Sumario.- 5.1. Regulación y Aplicación Práctica. 5.1.1. Regulación. 5.1.2. Aplicación Práctica. 5.1.3 Tratamiento Constitucional. 5.1.4. Legislación Secundaria. 5.1.5. Jurisprudencia. 5.2. Clasificación de Peritos. 5.3. Procedimiento para Diligenciar la Prueba Pericial Judicial. 5.3.1. Petición de Parte. 5.3.2. Inicio de la Labor del Juez. 5.4. Perito y Testigo. Diferencias. 5.4.1. Diferencia entre Informe Pericial y Declaración de Testigo.

5.1. Regulación y Aplicación Práctica.

5.1.1. Regulación.

5.1.2. Aplicación Práctica.

La prueba pericial o también conocida como prueba de peritos puede definirse como “*la actividad procesal desarrollada a instancia de las partes en virtud de la cual una o varias personas expertas en materias no jurídicas, elaboran y transmiten al juez información especializada dirigida a permitir a este el conocimiento y apreciación de hechos y circunstancias fácticas relevantes en el proceso*”¹⁹⁴, es por ello que esta prueba sirve mucho para esclarecer cierto tipo de hechos en el proceso y por ello su relevancia en la aplicación práctica, debido a que es el dictamen pericial el que hace posible conocer hechos desconocidos a partir de otros conocidos, o del estado de personas o cosas, o conduce al conocimiento de circunstancias no conocidas

¹⁹⁴ **DE LA OLIVA, Andres;** *Lecciones de Derecho Procesal*. Tomo II. Segunda Edición. Promociones Publicaciones Nicaragua. Barcelona, España 1984 Págs. 281-282.

de hechos que, en sus rasgos más simples y aparentes, si eran ya conocidos.

5.1.3. Tratamiento Constitucional.

La Constitución de la República establece la Garantía del Juicio Previo en su Artículo 11, que dice *“ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes.”*

Es a partir de la Garantía del Juicio Previo que se desprende el Principio Probatorio, ya que al asegurar en primer lugar la existencia de un proceso justo, junto con todos los mecanismos que este conlleva, y además que este ya se encuentre regulado por las leyes secundarias, es que se puede continuar estableciendo las bases del proceso en donde siempre se debe respetar y tomar en cuenta la presunción de inocencia y con el objetivo de asegurar dicha presunción es que se configura el Principio Probatorio que consiste no sólo en escuchar a la persona que se le vincula con la posible pérdida de sus derechos, sino debe tener la oportunidad de demostrar y desvirtuar cualquier alegación en su contra, en simples palabras se basa en que cada alegación hecha por las partes se necesita probar.

Sobre el Principio Probatorio y respecto del sentido y esencia última de las formalidades del proceso la Sala de lo Constitucional ha señalado que *“las formalidades procesales esenciales son, doctrinariamente la oportunidad de defensa y oposición y la oportunidad probatoria que la persona debe tener*

*para no violentar su derecho de audiencia*¹⁹⁵. Es así como la Sala de lo Constitucional ha reconocido que la oportunidad de probar está claramente a un mismo nivel jerárquico que la oportunidad, defensa y oposición, ya que juntos forman una trilogía que evita arbitrariedades en contra de los habitantes de la república, y les garantizan su seguridad jurídica.

5.1.4. Legislación Secundaria.

En cuanto al Derecho de Probar, la actividad probatoria realizada con ocasión del proceso civil y mercantil, es catalogada como un derecho subjetivo procesal, definido como petición del sujeto procesal dirigido al juez para que acepte y practique los pedidos y los tenga en cuenta en la sentencia.

En definitiva probar es aportar al proceso los medios y procedimientos aceptados por la ley, los motivos o razones para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos.

En cuanto al Principio Probatorio nuestro CPCM hace referencia a él en varios de sus artículos pero los principales son: Art. 4 recoge el Principio de Defensa y contradicción, y establece que *“El sujeto contra quien se dirige la pretensión tiene derecho a defenderse en el proceso, interviniendo en las actuaciones y articulando los medios de prueba pertinentes”*, en este sentido se entiende el derecho de defensa como el de alegar y probar lo que interese a la pretensión de cada parte en cada estado del procedimiento, lo que implica que no puede negarse injustificadamente el empleo de un trámite u oportunidad procesal previsto en la ley para poder verter alegaciones,

¹⁹⁵ Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador dada en la Sentencia de 11-IV-2000, HC 212000, Considerando III.

solicitar pruebas, intervenir en su práctica cuando la ley lo disponga, formalizar recursos, pedir ejecución de lo acordado y adoptar aquellas medidas cautelares que aparezcan legalmente posibles.

Art. 7 establece el Principio de Aportación el cual dice “*La actividad probatoria debe recaer exclusivamente sobre los hechos afirmados por las partes o por los que tienen la calidad de terceros...La proposición de la prueba corresponde exclusivamente a las partes o terceros; sin embargo, respecto de prueba que ya fue debida y oportunamente aportada y controvertida por las partes, el juez podrá ordenar diligencias para mejor proveer con el fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio, de conformidad a lo dispuesto en este Código.*” En base a lo establecido en este artículo se puede decir que queda claro que es sobre las partes que recae la carga de alegación y prueba de los hechos en que fundan sus pretensiones, es por medio del principio de aportación que se sabe que el órgano judicial no puede ayudar a las partes a confeccionar el relato de los hechos jurídicamente relevantes y que sirven para sostener sus respectivas peticiones de tutela, ni proponer que medios de convicción pueden resultar más útiles y eficaces para la demostración de la veracidad de aquellas afirmaciones, y así el juez puede mantener una posición esencial de observador y ordenador del proceso, externo a la iniciativa de prueba, aunque con plenitud de facultades para proveer, eso sí a la práctica de aquellas pedidas previamente por las partes, aparecen como pertinentes, útiles y no ilícitas, además el art. 7 CPCM autoriza la figura de las llamadas diligencias para mejor proveer, cuya finalidad en todo caso no es la de suplir la negligencia de las partes en su carga de proposición de pruebas, sino la de auxiliar al propio tribunal en la intelección de las pruebas ya practicadas, cuando alguna arroja dudas (periciales oscuras o ambiguas), permitiendo en definitiva al juez, ordenar de oficio esas diligencias, sin que las partes

puedan oponerse a ello (a lo sumo, recurrir la sentencia si consideran que ha habido exceso de jurisdicción, o que la supuesta diligencia no hace sino sustituir a la parte contraria en su carga probatoria respectiva).

El Derecho de Probar está establecido en nuestro CPCM en su art. 312 establece que *“Las partes tienen derecho a probar, en igualdad de condiciones, las afirmaciones que hubieran dado a conocer sobre los hechos controvertidos que son fundamento de la pretensión o de la oposición a ésta;... a utilizar los medios que este código prevé, así como aquéllos que, dada la naturaleza del debate, posibiliten comprobar los hechos alegados.”* Así pues la prueba es un derecho subjetivo público de los justiciables que intervienen con el carácter de parte en un proceso y tiene el reconocimiento legal de este artículo cuyo enunciado garantiza que el derecho a probar se desarrolle en igualdad de condiciones, lo que se traduce en que han de otorgarse las mismas oportunidades de proposición y práctica de medios de prueba a ambas partes, y que las dos también han de poseer idéntico derecho al control de la prueba del contrario, control que variara de acuerdo a las particularidades de cada medio de prueba; que el derecho de prueba comprende tanto la admisión de pruebas preconstituidas y la práctica de medios a constituir dentro del proceso, así como también su valoración real.

El art. 321 CPCM regula la Carga de la Prueba y establece que *“La carga de la prueba es exclusiva de las partes. Sin embargo, respecto de prueba, que ya fue debida y oportunamente aportada y controvertida por las partes, el Juez podrá ordenar diligencias con el fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio; en tales diligencias no se podrán introducir hechos nuevos, bajo ninguna circunstancia, ni tampoco practicar ningún medio probatorio no introducido oportunamente por las partes.”* La carga de la prueba sobrelleva una regla o criterio que determina que hechos deben ser probados por cada una de las partes intervinientes en un proceso, a

sabiendas de que la demostración de su veracidad permitiría la aplicación de una norma sustantiva con efectos favorables, así la persona sobre la que recaerían esos efectos sustantivos, será justamente la parte gravada con la correspondiente carga de la prueba, con carácter básico se suele distribuir la carga de la prueba del siguiente modo: el actor debe probar los hechos constitutivos de su demanda, lo mismo que el demandado de su reconvencción, distintamente no es necesario que el demandado pruebe aquellos hechos negativos absolutos por los que se opone a los hechos de la parte actora negando sin más, eso sí, la negación del hecho no comporte a su vez el reconocimiento de un hecho distinto, pues entonces este último si se pretende invocar como excusa absolutoria conlleva en sí mismo un hecho afirmativo que queda gravado con la correspondiente carga.

En el art. 330 CPCM se establece que *“La prueba podrá producirse por cualquiera de los medios probatorios regulados en este código.”* Y justamente uno de los medios probatorios regulados por nuestro CPCM es la Prueba Pericial Judicial.

La Prueba Pericial Judicial está regulada en nuestro CPCM en su Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo Cuarto, Sección Cuarta cuyo nombre es Prueba Pericial y aborda este medio de prueba en 15 artículos, que comprenden desde el art. 375 hasta el art. 389 los cuales analizaremos a continuación.

Como ya lo hemos mencionado es a partir del art. 375 que se regula la prueba pericial en nuestro CPCM, este artículo establece el requisito de procedencia de la prueba pericial, y dice *“Si la apreciación de algún hecho controvertido en el proceso requiere conocimientos científicos, artísticos o de alguna técnica especializada, las partes podrán proponer la práctica de prueba pericial.”* Como lo dijimos en el Capítulo III, de este artículo depende

la existencia jurídica del dictamen pericial, debido a que es el fundamento legal para la realización de la práctica pericial, además este artículo deja claro cuándo es que procede la práctica de la prueba pericial, que no es más que en la *apreciación de algún hecho controvertido en el proceso que requiere conocimientos científicos, artísticos o de alguna técnica especializada*. También es bueno recalcar que dentro de los conocimientos especializados que puede requerir la práctica de la pericia no se encuentran las ciencias jurídicas, debido a que como bien sabemos es al juez a quien le compete el análisis de cuestiones jurídicas.

Dentro del art. 375 CPCM también encontramos una formalidad que debe contener el dictamen pericial que es que *“Todo perito deberá manifestar en su dictamen la promesa o juramento de decir verdad, así como el hecho de que ha actuado y actuará con objetividad”*, esto tiene que ver con uno de los requisitos de validez del dictamen pericial (capítulo 3.2.3), y tiene relación con el art. 385 CPCM (artículo que analizaremos más adelante) que nos regula acerca del juramento o promesa que debe hacer el perito al aceptar su cargo, sin embargo el legislador ha tenido a bien establecer como una formalidad dentro del dictamen el juramento o promesa, esto quizás con el fin de hacerle ver al perito la importancia y seriedad de su dictamen, y para recalcarle que siendo o no profesional debe honrar su oficio y sobre todo actuar con la verdad.

Haciendo una comparación del actual Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM) y el Código de Procedimientos Civiles (CPC) ya derogado, podemos afirmar que es el art. 343 CPC el que trata sobre la procedencia de la prueba pericial (en este código se habla de la prueba por peritos), y establece que *“La prueba por peritos no podrá ser admitida sino en puntos de hechos facultativos o profesionales, y en los demás casos en que la ley la exige expresamente”*, tal cual como es la redacción de este artículo se

puede notar que antiguamente el legislador había establecido una gama cerrada sobre la procedencia de la prueba por peritos, que era únicamente dos, en los puntos de hechos facultativos o profesionales y cuando la ley así lo establecía.

Y al contraponer al actual código con el derogado se nota que el legislador a dotado de más libertad a las partes para poder proponer la prueba pericial, esto quizás por la existencia de filtros tales como los principios de utilidad, idoneidad y pertinencia de la prueba, los cuales debe tener siempre presente el juzgador al momento de admitir o denegar un medio probatorio, y aunado a esto también puede ser el hecho que antiguamente el legislador al momento de valorar la prueba lo hacía mediante el método de la prueba tasada, y ahora mediante la sana crítica, y es por ello que las partes deben aportar el mayor número de pruebas que puedan crear la certeza suficiente en el juez, acerca de sus aseveraciones planteadas.

El art. 376 CPCM habla acerca sobre el contenido del dictamen pericial y tiene relación con el requisito de eficacia probatoria del dictamen pericial (capítulo 3.3.5, 3.3.6, 3.3.13) debido a que en un primer momento nos establece que *“El dictamen pericial se circunscribirá a los puntos propuestos como objeto de la pericia”*, esto quiere decir que el perito no debe exceder el encargo para el cual ha sido delegado por el juez, y si este rebasa sus facultades, estas conclusiones que no se circunscriben a los puntos propuestos como objeto de la pericia no serán tomadas en cuenta por el juez al momento de analizar el dictamen. Además el art. 376 CPCM establece que el dictamen debe estar debidamente fundado al decir que *“deberá ajustarse a las reglas que sobre la ciencia, arte o técnica correspondiente existieren. En él se deberá informar, además, sobre las distintas posturas o interpretaciones posibles en el caso específico”*, esto nos

da a entender que el perito en su dictamen no expondrá únicamente sus conclusiones, sino más bien, él debe analizar punto por punto y deberá dar un razonamiento científico del porque llegó a esa conclusión, debe fundamentar su conclusión y debe existir una concordancia entre sus conclusiones y la fundamentación de estas, debe decir que metodología ocupó, y si existen otras posturas al respecto dentro de su ciencia, esto con el fin de robustecer el dictamen, y tomando en cuenta que ha sido llamado con el objetivo de esclarecer hechos, y esto debe de hacerlo de la forma más detallada posible dentro de su dictamen, debido a que él como experto en una ciencia, arte u oficio a sido designado para ilustrar, no solo al juez, sino a las partes en litigio.

Sobre los puntos a los cuales debe circunscribirse el peritaje el CPC en su art. 346 decía que *“el Juez designará claramente el objeto sobre que han de recaer, ya sea de oficio, ya a petición de parte”*. Es de hacer notar que en el CPC la prueba por perito procedía de forma oficiosa (art. 364), cosa que en nuestro CPCM ya no es así, es por ello que tanto el juez como las partes le podían indicar al perito los puntos a tratar en su pericia, hoy en día el juez también le puede indicar al perito los puntos a tratar en la pericia pero solo en la figura del perito judicial, que es cuando una de las partes le pide al juez que nombre el perito (caso del cual hablaremos más adelante). Lo importante es señalar que tanto el CPC como el CPCM establecen que hay que regular los puntos a tratar en la pericia, indicándole al perito cuál será su función, la razón por la que ha sido llamado, y cuál será su actuación dentro del proceso, haciéndole ver los límites de su función dentro de este

Con la importante innovación operada por el CPCM, la prueba pericial puede ser tanto extrajudicial como judicial, radicando la innovación en la equiparación del régimen jurídico y el valor probatorio de ambas, es por ello que el art. 377 nos establece que *“cada una de las partes tiene derecho a*

designar su propio perito y a que se elabore privadamente el dictamen correspondiente, el cual se acompañará a las respectivas alegaciones, en los momentos determinados por este código.” Cada parte tendrá derecho de presentar un perito, al cual le deberá retribuir sus servicios, este perito realizara un dictamen que se circunscribirá a los puntos que la parte que lo contrato le indique, y ese dictamen es válido y puede ser perfectamente presentado en el proceso, en el momento de sus alegaciones iniciales. A esta forma de realizar la prueba pericial se le conoce como prueba pericial extrajudicial, debido a que no está bajo el control y la vigilancia del juez, sino que son las partes quienes eligen su perito, le establecen los puntos a tratar en la pericia, y presentan el dictamen en el proceso dentro de sus alegaciones iniciales, esto a veces crea dudas o sospechas sobre si el perito actuó de manera objetiva en la práctica de la pericia y en la redacción del dictamen, debido a que como es contratado por una de las partes procesales no sería extraño que velara por los intereses de quien o quienes le están pagando el juramento, no obstante que el perito recibe un pago como una contraprestación de su trabajo, no lo inhibe de la responsabilidad de realizar su dictamen bajo juramento o promesa de cumplir bien y fielmente el encargo. Este artículo se complementa con el art. 378 CPCM, ya que queda expedita la posibilidad para que las partes de común acuerdo propongan un perito y los puntos de pericia esto mediante escrito ante el juzgado, esta posibilidad se establece con el fin de no ocasionarle gastos hasta cierto punto innecesarios a las partes, debido a que si quieren actuar de una forma más objetiva no tienen por qué mandar a realizar su propia pericia, simplemente ponerse de acuerdo con su contraparte para practicarla y para repartirse por partes iguales los gastos de la misma. En este sentido el dictamen que entregue dicho perito se basara sobre los puntos indicados por las partes. Esto quiere decir que si por ejemplo las partes necesitan saber si cierta mercadería es original y cuál es su precio en el mercado nacional, pero

ellas al darle las indicaciones al perito para la realización de la pericia solo le especifican que quieren saber solo si la mercadería es original, son las partes quienes cometieron el error de no solicitarle correctamente los puntos a tratar en la pericia y por lo tanto el dictamen no servirá en su totalidad debido a que no se logró determinar el valor de la mercadería en el mercado nacional. Según como está redactado el art. 378 CPCM se da a entender que el momento para que las partes puedan proponer ese perito único es después de contestada la demanda y hasta la audiencia preparatoria, del proceso común, o hasta la audiencia única en el proceso abreviado. Debemos mencionar que en los casos en que existen más de dos partes en el proceso también aplica el art. 378 CPCM siempre que por lo menos dos de estas se pongan de acuerdo en la designación de un solo perito, y también cabe la posibilidad que las partes restantes se pongan de acuerdo en el nombramiento de otro perito, pero para esto todas las partes incluyendo las que ya poseen su propio perito tienen que estar de acuerdo (de lo contrario regresarían a la regla de un perito por parte), dándose la posibilidad de que exista más de un perito nombrado de común acuerdo por las partes, esto se puede realizar de acuerdo al art. 384 CPCM que establece el número de peritos.

Anteriormente en el CPC no existe la separación textual del perito de parte (prueba pericial extrajudicial) y el perito judicial (prueba pericial judicial), y esto como ya bien lo dijimos es una innovación del CPCM, debido a que antes el juez siempre estaba presente en el control de la prueba pericial, no como ahora que las partes pueden practicar la prueba pericial por medio de un perito de parte y presentar su dictamen junto a la demanda o a la contestación de la misma, dependiendo del caso, esto sin el control del juez y siendo totalmente válido. Una situación un tanto concordante con el art. 378 CPCM es que en el CPC en su art. 346 establecía que era el juez quien

designaba el objeto de la pericia ya fuera de oficio o a petición de parte, y aquí se podría dar el caso de cuando no fuere propuesta de oficio la prueba pericial, sino que esta fuera propuesta por las partes, eran ellas quienes al momento de proponerla también proponían el punto de peritación y aquí también podrían incurrir en la situación de no saber proponer bien dicha prueba, de no poder ser efectiva en cuanto a los hechos a probar con la realización de esta.

El antiguo código en su art. 360 establecía la posibilidad de incorporar un tercer perito, pero esta excepción era necesaria en el caso de que existiera discordancia entre los dictámenes de los peritos de cada parte, este tercer perito era nombrado de oficio por el juez, cosa que hoy en día ya no se puede dar debido a que nuestro código ya no regula la prueba pericial de oficio, el mismo artículo habla sobre la posibilidad de que cuando los peritos se pusiesen de acuerdo podrían formular un solo dictamen pericial, claro que es lógico que esto lo harían solo en el caso en que sus conclusiones y fundamentación de las mismas no sean divergentes entre sí.

El anticipo de gastos, está regulado en el Art. 379 CPCM el cual da la apertura al perito para que solicite dentro del tercer día de haber aceptado el cargo, a que las partes que han propuesto la prueba depositen la suma que el tribunal fije como provisión de fondos, esto debe de ser conforme al arancel judicial, ya que dentro de la realización del peritaje se deben hacer gastos, los cuales deben de ser cubiertos por las partes procesales, las que han propuesto la prueba.

El inciso segundo de este mismo artículo da un plazo para que el importe que este mismo impone deba ser depositado y este es dentro del quinto día contado desde el siguiente al de la notificación del decreto que lo ordena. Y la falta de este depósito tiene una consecuencia grave, ya que si

este no es depositado en el plazo que la ley determina esto implicará el desistimiento de la prueba.

En el caso de que la pericia sea de común acuerdo de dos o más partes, los gastos que ocasione la emisión del dictamen pericial serán satisfechos en partes iguales por el demandante y el demandado.

Si bien es cierto el art. 288 CPCM impone a las partes la carga de aportar con sus respectivos trámites de alegación inicial, no solo los documentos sino los informes periciales de los que quieran valerse en el proceso, regla que vuelve a reiterar el art. 377 CPCM. Esto supone en principio que cada parte debe ocuparse por su cuenta de buscar al especialista en la materia de que se trate, contratar sus servicios, delimitar el objeto de su actividad, y una vez que el dictamen esté listo aportarlo en esa fase de alegaciones, a parte claro de satisfacer los gastos del informe, del modo como hubieren pactado perito y cliente. Ello sin perjuicio de que, ya metidos en las vicisitudes del proceso, se solicite el interrogatorio del perito ya por la parte que aporta el informe, o por la contraria, lo que llevaría a una segunda fase o actividad de esta prueba.

La otra opción es que no se haya hecho la aportación del dictamen en el trámite de alegaciones y existiera causa justificada para vencer la regla de preclusión del art. 288, pudiendo pedir la designación judicial del perito. En este caso que comenzaremos a abordar la actividad probatoria estará totalmente bajo el control judicial, de principio a fin.

El art. 380 CPCM establece el perito judicial como una facultad que tienen las partes, y esto es de dejarlo muy claro y no confundirlo con la prueba pericial de oficio, ya que al decir perito judicial el nombre de este se puede interpretar como que es el juez quien de oficio pide la realización de la práctica pericial, y esto en ningún momento es así, ya que solo las partes

pueden proponer la prueba pericial, ya sea que ellas la aporten en sus alegaciones iniciales (perito de parte o extrajudicial), o como en el caso del pedirle al juez que el nombre un perito (perito judicial). La diferencia entre el perito de parte y el perito judicial es que el primero es elegido por las partes y son las partes quienes tratan con él personalmente en una relación perito cliente, en cambio el segundo es elegido por el juez para la realización de la pericia, y el juez tiene control sobre esta prueba, no como en el caso del perito de parte, ya que el perito de parte practica la pericia y su dictamen de forma privada.

Como ya bien vimos en el caso que las partes no presenten su propio dictamen, estas pueden pedirle al juez que nombre un perito para la práctica de la pericia ahora analizaremos el art. 381 CPMC que nos establece los supuestos en que se puede dar esta situación. El art. 381 párrafos primero del Código establece un primer supuesto, y es cuando por razones de urgencia la parte respectiva no ha podido gestionar en condiciones normales su contratación y encargarle el informe, optando en su escrito de alegación inicial por pedir al juez que lo designe, especificando el objeto de la pericia. El tribunal valorará si la prueba resulta pertinente y útil y si es así se procederá a su nombramiento en el plazo de tres días “desde la conclusión del señalado para contestar la demanda, independientemente de cuál de las partes hubiera solicitado la pericia judicial”. Regla que ha de modularse en el proceso abreviado en relación con la audiencia de prueba, de acuerdo con el propio art. 381, párrafo tercero. Entendemos que dentro de estas “razones de urgencia” pueden también incluirse la situación de quien por carecer de recursos económicos suficientes para afrontar una contratación liberal del perito, conforme a las exigencias de aquellos a quienes se dirigió, deba optar por una designación judicial que traerá consigo la regulación de esos honorarios por arancel, lo que puede resultarle más equitativo.

Asimismo, también procederá la designación judicial en caso de acuerdo entre las partes, en los términos del art. 378 CPCM (que ya analizamos). La prueba se propondrá aquí hasta la audiencia preparatoria (proceso común) o en la audiencia única del abreviado (por aplicación del art. 381 último párrafo).

Aunque no lo mencione expresamente la ley, también debe caber designación judicial del dictamen cuando se trate de pedir prueba pericial de contraste, precisamente para desvirtuar el valor de algún informe aportado en las fases previas del proceso por la parte contraria. Dicho de otro modo: el derecho a defenderse de la prueba defectuosa o falsa, no pasa únicamente por interrogar al perito que ha redactado el dictamen discutido, sino también, si se prefiere, por aportar una pericia de signo contrario, cuya mayor solidez técnica y claridad expositiva resulte más convincente de cara a la futura sentencia.

El último supuesto se encuentra en el penúltimo párrafo del art. 381 CPCM donde concede el derecho a las partes –cada una por separado, o varias estando de acuerdo- de pedir la prueba pericial, durante la audiencia probatoria o la audiencia de prueba del abreviado, “casos en los que el tribunal lo designará sin más trámite, si considera la prueba pertinente y útil”. No sujeta esta posibilidad postrera a requisito o circunstancia especial alguna, más allá de la lógica justificación que ha de darse para explicar por qué no se aportó el dictamen en la fase de alegaciones, sin que parezca suficiente para saltarse el régimen preclusión, la alegación de una simple cuestión de conveniencia. Más bien, cuando este art. 381 se refiere a la prueba pertinente y útil, debe serlo también en el sentido de prueba que justificadamente no pudo solicitarse antes.

Finalmente el último párrafo de este artículo establece una cuestión innovadora en nuestro CPCM con respecto del CPC, debido a que la designación judicial del perito contendrá el plazo otorgado para la realización del correspondiente dictamen, este punto lo abordaremos cuando analicemos el art. 386 CPCM.

En el mismo momento en que las partes junta o separadamente proponen la prueba pericial y el nombramiento del perito judicial, también deben indicar la especialización que ha de tener el perito y los puntos de pericia (art. 381 párrafo 1 CPCM), después que una de las partes a presentado el escrito ante el tribunal donde pide la designación de perito judicial de esto se le notificara a la parte contraria, con el objeto de que esta manifieste lo procedente en relación con la especialización del perito, así como también proponer otros puntos de pericia, y observar lo pertinente sobre la procedencia de los mencionados por quien propuso al prueba (párrafo 2 art. 381 CPCM). Es hasta después de que se pronuncian ambas partes sobre los puntos de pericia y la especialización del perito en que el juez dentro de su facultad de control sobre la prueba pericial judicial puede pronunciarse en cuanto a si esa prueba es pertinente, idónea y útil al proceso, sobre la especialización del perito que han requerido las partes y resolverá sobre los puntos de que tratara el dictamen de acuerdo a las alegaciones que sobre ellos han hecho las partes (art. 381 párrafo ultimo CPCM).

Es así como en la prueba pericial judicial es el juez quien tiene la última palabra en cuanto a los puntos de pericia, no como en el caso del perito de parte en donde cada parte le indica al perito sobre qué puntos será el dictamen, esto debido a que como es el órgano judicial quien designa al perito y quien tiene el control sobre dicha prueba.

El CPC regulaba una situación similar ya que en el art. 346 se establecía que era el juez quien designaba claramente el objeto sobre los cuales tratarían los informes de los peritos, ya sea que esta prueba se haya pedido de oficio o a petición de parte, claro que cuando era a petición de parte se escuchaba primero la opinión de las partes sobre los puntos a tratar en la pericia.

Es idóneo resaltar que debido a la implementación de estas “nueva” modalidades de la prueba pericial sería conveniente que el órgano judicial posea listados orientativos de los distintos colegios profesionales cuyos titulados pueden prestar el servicio de perito, sin perjuicio eventualmente de acudir a otras fuentes de referencia. Y que implemente un sistema de elección lo más objetiva posible, por ejemplo a través de sorteo. Ya que teniendo un listado ya elaborado se ahorraría tiempo en cuanto a la designación de los peritos.

Claro es que para ser perito se tienen que reunir ciertos requisitos, debido a que una persona que es ama de casa no puede realizar una pericia que se base en la medición de linderos, debido a que no posee los conocimientos necesarios para realizar dicha pericia. El art. 383 CPCM determina la capacidad para ser perito y dice claramente que pueden ser designados peritos quienes posean título oficial en la materia, ciencia o arte de que se trate, pero pone una excepción a esta regla, que es el caso en el cual el objeto de la pericia no está amparado por un título oficial, y en este caso se nombrara como perito a una persona entendida en la materia.

Lo que establece este artículo es un requisito para que el dictamen pericial tenga validez (capítulo 3.2.2), debido a que se habla sobre la capacidad del perito, y es porque el trabajo de este es ilustrar al juez sobre hechos controvertidos dentro del proceso, y el juez de acuerdo al dictamen

que realice el perito tomara por ciertos o no los hechos controvertidos, pero que validez o que certeza creara en el juez un dictamen que ha sido realizado por un persona que no es titulada en la materia de la pericia, o en el caso de no existir título sobre esa materia ni siquiera es entendida del tema, esto sin duda alguna creara dudas en el juez y al final lo más probable es que deseche ese dictamen.

Además debemos de advertir que no solo es necesario que la persona posea título que lo acredite como experto en la materia, sino que además, tiene que tener la capacidad de poder ejercer dicha profesión, el cual sería el caso de un contador que ha sido sancionado para el ejercicio de su profesión debido a que modifico los libros de una empresa para que esta pudiera evadir impuestos, esto debido a que en el juez el dictamen pericial realizado por alguien inhabilitado para el ejercicio de su profesión no crearía la certeza que debe otorgar la prueba pericial, debido a que en el pasado con esa inhabilitación se da a entender que no es un profesional correcto y objetivo y que podría darse el caso de que modificara el dictamen para favorecer a una de las partes, y esto tienen que ver con la competencia del perito relacionado con uno de los requisitos de eficacia probatoria del dictamen pericial (véase capítulo 3.3.3).

Otra situación en cuanto a la capacidad del perito es cuando en el país no existe titulación sobre la materia de peritaje, pero en el extranjero si existiese, y justamente alguien que posee esa titulación en el extranjero es llamado para ser perito, este deberá acreditar con los documentos necesarios que en efecto el posee ese título emitido por una institución educativa en el extranjero

También se puede dar el caso de que los conocimientos requeridos para la realización de la pericia, sean más bien de índole práctica que

teórica, y por tanto lo que importa es conocer el criterio de quienes suelen trabajar en ese campo (actividades comerciales; de prestación de servicios).

El CPC regulaba estas mismas situaciones en cuanto a la capacidad para ser perito y lo hacía del mismo modo en que está regulado en el CPCM, solo que el anterior código lo regulaba en dos artículos (art. 344 el perito debe poseer título que lo acredite y art. 345 cualquier persona entendida en la materia puede ser perito cuando la profesión no esté reglamentada), y el CPCM únicamente ha concentrado en un solo artículo lo relativo a la capacidad del perito.

Como ya lo hemos mencionado al analizar el art. 377 CPCM a las partes les corresponde un perito a cada una (caso del perito de parte), y cuando estas se pongan de acuerdo pueden optar por un solo perito (art. 378 CPCM), pero al optar por esta opción ya se estaría hablando de un perito judicial, debido a que el momento adecuado para que estas se pongan de acuerdo y presenten el escrito al juez, es ya empezado el proceso y no fuera de este. El art. 384 CPCM establece nuevamente el número de peritos pero ahora en el caso concreto del perito judicial, el cual dice que para tener por establecidos los hechos que se controvierten en el proceso es suficiente un solo perito. Pero realiza una salvedad y es el caso del art. 378 CPCM en que las partes acuerdan designar más de uno, y siempre que estén de acuerdo en la designación de todos los que hayan de ser nombrados (esto último ya fue abordado al hablar del art. 378 CPCM).

El derogado código establecía en cuanto al número de peritos en su art. 347 inc. 1 que no podría realizarse liquidación, tasación, ni vista de ojos en el caso del artículo 367, sino por dos peritos nombrados por el Juez, excepto que todas las partes propongan espontánea y unánimemente el nombramiento de dos peritos, o de uno solo. Y después en el inc. 2 del

mismo art. establece que en el caso de discordia entre esos 2 peritos nombrados, sería el juez quien escogería un tercer perito. Ante lo cual estamos ante la posibilidad que daba el antiguo código de poder tener en un mismo proceso hasta tres peritos claro está que solo en los casos de la tasación, liquidación o vista de ojos, ya que en los demás casos en que procedía la prueba pericial se daba la situación que las partes podían nombrar un numero abierto de peritos, o simplemente nombrar uno solo que representara a todas las partes, y en el caso de que los peritos nombrados para las partes discrepen en sus dictámenes el juez tenía la facultad de nombrar un “tercer” perito, decimos “tercer” perito debido a que si en un proceso existen 4 peritos, 2 para cada parte, y los peritos de cada parte dictaminan a favor de la parte quien los propuso, se tendrá que 2 peritos afirman una cosa y los otros 2 otra cosa, en este caso en el juez propondrá de oficio otro perito (tercer perito).

Después que las partes han propuesto la realización de la prueba pericial y que se les corrió traslado respectivo a cada parte para que propusiera puntos de pericia no queda más que mandar a llamar al perito para que este acepte la delegación esto se hará en el plazo de tres días, el perito debe tomar posesión de su cargo por medio de juramento o promesa de cumplir bien y fielmente el encargo (art. 385), esto ya lo tratamos al abordar los requisitos de validez del dictamen pericial (capítulo 3.2.3).

Sin embargo el perito también tiene la posibilidad de abstenerse, esto sucederá cuando le sea informada la designación de su cargo, él deberá poner de manifiesto si existe alguna relación de parentesco o de amistad o de enemistad con alguna de las partes, o si tiene interés en el resultado del proceso, a fin de que no se le tome juramento y se proceda directamente a nombrar a otro en los tres días siguientes a la recepción de la abstención.

Si el perito calla (conscientemente, o porque no cree sinceramente que concurra ninguna causa de parcialidad), las partes tienen la posibilidad de recusar al perito designado judicialmente a más tardar dentro de los tres días siguientes a la de su designación cuando por sus relaciones con las partes o con el objeto del proceso o, por cualquier otra causa razonable, hubiera dudas sobre su imparcialidad, en tal caso el juez nombrara otro perito dentro de los tres siguientes a la recusación de aquel. Aunque no lo contempla la ley, parece lógico que no baste con la mera denuncia del motivo sino que éste habrá de probarse. Bien mediante prueba documental, bien mediante testigos que se ofrecerá al tribunal para ser oídos en esos tres días, o incluso aportando informes periciales anteriores encargados por el mismo litigante, que pudieran revelar una relación continuada de confianza de éste con el perito.

En cuanto al juramento o promesa a que se refiere el art. 385 CPCM, es de aclarar que esta se da en el caso que en el perito es designado por el juez para la realización de la pericia, no en el caso del perito de parte, ya que sobre este el juez no tiene control alguno, y además el perito de parte debe presentar esa promesa o juramento incorporado en su dictamen de forma escrita.

El CPC establecía que los peritos debían de prestar juramento de proceder legalmente según su saber, y expresar su edad, profesión y domicilio, y si tienen alguna incapacidad legal (art. 351 CPC), sobre esto el CPCM no dice nada al respecto, debido a que como lo hemos mencionado es el juez quien designa al perito por lo tanto es de suponerse que ya está sabedor de sus datos personales, ya que incluso le notifica sobre la delegación de su cargo.

El CPC no establecía la abstención y la recusación sino que para apartar al perito y para que este no conociera se ocupaba la figura de la tacha, al igual que en los testigos (arts. 352, 353, 354 355, 357 CPC), se podía tachar al perito antes de que tomara posesión de su cargo, y después sólo por causas sobrevenidas posteriormente, y como en el CPC las partes proponían al perito, la parte no podía tachar al perito que nombró, sino por causas sobrevinientes al nombramiento, y anteriores a su informe o declaración. Y un aspecto fundamental que se le olvido regular a nuestro legislador en la redacción del CPCM y que si estaba incluida en el CPC es que las tachas de los peritos era justificado sumariamente con citación de la parte contraria. Y dado el caso si algún perito no aceptaba el nombramiento o no se presentaba, ya para el juramento, ya para la operación, en el día y hora señalados para ésta, el Juez nombraba otro de oficio.

En cuanto al dictamen pericial (art. 386 CPCM) este debe ser presentado por el perito de forma escrita y debe remitirlo al juez y a las partes dentro del plazo otorgado, que deberá finalizar cuando menos diez días antes de la celebración de la audiencia probatoria (véase capítulo 3.3.11). En este aspecto debemos recordar lo establecido en el art. 381 CPCM párrafo último que dice que *“la designación judicial del perito contendrá el plazo otorgado a éste para la realización del correspondiente dictamen”*, por lo tanto el art. 381 inc. ultimo CPCM se relaciona y se complementa con el art. 386 CPCM, debido a que cuando se realice dicha designación y se establezca el plazo, este tiene que vencer cuando menos diez días antes de la realización de la audiencia de probatoria, esto debido a que de lo realizado por el perito este le debe dar traslado a las partes. También es muy importante aclarar que en el caso del proceso abreviado, dado que la propia proposición y encargo del perito se ha hecho en la propia audiencia de prueba, no parece posible que el dictamen pueda estar listo ese

mismo día, sino que tendría que entregarse a las partes en fecha posterior que marque el órgano judicial, y ello al margen de que se llegue a solicitar después el interrogatorio del experto.

El viejo CPC también establecía que el dictamen debía de presentarse de forma escrita (art. 359 CPC) y que debía de ser redactado por los peritos (requisito que aunque en el CPCM no se menciona, pero si se infiere debido a que son los peritos los delegados por el juez y quienes tienen que fundamentar sus conclusiones, además este es uno de los requisitos de validez del dictamen pericial tratado en el capítulo 3.2.7), y si ellos no podían escribir podía ser redactado y firmado por otra persona, y en tal caso el Juez, al recibir la relación de los peritos, se las leía y les preguntaba si estaba firmada a su nombre y escrita en los mismos términos que ellos la acordaron. El CPC no le establecía un plazo al perito para presentar el dictamen, plazo que como ya lo mencionamos si está establecido muy claramente por el legislador en el CPCM.

En cuanto al contenido del dictamen este deberá elaborarse en los términos que resulten más comprensibles para sus destinatarios, que son el tribunal y las partes. Ha de contenerse en él: *a)* la descripción preliminar del objeto del encargo y la titulación o experiencia del perito en ese campo, *b)* la metodología científica o técnica empleada, debiendo para ello ajustarse “a las reglas que sobre la ciencia, arte o técnica correspondiente existieren” (reglas que en principio desconocerá con frecuencia el tribunal, pero las partes pueden consultar por su cuenta a otros peritos para verificar su corrección); *c)* las concretas operaciones o análisis efectuados, de la índole que fueren (químicos, contables, médicos, etc.); *d)* las conclusiones a las que llega el informe, determinando si existe una causa única o en cambio varias que expliquen los hechos y, en este último caso, qué porcentaje de probabilidad ha de asignarse a cada una; *f)* la firma del perito. Este contenido

deberá seguirse también para la elaboración de los informes por los peritos de parte, aportados en la fase inicial de alegaciones o con posterioridad, pero sin designación judicial.

Una vez que el perito ha presentado el dictamen ante el juez, y lo ha remitido a las partes (véase capítulo 3.3.12), estas últimas con fines aclaratorios ante la posible densidad técnica del lenguaje empleado, para la ampliación de las explicaciones en torno a uno de los puntos que desarrolla en él, o incluso para que desentrañe la real o aparente incoherencia o contradicción entre distintos apartados del informe pueden pedirle al juez que se cite al perito a la audiencia probatoria, con el objeto de interrogarlo sobre su dictamen (art. 387 CPCM), esto es válido tanto con el dictamen realizado por el perito de parte como con el dictamen realizado por el perito judicial. Es por ello que es muy importante que el perito entregue el dictamen por lo menos 10 días antes de la realización de la audiencia probatoria, ya que de este modo se da el tiempo suficiente para que las partes si dado el caso requieren la presencia del perito en la audiencia para interrogarle, presenten el debido escrito al juez solicitando la citación del perito.

El juez ante tal solicitud deberá citar al perito para el día y hora señalados para la realización de la audiencia probatoria. Ya instalada la audiencia las partes, comenzando con la que presentó al perito o con la que solicitó el perito judicial, podrán pedir que el perito exponga su dictamen, lo aclare, lo ilustre, responda a preguntas concretas sobre el método seguido, premisas, conclusiones y todos aquellos extremos que puedan contribuir a aclarar y comprender mejor su opinión (art. 387 inc. 3 CPCM), es por ello que es muy importante que tanto la práctica de la prueba pericial como la redacción del dictamen sea realizada por el perito delegado al cargo, debido a que es él quien responde por lo dictaminado y por lo tanto debe realizarlo de forma personal (véanse capítulos 3.1.3, 3.2.4, 3.2.7). Después que la

parte que presento al perito o la que solicito al perito judicial interroga a este, la parte contraria puede contrainterrogarle, (termino que ha empleado el legislador en la redacción del código pero que nada tiene que ver con el contrainterrogatorio como tal, debido a que la parte contraria bien puede preguntarle al perito sobre otros aspectos distintos sobre los cuales ya le fueron preguntados, siempre y cuando sean siempre sobre del dictamen), y el juez en cualquier momento podrá interrogar al perito sobre algún punto respecto del cual se requiera mayor claridad, a su prudencial criterio (art. 387 inc. 4 y 5 CPCM). Es importante señalar que como en el caso de cualquier otro interrogatorio la contraparte podrá objetar tanto las preguntas incorrectamente formuladas al perito (art. 408 CPCM: impertinentes, sugestivas, repetitivas, capciosas, compuestas, especulativas, ambiguas, asertivas de hechos no probados, o defecto similar), como las respuestas que dé el experto si aluden a un campo técnico o científico que no domina, o si en todo caso “va más allá de lo que se le ha preguntado”.

El CPC simplemente contemplaba que en caso de estar oscura, a juicio del juez, la relación de los peritos, se podía exigir explicaciones de oficio o a petición de parte, o nombrar otros (art. 362). No trataba nada acerca de cómo se realizaría el interrogatorio.

Como ya lo dijimos el juez a petición de parte citara al perito para que comparezca a la audiencia probatoria pero se puede dar el caso que este no concurra a dicha audiencia (art. 387 CPCM), y si este no lo hace y no ofrece una razón válida para no haberlo hecho , el juez le impondrá una multa cuyo monto se fijará entre cinco y diez salarios mínimos urbanos, más altos, vigentes, y se le podrá volver a citar con advertencia de proceder contra él por delito de desobediencia a mandato judicial. Mismo castigo recibirá al negarse a responder las preguntas que se le formulen en la audiencia. Y

dado el caso el perito no comparece a la audiencia probatoria, esto invalidara el dictamen.

El CPC solucionaba la incomparecencia del perito con el apremio personal del mismo (art. 361 CPC), medida que ya no es contemplada en nuestro CPCM.

Y por último y después de haber pedido la designación del perito judicial, o haberla realizado de forma privada en el caso de perito de parte, después de notificadas todas las partes sobre la realización de esta prueba dándoseles la oportunidad al perito de abstenerse o a las partes de recusarlo, después de nombrado legalmente en el cargo y de realizada la pericia, entregado el dictamen y rindiéndolo en la audiencia probatoria, no queda más que hablar sobre el valor probatorio de la prueba pericial (art. 389 CPCM), y es que esta prueba como todas las demás será valorada conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en cuenta la idoneidad del perito, el contenido del dictamen, y la declaración vertida en la audiencia probatoria, según sea el caso.

Sin embargo hay que resaltar dos cuestiones, la primera es que expresamente determina el art. 389 que el informe pericial será valorado conforme a las reglas de la sana crítica, es decir, valoración libre pero racional y motivada de la prueba. Es importante tener esto presente, pues en ningún caso la prueba pericial deviene vinculante o tasada por el juzgador. Es fácil comprender esto cuando en un proceso se presenten (y tal cosa será muy probable en temas que exijan conocimientos especializados) dos o más dictámenes, cada uno de una parte, discrepantes y hasta contradictorios entre sí: en esa tesitura, resulta obvio que todos ellos valen igual y lo que debe conducir a optar por uno u otro, o por seleccionar partes de ambos a la vez (lo que es otra posibilidad frecuente), ha de ser la solidez intrínseca del

dictamen, la seriedad de su exposición, la metodología empleada y la logicidad de sus resultados. Pero aunque no fuese así y obrase un único dictamen, tampoco será prueba tasada, necesiéndose siempre que su contenido convenza al juez. Es cierto que estamos hablando de máximas de la experiencia que éste no posee y por tanto no se trata de pedirle al dictar sentencia que tenga algo de lo que hasta ese momento carecía (el saber especializado). Lo que importa es que el juez tiene la capacidad crítica para apreciar cuándo un dictamen, por su contenido, resulta convincente y cuándo no. En eso radica su valoración, extrayendo la información útil para declarar los hechos probados.

El CPC en su art. 363 establecía que El dictamen uniforme de dos peritos o el de uno solo en los casos previstos por la ley, formaba plena prueba esto en vista de que en el antiguo código se estaba frente a la valoración de la prueba de forma tasada, sistema de valoración que ya no funciona en nuestro CPCM.

También es bueno señalar que el juez o tribunal no puede despreciar la pericia extrajudicial por el mero hecho de serlo, tanto si es el único informe aportado, como si hubiera otros de designación judicial. Todos los informes valen legalmente lo mismo. Por ello, el que prevalezca uno u otro dependerá (dejando al margen posibles recusaciones, o la invalidación del dictamen por incumplimiento de requisitos formales) de la credibilidad de su contenido.

5.1.5. Jurisprudencia.

Sostiene la Honorable Cámara, Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro en Cojutepeque, al analizar el informe rendido por los peritos... y su ampliación agregados al juicio, que "Tal dictamen, por ser

uniforme y sobre los hechos relativos a sus profesiones constituye plena prueba...Art. 363 Pr. El mencionado artículo 363 del Código de Procedimientos Civiles, establece que "el dictamen uniforme de dos peritos o el de uno solo en los casos previstos por la ley, forma plena prueba en la parte facultativa o profesional", y por consiguiente los "actos de posesión" a que alude la Honorable Cámara están excluidos de la parte facultativa o profesional a que hace referencia la disposición citada, y por consiguiente en esa parte no hacen plena prueba, ni siquiera prueba alguna...¹⁹⁶

...Nuestro legislador en situaciones en que no se pueda comprobar si una firma ha sido puesta antes o después de la alteración de un documento,

¹⁹⁶ **1247-2001.** *Sentencia de la Sala de lo Civil en la Corte Suprema de Justicia, del dieciséis de mayo de dos mil uno.* "El dictamen en referencia no prueba ningún acto de posesión; al afirmar la Honorable Cámara lo contrario infringió la disposición transcrita. Pero no solo eso, el dictamen en referencia y su ampliación no merecen fe alguna. En efecto: los peritos dijeron en la ampliación lo siguiente: a) "deseamos aclarar que en nuestra rama profesional (tenemos la certeza de que no varía en su ejercicio profesional) es común apoyarse en personal auxiliar para el caso que nos atañe topógrafos, cadeneros, dibujantes, personal de oficina, etc.) sin embargo, el profesional que sella y firma el documento (en esta situación el plano que se anexó al informe pericial previo) en cuestión es quien asume la responsabilidad del contenido de este en cuanto a su veracidad y certeza. Y el plano presentado ha sido firmado y sellado por sus servidores, peritos nombrados y juramentados por el tribunal", con esa aclaración resulta evidente que no fueron los peritos, sino el personal que ellos mencionan en su ampliación quienes hicieron el peritaje, y simplemente sellaron y firmaron el documento en cuestión, afirmando que por ese simple hecho asumían la responsabilidad del contenido del mismo. Lo que el Art. 363 Pr. establece como constitutivo de plena prueba es "el dictamen uniforme de dos peritos" y no el dictamen sellado y firmado por dos peritos, aunque ellos afirmen que asumen la responsabilidad del contenido, porque ellos, los peritos, no tienen facultades legales para delegar funciones. De este modo el dictamen en referencia no constituye plena prueba de acuerdo en lo prescrito en la disposición legal antes citada. Además, a folio 133 de la pieza principal los peritos afirman que "posteriormente se ha replanteado en campo la información técnica de la escritura pública otorgada el diecinueve de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, ante los oficios del Doctor Alfredo Díaz Nuila y si se tiene a la vista dicha escritura se constata que en ella no existe ninguna descripción técnica del inmueble a que la escritura se refiere; por lo tanto, lo replanteado en campo no fueron datos arrojados por la propia escritura, sino por una descripción técnica de origen desconocido, circunstancia que le quita toda eficacia jurídica al dictamen "pericial" relacionado. En virtud de ese replanteo, que carece de toda eficacia jurídica, los peritos afirman que la franja en cuestión es de una superficie de noventa y uno punto cincuenta y tres metros cuadrados, equivalentes a ciento treinta y uno punto ochenta varas cuadradas. De lo dicho se concluye que la Honorable Cámara al valorar la prueba pericial incurrió en error de derecho al darle valor probatorio al "dictamen pericial" relacionado, y al considerar como prueba hechos fuera de lo puramente facultativo y profesional de los peritos."

presume que lo fue antes, tal como aparece en materia de títulos valores en el artículo 636 del Código de Comercio, que a la letra dice "En caso de alteración del texto, los signatarios posteriores a ella se obligan según los términos del texto alterado, y los anteriores, conforme al texto original". Cuando no se puede comprobar si una firma ha sido puesta antes o después de la alteración, se presume que lo fue antes"...¹⁹⁷

...El Juez de lo civil de la Primera Instancia de Cojutepeque, al ordenar la ampliación del peritaje, el resultado de éste puede ayudar a resolver con más acierto, razón por la cual es procedente acceder a la segunda ampliación solicitada conforme a la ley por la parte demandada, ya que no se trata de prueba ordenada de oficio por el Juez, como considera el Ad quem, sino de una prueba pedida dentro del término de pruebas. No es responsabilidad de la parte recurrente, que los peritos hayan hecho la comparación de firmas en forma distinta a lo pedido por la demandada y ordenada por el Juez, tal como se solicitó. De conformidad con el Art. 1117 Pr. C., la falta de recepción a prueba y la denegatoria de ella, en las causas de hecho, produce nulidad, por lo que es procedente declarar la nulidad de la resolución que denegó la apertura a pruebas en segunda instancia y mandar a reponer el proceso desde el último acto válido...¹⁹⁸

¹⁹⁷ **93-C-2006.** *Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia del catorce de marzo de dos mil siete.* "...Artículo 363 del Código de Procedimientos Civiles. ---- Concepto en que ha sido infringido. ---- Este artículo dispone que el dictamen uniforme de dos peritos... forma plena prueba en la parte facultativa o profesional, pero en el presente caso el dictamen pericial concluyó que no se puede ser categórico que la firma y la frase "esta firma no vale" hayan sido plasmadas en un mismo momento o en momentos diferentes; sin embargo la Cámara "da por sentado que lo fue en el mismo momento". De esta forma la honorable Cámara desatiende el dictamen de los peritos y arriba a una presunción sin fundamentos válidos, tal como adelante lo analizaremos. La plena prueba en virtud del dictamen pericial significa en este caso que no se ha demostrado que la firma del actor, la tachadura y la frase "esta firma no vale", hayan sido puestas en un mismo momento."

¹⁹⁸ **198-CAC-2009.** *Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia del dos de febrero de dos mil diez.*

... La peritación o prueba pericial, requiere para su eficacia o validez entre otras cosas, que exista un encargo judicial previo sobre los puntos específicos en que deban pronunciar su dictamen y que sea realizado por personas calificadas en razón de su técnica, su ciencia o sus conocimientos de arte, es decir de su experiencia en materias que no son conocidas por el común de la gente. Requisitos bajo los cuales analizaremos la prueba pericial aportada en el caso de autos...¹⁹⁹

...Al respecto, tanto la jurisprudencia como la doctrina han sostenido que para que la peritación tenga validez es indispensable que el dictamen se limite a los puntos que han sido planteados a los peritos, de tal suerte que el dictamen sobre puntos distintos carece de eficacia probatoria. Así lo establece Mallard, citado por el autor Hernándo Devis Echandía en su obra "Teoría General de la Prueba Judicial, tomo II, pág. 335, Ed. Temis, quinta edición. """"...la misión de los peritos está circunscrita por los términos de la providencia judicial que los designe (debe entenderse que también por una providencia posterior que determine el cuestionario o exija adiciones y ampliaciones) y que las investigaciones sobre otros puntos son nulas, lo mismo que la decisión judicial que se basara exclusivamente en esa parte del dictamen... """"." ²⁰⁰

...La Sala considera, que no hay diferencia entre una prueba y otra, las dos son dictámenes periciales sobre un mismo hecho, y se concretan en

¹⁹⁹ **Ca. 44-C-2006.** *Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia del ocho de febrero de dos mil ocho.* "Según consta en autos, no obstante estar delimitados los puntos específicos sobre los cuales debía recaer el dictamen, los facultativos se pronunciaron sobre puntos ajenos a lo requerido, haciendo comparaciones gráficas, y fonéticas, evaluando los colores utilizados, tipos de letra, tamaños de los envoltorios, etc, elementos que requerían un conocimiento especializado en materia de propiedad intelectual por contener reglas específicas que exigen estudios técnicos para su aplicación, concluyendo en base al análisis de dichos elementos que no existía semejanza ideológica, extralimitándose así, de los puntos sometidos a su conocimiento, pues no eran los facultativos idóneos para pronunciarse sobre cuestiones relacionadas a propiedad intelectual."

²⁰⁰ *Ibid.*

determinar si existe ocupación de un terreno por parte de quien no es su legítimo propietario; el objeto sobre el que recaen ambos, es similar, pero el valor probatorio es diferente, ya que el informe de los peritos es el medio de prueba pertinente e idóneo señalado en la ley, para determinar los límites entre los inmuebles y cumple con las garantías procesales para la aportación de pruebas; la autenticidad de los informes de la Dirección del Instituto Geográfico y Catastro Nacional del Centro Nacional de Registros, da certeza únicamente sobre la persona que los elaboró no sobre los hechos que consigna, tomando en consideración que no obstante ser un documento auténtico el Art.17 Ins,2º de la "Ley de Catastro" limita su valor probatorio para efectos catastrales y fiscales; por lo consiguiente no ha lugar a casar la sentencia por este sub motivo...²⁰¹

Es oportuno señalar que prueba pericial es aquella que se realiza para aportar al proceso las máximas de experiencia que el juez no posee, a fin de facilitar la percepción y apreciación de hechos concretos propios de la controversia. Sirve, pues, para que el Juzgador pueda obtener el convencimiento sobre la veracidad de las circunstancias no tácticas, que conforman el supuesto de hecho de la norma cuya aplicación se pide o de la relación jurídica llevada ante él.

Dicha prueba, pues, no es más que la actividad procesal, desarrollada en virtud de encargo judicial; por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministran al juzgador argumentos o razones para la formación del convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o entendimiento escapa a las actitudes del común de las personas. Es decir, que cuando la comprobación de los hechos controvertidos requieren conocimientos técnicos ajenos al saber

²⁰¹ **20-CAC-2009.** *Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia del catorce de agosto de 2009.*

específicamente jurídico del Juzgador, éste debe ser auxiliado en la aclaración de esos hechos por personas que tengan conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o industria, los cuales actúan como auxiliares de la Justicia y contribuyen con su versión a esclarecer los puntos que requieren conocimientos específicos. En ese orden de ideas, para que la prueba pericial sea válida, tiene que haber sido ordenada o decretada y notificada en legal forma por el Juez competente, realizada por personas calificadas, quienes deben hacer una correcta verificación de los hechos, establecer sus características y modalidades, sus cualidades, su relación con otros hechos, las causas que lo produjeron y sus efectos para producir su informe. El peritaje, es el resultado de la intervención calificada, transitoria en el proceso, de personas que luego de realizar determinados actos emiten el dictamen que el Juez ha ordenado como medida: para mejor proveer. Percibidos los hechos por parte de los peritos y rendido su dictamen sobre su existencia, valor y sus características, técnicas, científicas o artísticas, suministra el instrumento probatorio para que el juez conozca el hecho, lo verifique y realice la respectiva valoración, es importante aclarar que el derogado código de Procedimientos Civiles establecía en el art. 363, que *“el dictamen uniforme de dos peritos o el de uno solo en los caso previstos por la ley, constituían plena prueba en la parte facultativa o profesional, estableciendo las excepciones a esta disposición en los artículos 348 y 412 del mencionado Código, a la luz de estas disposiciones se realizaba el siguiente análisis; Para que el juzgador pueda apartarse de una conclusión técnica tiene que hacerlo dando suficiente fundamento; pero si el dictamen llena los requisitos de validez y de eficacia probatoria, en el sentido de que la prueba fue decretada en forma legal, que no existe norma que la prohíbe, realizada por perito o peritos capaces, que tomaron posesión de su cargo en debida forma ,y que el dictamen fue presentado debidamente firmado con las formalidades legales, emitido el mismo en forma consiente, libre de coacción,*

*violencia, dolo, cohecho o seducción, después de haber realizado personalmente los estudios del dictamen y utilizado medios legítimos en la investigación, verificación y calificación sobre el hecho a probar, cuyo contenido esté debidamente fundado y las conclusiones sean claras, inequívocas, firmes y convincentes, circunscritas a los puntos planteados, comprendiendo por supuesto las cuestiones que los peritos consideran como antecedentes, causas o fundamentos necesarios y ha sido emitido en forma imparcial, libre de objeciones por error, inexactitudes o excesos, el Juzgador no puede apartarse de las conclusiones a las que los expertos hubieren arribado”.*²⁰²

*“La función que los peritos como auxiliares de la administración de justicia deben ejercer, es informar bajo juramento al juzgador sobre puntos en discusión, que en una manera directa a percibido y que se relacionan con su especial conocimiento.”*²⁰³

*“La Convención sobre Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), suscrita y ratificada por El Salvador y Costa Rica entre otros, en los artículos 398 a 407 relativos a las Disposiciones Generales sobre la Prueba, desarrollan cuales son los medios de prueba que pueden ser utilizados en cada caso, no comprendiendo entre ellas la Prueba Pericial. Asimismo los artículos 347 in fine, 349, 351 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles, permite a las partes tachar a los peritos, y hacer a los mismos las observaciones necesarias, sobre la prueba que se produce, si el demandado no tiene acceso a la misma, se le vulnera sus derechos constitucionales”.*²⁰⁴

²⁰² **214-SMQM-10.** Sentencia de la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador del diez de febrero de dos mil once.

²⁰³ IMPROCEDENCIA de las 10:00 horas de fecha 07/04/2003, CÁMARA PRIMERA DE LO CIVIL DE LA 1A. SECCIÓN DEL CENTRO, SAN SALVADOR.

²⁰⁴ SENTENCIA DEFINITIVA de las 12:00 horas de fecha 28/02/2003, CÁMARA PRIMERA DE LO CIVIL DE LA 1A. SECCIÓN DEL CENTRO, SAN SALVADOR.

El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, no es absoluto, en el sentido de que no implica la facultad de seguir una actividad probatoria ilimitada. Las pruebas deben ser pertinentes, conducentes e idóneas. La legalidad manda que nada más los medios de prueba establecidos por la ley son admisibles en el proceso y lo serán sólo aquellos que se practiquen conforme al ordenamiento legal. La aplicación del citado principio de legalidad, demanda igualmente que la prueba sea aportada al proceso en la forma que manda la ley, y que ésta la declare admisible. La pertinencia de la prueba es una respuesta dada a lo que debe probarse. La conducencia o relevancia de la prueba en relación a la utilidad del medio de prueba que se propone, por lo tanto es inconducente el que no es adecuado para constatar la afirmación del hecho. La admisibilidad de un medio probatorio, puede colegirse considerando la pertinencia y conducencia, tanto en lo que concierne al tema, como a la eficacia concreta de una prueba para demostrar un hecho alegado por las partes. Aun cuando el demandado está obligado a probar las excepciones que invoca, debe hacerlo mediante la prueba idónea o conducente, es decir, con apego a lo que ordenan las normas.²⁰⁵

“Las fotografías, si bien es cierto no se encuentran expresamente incluidas en el Código de Procedimientos Civiles, es debido a que en la época en que fue redactado dicho Código, no existía el avance científico y tecnológico que tenemos en este tiempo y por ello, no se incluyó como medio probatorio en atención a la realidad que se vivía en el año de 1882, año en el cual entró en vigencia; siendo que actualmente existen numerosas fuentes de prueba que no están expresamente contempladas por la Ley, por la sencilla razón de que en ese tiempo no se conocía más que los medios probatorios tradicionales. Medios probatorios modernos, son ejemplos de

²⁰⁵ SENTENCIA DEFINITIVA, de las 9:00 a.m. horas de fecha 17/05/2002, CAMARA 1º CIVIL DE LA PRIMERA SECCION DEL CENTRO

medios probatorios modernos los siguientes: la investigación de la paternidad a través de los análisis del ADN, la fotografía, el video, el fax, el correo electrónico, la teleinformática y tantos otros.

*La fotografía en sí como medio de prueba no está prohibida y consecuentemente está permitida; ya que no es absoluta la regla de que el sistema probatorio en materia procesal civil es de la tarifa legal sino que admite en buena medida la sana crítica y la fotografía es una extensión de la prueba documental o instrumental, a la que se le deberá dar una interpretación evolutiva”.*²⁰⁶

Devis Echandía, en su obra "Teoría General de la Prueba Judicial" señala que la “peritación cumple una doble función; por un lado, verifica hechos que requieren conocimientos especiales en un orden determinado y, por el otro, suministra reglas técnicas o científicas de la experiencia de los peritos, para formar la convicción de juez sobre los hechos e ilustrarla con la finalidad de que pueda apreciarlos correctamente. El dictamen pericial queda sujeto a la valoración del juez conforme a las reglas de la sana crítica, por lo que carece de efecto o fuerza vinculante, puesto que el Tribunal superior puede apartarse de las conclusiones del experto”.

²⁰⁷

“La prueba por inspección, es el medio legal de poner en contacto directo al juzgador con los hechos afirmados por las partes, razón por la cual, no cabe duda de la naturaleza probatoria de la inspección judicial, pues también aquí estamos en presencia de hechos afirmados por una parte y negados por la otra. Resalta principalmente que, mientras que en el resto de los medios probatorios (confesión, documental, testifical), lo que existe es un intermediario que relata al Juez su propia percepción de los hechos, en la prueba por inspección es innegable que el Juez realiza sus propias

²⁰⁶ SENTENCIA DEFINITIVA, de las 15:00 17/12/2002, CAMARA 1° CIVIL DE LA PRIMERA SECCION DEL CENTRO.

²⁰⁷ SENTENCIA DEFINITIVA, de las 10:22 a.m. horas de fecha 22/03/2002, CAMARA DE FAMILIA DE LA SECCION DE ORIENTE.

*apreciaciones, por la percepción directa de la cosa, del lugar, de la persona y de sus circunstancias. En esta clase de prueba, lo fundamental es el convencimiento psicológico que adquiere el Juez, de las afirmaciones y negaciones de las partes y de la realidad que tiene ante sus sentidos, y su innegable influencia en la resolución, aún contra prueba de carácter pericial, razón por la cual en muchas ocasiones, la inspección judicial se convierte en reina de las pruebas, en la medida en que el convencimiento del juzgador, sobre una afirmación, depende de su propia convicción”.*²⁰⁸

*“La prueba por inspección es el único medio que sitúa al Juez en contacto directo con los hechos afirmados por las partes. Lo fundamental en este medio de prueba es el convencimiento que adquiere el juzgador de la relación entre las afirmaciones de las partes y la realidad, de donde resulta que el Juez puede inclusive desconocer lo dictaminado por los peritos, porque lo decisivo es la convicción que él obtiene sobre una determinada afirmación”.*²⁰⁹

“En la inspección personal de un peritaje, el Juez debe hacerse acompañar por peritos si el objeto de la inspección, por su naturaleza, requiere conocimientos especiales en alguna materia. El numeral segundo del Art. 1019 del Código de Procedimientos Civiles estipula que se puede recibir la causa a pruebas para probar hechos que propuestos en primera instancia no fueron admitidos, está posibilidad u oportunidad que la ley establece no es incondicional, sino que está sujeta a determinadas reglas. En el caso de la prueba pericial, la cual puede ser acordada por el Juez, aún de oficio, en cualquier estado de la causa antes de la sentencia, siempre que a su juicio contribuya al esclarecimiento de la verdad, al ser solicitada por una de las partes fuera del término probatorio, y el juez la deniega, no se

²⁰⁸ SENTENCIA DEFINITIVA, de las 12:00 m. horas de fecha 11/11/2003, CAMARA DE LA 3° SECCION DEL CENTRO.

²⁰⁹ SENTENCIA DEFINITIVA, de las 11:00 a.m. horas de fecha 06/11/2003, CAMARA 1° CIVIL DE LA PRIMERA SECCION DEL CENTRO.

produce una denegación de prueba porque queda a su juicio practicarla o no. El hecho de que la prueba pericial pueda ser acordada aún de oficio por el Juez, no significa que las partes puedan solicitarla en cualquier momento, la ley le da al Juzgador la facultad de ordenarla pasado el término probatorio, si lo considera necesario, pero ello es algo que sólo él puede decidir, queda a su criterio acordarla o no, por lo que no puede exigírsele que lo haga. Las partes están sujetas a los procedimientos que la ley establece debiendo utilizar oportunamente los momentos procesales pertinentes. Cuando una prueba pericial es solicitada por una de las partes fuera del término probatorio, y el Juez la deniega, no se produce una denegación de prueba porque queda a su juicio practicarla o no”.²¹⁰

“Esta Sala estima que el Art. 344 Pr. C. ordena que los peritos deben tener título en la ciencia o arte a que pertenezca el punto sobre el cual ha de oírse su juicio, y el Art. 345 Pr. C. faculta al Juez para nombrar a cualesquiera personas entendidas, aun cuando no tengan título, si la profesión o el arte no estuvieren reglamentados, o estándolo no hubiere perito en el lugar. En los peritajes corresponde al juzgador apreciar el mérito de convicción que debe reconocerle al dictamen, sobre todo si coincide con lo que él observó al hacer la inspección. Por otra parte, la falta de cumplimiento no está sancionada en la ley, conservando en tal caso, el peritaje, la calidad de plena prueba. La Sala de lo Civil, a tenor de lo dispuesto en el inciso 3° del Art. 347 Pr. C., es del parecer, que esta disposición prescribe la regla general, consistente en que sólo podrán nombrarse peritos a las personas residentes en el distrito judicial respectivo y que al mismo tiempo, la disposición contiene una excepción, en el sentido de que se podrán nombrar de un lugar diferente, cuando los peritos deban ser titulados, si no los hubiere en la circunscripción del tribunal. Esta Sala toma

²¹⁰ SENTENCIA DEFINITIVA, de SALA DE LO CIVIL, Ref. 81 Nva. S.S., de las 08:15 a.m. del 16/1/2004.

en cuenta que el Art. 362 Pr. C. respeta el juicio del juzgador en la apreciación del peritaje y, si a su juicio, la relación de los peritos es oscura, puede de oficio, o a petición de parte, exigir explicaciones, o nombrar otros”.

211

“El juez está facultado por la ley, para hacerse acompañar de un perito para la realización de una inspección, con el fin de esclarecer algún punto que requiera conocimiento técnico, sin que ello constituya un elemento condicionante del dictamen, ya que como lo dispone el inc. Segundo del Art. 370 Pr.C., el dictamen de los peritos no debe apreciarse si es contrario a la estimación del juez. En tal sentido, tratándose de una prueba por inspección y no de una pericial, si el juzgador se hace acompañar de un solo perito, en nada afecta el valor probatorio de la inspección realizada, ya que como la misma ley lo establece, el involucrar peritos en dicha prueba es opcional y no condicionante de dicha prueba”.²¹²

“Resulta ilógico pretender restar valor probatorio a las declaraciones de profesionales médicos especialistas, los que se consideran en la teoría procesal como testigo-peritos, es decir testigos facultativos en la ciencia, técnica o arte implicada en los hechos sobre los que se declara, que consecuentemente tienen mayor capacidad de aprehensión y comprensión de los hechos sobre los que recae su testimonio, y por lo tanto, son testigos de mayor credibilidad o fuerza probatoria que los testigos ordinarios”.²¹³

²¹¹ SENTENCIA DEFINITIVA, de SALA DE LO CIVIL, Ref. 22-C-2004, de las 14:00 a.m. del 23/7/2004.

²¹² SENTENCIA DEFINITIVA, Sala de lo Civil, ref. Casación 130-C-2005 de las 09:00 a.m. del día 5/12/2005.

²¹³ SENTENCIA DEFINITIVA, Sala de lo Civil, ref. 320 S.M. de las 10:00 a.m del día 11/7/2005.

*“Los peritos son auxiliares del juez, pero su dicho no es vinculante, pues si el mismo observa o constata una cosa diferente es esto lo que lo determinará a hacer sus valoraciones o conclusiones”.*²¹⁴

*“La prueba de peritos es en realidad un verdadero medio de prueba, que sirve para que el juzgador pueda obtener el convencimiento sobre la veracidad de las circunstancias que conforman el supuesto de hecho de la norma cuya aplicación se pide, o de la relación jurídica llevada ante él. La prueba pericial es una prueba especial por su propia naturaleza y contenido, pero no deja de ser un medio de prueba. Lo afirmado por los peritos es indispensable cuando el juzgador carece de los conocimientos sobre alguna ciencia o arte. No puede confundirse con la prueba por presunción, la cual es una deducción de hechos plenamente probados. Un dictamen pericial puede dar pie para una presunción. Si la presunción tiene base o no, es cuestión que la debe decidir el juzgador, sin estar obligada la parte demandada a probar los extremos de la demanda. La prueba pericial tiene por objeto evidenciar al Juez la veracidad de las circunstancias que conforman el supuesto de hecho de la norma, en puntos de hechos facultativos o profesionales.- Las presunciones se admiten únicamente en los casos en que la ley admite la prueba testimonial. Cuando el juicio es de mero derecho, se aplica la regla mencionada; pero cuando el juicio es de hecho, deben probarse los extremos de la demanda o de las excepciones alegadas, por los medios de prueba establecidos en la ley”.*²¹⁵

²¹⁴ SENTENCIA DEFINITIVA, Sala de lo Civil, ref. 1620 Ap. S.S. de las 12:20 p.m del día 10/1/2005.

²¹⁵ Sentencia de la SALA DE LO CIVIL, Ref. 93-C-2006 de las 11:00 horas del día 14/3/2007.

5.2. Clasificación de Peritos.

Habiendo ya señalado en el Subtítulo 1.7. del Capítulo Uno la posible diversidad de pericias que se pueden dar en el proceso, es oportuno ahora referirse brevemente a las distintas clases de entidades y sujetos que pueden actuar como peritos. El artículo 383 CPCM establece la Capacidad para ser Perito y determina que: *“Podrán ser designados peritos quienes posean título oficial en la materia, ciencia o arte de que se trate. Si el objeto de la pericia no estuviera amparado por un título oficial, se nombrará el perito entre personas entendidas en la materia.”*²¹⁶ Hay, pues peritos *titulados* y *no titulados*.

Pero no se trata de que sean titulados en cuanto peritos judiciales, sino, sencillamente, personas en posesión de un título *oficialmente reconocido*. No se ve inconveniente alguno, sin embargo, en que las partes propongan y el juzgador admita como peritos a personas con títulos académicos o profesionales extranjeros o de otro tipo, aunque no estén oficialmente reconocidos en El Salvador.

Más allá de su concreto contenido, que en el espíritu del Código Procesal Civil y Mercantil está la admisión de pruebas periciales a cargo, no sólo de personas físicas, sino también de entidades o personas jurídicas, públicas y privadas. En este caso, debe constar, sin embargo, el nombre de la persona o personas físicas intervinientes en la confección del informe pericial. De este modo, podrán solicitarse de esas personas, directamente,

²¹⁶ **LACONICH, Arquimides.** *Código Procesal Civil.* Ley No. 1337, Asunción, 4 de noviembre de 1988. Editora Intercontinental. Asunción, Paraguay. 1989. Art. 351. *“Idoneidad.-Si la profesión estuviere reglamentada, los peritos deberán tener títulos habilitantes en la ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada a que se refieran las cuestiones acerca de las cuales deban expedirse. Podrán también proponerse como perito a una persona jurídica o entidad especializada. En caso contrario, o cuando no hubiere en el lugar del proceso perito con título, podrá ser nombrada cualquier persona idónea.*

las explicaciones que sean oportunas, cabrá hacerles las observaciones convenientes y, se podrá, respecto de dichas personas físicas, proponer recusación.

5.3. Procedimiento para Diligenciar la Prueba Pericial Judicial.

El Código Procesal Civil y Mercantil, cuando se refiere a la Actividad Probatoria, Normas Generales sobre la Prueba, establece en el artículo 312 CPCM, literalmente dice : *“Las partes tienen derecho a probar, en igualdad de condiciones, las afirmaciones que hubieran dado a conocer sobre los hechos controvertidos que son fundamento de la pretensión o de la oposición a ésta; a que el juez tenga en cuenta, en la sentencia o decisión, las pruebas producidas; y a utilizar los medios que este código prevé, así como aquéllos que, dada la naturaleza del debate, posibiliten comprobar los hechos alegados”*.

En el procedimiento para diligenciar la Prueba Pericial Judicial se dan dos momentos importantes a destacar, primero la Petición de Parte, el artículo 317 inciso primero y segundo dan la pauta para este primer momento y el segundo momento es el Inicio de la Labor del Juez, y a este le da la pauta el inciso tercero del mismo artículo.

5.3.1. Petición de Parte.

El artículo 317 CPCM establece que: *“La prueba deberá ser propuesta por las partes en la audiencia preparatoria o en la audiencia del procedimiento abreviado, salvo casos expresamente exceptuados en este código”*. Y el segundo inciso del mismo artículo establece que: *“La*

proposición de la prueba exige singularizar el medio que habrá de ser utilizado, con la debida especificación de su contenido”.

También el artículo 375 CPCM establece la Procedencia de la Prueba Pericial y determina que *“Si la apreciación de algún hecho controvertido en el proceso requiere conocimientos científicos, artísticos o de alguna técnica especializada, las partes podrán proponer la práctica de la prueba pericial.”* Y además de esta aplicación general a la premisa de Petición de Parte, también existe la específica; es decir, la Petición de Parte, pero de Perito Judicial, el artículo 380 CPCM establece que: *“Las partes podrán proponer el nombramiento de un perito judicial cuyo dictamen consideren necesario o adecuado para la mejor defensa de sus intereses. El tribunal encargará la pericia a un técnico en la materia.”*

Habiéndose establecido estas presupuestos, se afirma que existe la necesidad de la peritación, lo mismo que el trámite para que sea admitida, puede presentarse a lo largo de todo el proceso, desde el momento inicial hasta la fase última, esto es, según el artículo 381 CPCM que se refiere al Momento de la Proposición de la Prueba Pericial Judicial que literalmente dice: *“Cuando la parte pretenda el nombramiento de perito judicial in limine Litis, y la urgencia del caso lo requiera, deberá indicarlo en el correspondiente escrito de alegación inicial, con identificación del objeto de la prueba.*

El tribunal, si considera que la prueba es pertinente y útil, deberá proceder al nombramiento del perito en el plazo de tres días contados desde la conclusión del señalado para contestar la demanda, independientemente de cuál de las partes hubiera solicitado la pericia judicial.

Las partes también podrán proponer la prueba pericial por perito nombrado judicialmente durante la audiencia preparatoria o en la única

audiencia del proceso abreviado, casos en los que el tribunal lo designará sin más trámite, si considera la prueba pertinente y útil...”

Es decir que, no es suficiente decirle al juez que ordene una prueba de peritos o un dictamen pericial sino que, cuando se pide dicha prueba, es necesario indicarle al juez sobre qué puntos debe recaer, para lo cual se redacta un cuestionario para que se someta al conocimiento de los peritos, procurando que cada pregunta contenga un solo punto, esto con el fin de que el objeto de la prueba quede claro.

En la providencia que decreta o admite la prueba, el juez puede limitarse a ordenarla y a decir que debe versar sobre los puntos planteados en el memorial petitorio o puede copiar el cuestionario que en el mismo aparece. Ahora bien, si la prueba se ordena de oficio, es indispensable precisar en la misma providencia los puntos que se someten a los peritos, y si no se hace, será necesario complementarla con otra providencia posterior, bien sea de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes o de los mismos peritos.

¿Cuáles son, entonces, los presupuestos sustanciales para que se admita o decrete la peritación? Naturalmente, el criterio orientador surge aquí del carácter intrínseco de la peritación; por ello, el presupuesto único para que la peritación pueda tener cabida es que se patentice en el proceso la necesidad de una investigación o de una información de índole técnica, que sea necesario y oportuno realizar o que sea dado obtener de otro modo.

La peritación judicial, una vez admitida, es dentro de nuestro sistema procesal un medio de prueba que implica por sí mismo la aptitud y el fin de la averiguación de la verdad. Lo que la distingue de los demás medios de prueba está en la característica de que no es un medio de prueba proveniente de las partes o presentado por ellas. Además, es vital observar

que este medio de prueba, así como puede ser pedido por cualquiera de las partes, así también se hace común a todas ellas.

Para finalizar, se puede afirmar que en el momento oportuno la parte puede solicitar designación de perito con expresa mención de la especialización requerida y proponer concreta y claramente los puntos que intenta someter a pericia. La parte contraria puede observar la procedencia y/o la pertinencia de los puntos propuestos y ofrecer otros puntos con el mismo objeto.

5.3.2. Inicio de la Labor del Juez.

De resultar admisible el ofrecimiento, el juez nombra al perito, fija con precisión y claridad los puntos de la pericia de acuerdo con el cuestionario presentado por las partes y el que de oficio estime conveniente formular; así mismo determina el plazo para dictaminar y presentar el respectivo informe de acuerdo a lo determinado en el Código Procesal Civil y Mercantil en el artículo 386 estableciendo que: *“El perito deberá presentar el dictamen por escrito y remitirlo al juez y a las partes dentro del plazo otorgado, que deberá finalizar cuando menos diez días antes de la celebración de la audiencia probatoria.”*

5.4. Perito y Testigo. Diferencias.

“Las diferencias entre perito y testigo se desprenden de las que existen entre testimonio de terceros y peritaje.”²¹⁷

²¹⁷ DE SANTOS, Victor. *La Prueba Judicial. Op. Cit.* Pág. 475.

El derecho económico que a ambos corresponde es distinto, lo mismo que la oportunidad para exigir la compensación por los gastos que importa el cumplimiento de su función.

Como lo expone de relieve Devis Echandía²¹⁸ existen importantes diferencias en el objeto y la naturaleza de la actividad procesal del perito y del testigo, no obstante que la de ambos debe versar sobre hechos:

1. El perito puede verificar el hecho mediante deducciones y juicios técnicos o científicos (es decir, sin haberlo percibido) y le comunica al juez la certeza que pudo adquirir por ese procedimiento, mientras que el testigo debe relatarle al juez lo que haya percibido. *“Del primero se invoca la ciencia; del segundo la memoria.”*²¹⁹
2. El perito puede dictaminar sobre hechos futuros, como un lucro cesante o lo que hubiera producido durante el término normal de vida de una persona que falleció accidentalmente, mientras que el testigo no.²²⁰
3. El perito puede conceptuar sobre hechos pasados que no dejaron rastros o vestigios materiales y que por consiguiente no puede percibir, basado en pruebas que del mismo se hayan llevado a los autos, lo cual es impensable en el testigo.
4. Cuando el perito percibe el hecho, esa percepción puede servirle de fundamento para conceptuar sobre las causas que lo produjeron, sus efectos, sus cualidades y defectos, su valor y

²¹⁸ **ECHANDÍA, Devis.** *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo II. Citado por **DE SANTOS, Victor.** *La Prueba Judicial*. Op. Cit. Pág. 475.

²¹⁹ **LESSONA, Carlo.** *Teoría de las Pruebas en el Derecho Civil*, Op. Cit. Pág. 456. También agrega que *El perito difiere por muchos motivos del testigo. A este se le piden noticias respecto a los hechos, en tanto que al perito se le solicita un criterio, una apreciación: del primero se invoca la memoria; del segundo, la ciencia.*

²²⁰ **PALLARES, Eduardo.** *Derecho Procesal Civil*, Op. Cit. Pág. 398. También agrega que *Las declaraciones de los testigos siempre se refieren a hechos acontecidos en el pasado, las de los peritos pueden referirse a hechos presentes o futuros.*

cualesquiera otros aspectos técnicos, artísticos o científicos a base de deducciones lógicas y mediante la aplicación de normas técnicas de la experiencia, en tanto que el testigo debe circunscribirse a relatar sus percepciones, pero sin que esto obste a que emita juicios comunes o técnicos.

Al igual que Devis Echandia, realiza diferencias entre los peritos y el testigo, Lessona²²¹ adiciona a las anteriores las siguientes diferencias:

5. Al testigo que cumple un deber cívico no se le dan honorarios; estos, por el contrario, se dan al perito.²²²
6. Los testigos deben responder separadamente, y los peritos pueden o no trabajar conjuntamente para emitir el dictamen que les fue encomendado.
7. Testigo no puede ser sino aquel que en los diversos casos se indica como conocedor de los hechos; pero perito puede ser cualquier persona capaz y experta elegida por el juez o por las partes.

Por otra parte Pallares²²³ menciona las siguientes:

8. Los testigos siempre son personas físicas; los peritos pueden ser personas morales (jurídicas).
9. El conocimiento en que se funda la prueba testimonial es anterior al juicio, el de la pericial se elabora durante el juicio.

²²¹ LESSONA, Carlo. *Op. Cit.* Pág. 456, 457.

²²² PALLARES, Eduardo. *Derecho Procesal Civil, Op. Cit.* Pág. 398. También agrega que *Los servicios de los peritos están regidos por el principio de que nadie puede ser obligado a prestar un servicio personal sin que este justamente retribuido. Por el contrario tradicionalmente se considera inhábil al testigo pagado porque fácilmente vencería el litigante que pudiese pagar una cantidad mayor de dinero para obtener una declaración favorable. En otras palabras, es de la esencia de la prueba testimonial el que sea desinteresada.*

²²³ *Ibíd.* Pág. 398.

10. Los testigos pueden ser obligados judicialmente a declarar (Art. 362 CPCM), los peritos no pueden serlo, y cuando se nieguen a cumplir su cometido, su responsabilidad consiste en el pago de los daños y perjuicios.
11. El testigo es introducido al proceso por la parte que lo ofrece, en cambio el perito no basta con que una parte ofrezca este tipo de prueba, sino que debe existir una resolución del juez para su nombramiento.

Las diferencias precedentemente señaladas existen inclusive entre el testigo técnico y el perito, aunque en la práctica resulte difícil determinarlas.

No obstante, la diferencia más importante entre perito y testigo consiste en que el primero actúa en el proceso en virtud de un encargo del funcionario respectivo, lo que no ocurre con el segundo.

“La doctrina moderna mayoritaria está de acuerdo en esta diferencia.”²²⁴

Florian y Franchi²²⁵ consideran que puede existir previo encargo el juez, para que una persona observe determinados hechos y posteriormente testimonio sobre los mismos.

Esta situación, sin embargo, en la práctica no se presenta y teóricamente implica la desnaturalización del testimonio, otorgándole un carácter instrumental que sólo existe en los testigos denominados por la doctrina como *testigos actuarios*, que acompañan al juez en inspecciones o reconocimientos judiciales y cuya naturaleza y función son muy distintas.

²²⁴ **DE SANTO, Víctor.** *El Proceso Civil.* Tomo VI. Citado por **DE SANTOS, Víctor.** *La Prueba Judicial. Op. Cit.* Pág. 476.

²²⁵ *Ibíd.* Pág. 476.

Las otras diferencias que por lo general señalan los autores, son más aparentes que reales o se basan en un deficiente análisis de los distintos tipos de testigos y de peritos que en la praxis procesal pueden existir.

5.4.1. Diferencias entre Informe Pericial y la Declaración de Testigo.

Para facilitar su comprensión, se presentan en forma de cuadro, los requisitos necesarios tanto del testimonio como del dictamen pericial, en lo relativo a la existencia procesal, validez y eficacia probatoria.

REQUISITOS PARA LA EXISTENCIA PROCESAL	
DEL TESTIMONIO	DEL DICTAMEN PERICIAL
✓ Debe ser declaración personal.	✓ Debe ser un dictamen personal.
✓ Debe ser declaración de un tercero, a menos que se tome en el sentido genérico que incluye el testimonio de parte.	✓ Debe ser consecuencia de un encargo judicial.
✓ Debe ser un acto procesal.	✓ Debe ser un acto procesal.
✓ Es necesario que la declaración verse sobre hechos, entendidos en su más amplia acepción.	✓ Debe versar sobre hechos y no sobre cuestiones de puro derecho.
✓ Los hechos sobre que verse deben haber ocurrido antes de la declaración.	✓ Debe ser dictamen de un tercero (en sentido rigurosamente procesal).
✓ Debe tratarse de una declaración representativa.	✓ Debe contener conceptos personales del perito.
✓ Debe tener significación probatoria.	
✓ Que el testigo no se encuentre en estado de inconsciencia en el momento en que declara.	

REQUISITOS PARA LA VALIDEZ JURÍDICA PROCESAL	
DEL TESTIMONIO	DEL DICTAMEN PERICIAL
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Previa admisión u ordenación del testimonio, en forma legal. ✓ Legitimación para pedir rendir el testimonio. ✓ La recepción del testimonio por el funcionario legitimado para ello. ✓ Capacidad Jurídica del testigo. ✓ Habilidad o aptitud mental o psíquica del testigo para el caso concreto o capacidad concreta. ✓ Debe ser un acto consciente, libre de coacción. ✓ Debe estar precedido de juramento en legal forma. ✓ Debe cumplir con las demás formalidades procesales de tiempo, modo y lugar. ✓ Ausencia de otros motivos de nulidad del proceso, que puedan viciar los testimonios recibidos. 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Que la ordenación de la prueba haya sido hecha en forma legal. ✓ La capacidad jurídica del perito para desempeñar el cargo. ✓ La presentación o exposición del dictamen en forma legal. ✓ Que sea un acto consciente, libre de coacción, violencia, dolo y cohecho. ✓ Que no exista prohibición legal de practicar esta clase de prueba. ✓ Que los peritos hayan realizado personalmente su trabajo.

REQUISITOS PARA LA EFICACIA PROCESAL	
DEL TESTIMONIO	DEL DICTAMEN PERICIAL
<ul style="list-style-type: none"> ✓ La conducencia del medio. ✓ Capacidad mental en el momento de la percepción de los hechos sobre los cuales versa el testimonio. ✓ Ausencia de perturbaciones psicológicas o de otro orden que efectúen gravemente la percepción. ✓ Que el testigo no adolezca de falta total no adolezca de falta o de 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Que sea un medio conducente respecto al hecho por probar. ✓ Que el perito sea competente, es decir verdadero experto para el desempeño de su encargo. ✓ Que no exista motivo serio para dudar de su imparcialidad y sinceridad. ✓ Que no se haya probado una

<p>defectos del respectivo órgano de percepción.</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Una capacidad memorativa normal del testigo de acuerdo con la antigüedad de los hechos. ✓ Que no existan otras circunstancias subjetivas u objetivas que puedan haber alterado la fidelidad de sus percepciones o de su memoria. ✓ Ausencia de interés personal o familiar del testigo en el litigio sobre el hecho objeto de su testimonio. ✓ Ausencia de antecedentes de perjurio, falsedad o deshonestidad del testigo y de habitualidad como tal. ✓ Que el testimonio contenga la llamada “razón del dicho” o mejor razón de las ciencias del dicho del testigo (cuándo, donde, y de qué manera ocurrió el hecho, y cuándo, dónde y cómo lo percibió o conoció). ✓ Que no aparezca imposible ni improbable la ocurrencia del hecho en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que el testigo expone. ✓ Que si hay varias declaraciones del mismo testigo, no existan graves contradicciones entre ellas. Que los distintos hechos contenidos en su narración no aparezcan contradictorios entre sí. ✓ Que haya claridad y seguridad en las conclusiones del testigo y que no sean vagas e incoherentes. ✓ Que no haya contradicciones graves con los testimonios de otras personas o con pruebas de otro 	<p>objección por error grave</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Que el dictamen esté debidamente fundamentado. ✓ Que las conclusiones del dictamen sean claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos. ✓ Que se haya dado traslado del dictamen a las partes. ✓ Que no haya habido retracto. ✓ Que otras pruebas no lo desvirtúen aun cuando no haya habido objeción.
--	--

<p>orden, que merezca similar o mayor credibilidad.</p> <ul style="list-style-type: none">✓ Que no exista cosa juzgada ni una presunción de derecho en contrario.✓ Que lo dicho por el testigo no exceda el objeto propio del testimonio.✓ Que se haya abonado o ratificado en debida forma si era necesario.✓ Que se hayan cumplido las demás formalidades para su recepción aun cuando su falta no conlleve la nulidad del testimonio.	
---	--

CAPÍTULO SEIS

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN Y COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Sumario.- 6.1. *Población y Muestra.* 6.2. *Fórmula para el Tamaño de la Muestra.* 6.3. *Instrumento y Procedimiento.* 6.4. *Resultados de la Entrevista.* 6.5. *Formulación y Comprobación de la Hipótesis.* 6.6. *Conclusiones y Recomendaciones.* 6.6.1. *Conclusiones.* 6.6.2. *Recomendaciones.*

El presente capítulo tiene como objeto exponer los resultados de la información recabada a través de las entrevistas a los funcionarios encargados de la actual Administración de Justicia en lo relativo a la Prueba Pericial Judicial.

Con la investigación realizada se pretendió comprobar un conjunto de hipótesis que se establecieron en el Diseño de la Investigación, y son las siguientes:

- a) La regulación normativa actual de la prueba pericial judicial violenta los principios de aportación y dirección y ordenación del proceso.
- b) La falta de ordenación oficiosa de la prueba pericial por parte del Juez obstaculiza el esclarecimiento de hechos controvertidos.

6.1. Población y Muestra.

La población o universo comprenderá a los titulares de los Tribunales de lo Civil y Mercantil de San Salvador. La muestra objeto de estudio será aquellos titulares de los Tribunales de lo Civil y Mercantil que realicen o den resoluciones en las cuales se nombre a un perito judicial con el fin de

esclarecer ciertos hechos en los cuales, el Juez le es imposible a través de su saber y entender dar una resolución judicial idónea. Las unidades de análisis u observación serán los titulares los Tribunales de lo Civil y Mercantil y los usuarios de estas.

6.2. Fórmula para el Tamaño de la Muestra.

a) Restricciones:

- i) Coeficiente de confianza: 95%
- ii) Error muestral: 0.06
- iii) Proporción poblacional de que ocurra algo: P= 0.50
- iv) Proporción poblacional de que no ocurra algo: Q= 0.50

Con las restricciones anteriores, se procedió a obtener la muestra mediante la siguiente fórmula:

$$n = \frac{Z^2 \cdot P \cdot Q \cdot N}{(N-1) \cdot E^2 + Z^2 \cdot P \cdot Q}$$

En donde:

n= tamaño de la muestra.

N= 10 (total de jueces que conocen en materia civil y mercantil en San Salvador)

Z= 1.96

$$P= 0.50$$

$$Q= 0.50$$

$$E= 0.06$$

Obteniéndose el siguiente resultado:

$$n= \frac{(1.96)^2 \times (0.5) \times (0.5) \times 10}{(10-1) \times (0.06)^2 + (1.96)^2 \times (0.5) \times (0.5)}$$

$$n= 8.68 \text{ (86.8\% del Universo)}$$

Para la escogitación de las unidades encuestadas (Juzgado cuyo juez fue encuestado) se utilizó una tabla de números aleatorios.

b) Diseño Seleccionado:

Se seleccionó el diseño de muestreo aleatorio estratificado proporcional:

Juzgados	No. De Jueces	%	% de 10	n
1° de lo Civil y lo Mercantil	2	20	1.736	1.736
2° de lo Civil y lo Mercantil	2	20	1.736	1.736

3° de lo Civil y lo Mercantil	2	20	1.736	1.736
4° de lo Civil y lo Mercantil	2	20	1.736	1.736
5° de lo Civil y lo Mercantil	2	20	1.736	1.736
Total	10	100	8.68	8.68

6.3. Instrumento y Procedimiento.

Para la recopilación de los datos fue utilizado un instrumento, el cuál consistió en la Cédula de entrevista administrada a los diez jueces que conocen de lo civil y lo mercantil en San Salvador. Dicha entrevista se realizó con ocho preguntas de tipo abiertas (Ver anexo).

La entrevista a los jueces fue administrada en forma personal en un 100%, lo cual arrojó los siguientes resultados:

6.4. Resultados de la Entrevista.

Del total de los jueces aplicadores del Código Procesal Civil y Mercantil entrevistados diez contestaron, haciendo un total del 100% de efectividad en la entrevista de forma personal.

6.5. Formulación y Comprobación de la Hipótesis.

6.5.1. Comprobación de la Hipótesis General.

- ✓ La regulación normativa actual de la prueba pericial judicial violenta los principios de aportación y dirección y ordenación del proceso.

Pregunta 1.

¿Conoce usted en qué consiste la prueba pericial judicial?

Si	100%
No	0%

Pregunta 2.

¿Considera usted que existe Confusión entre la prueba pericial judicial y la prueba pericial extrajudicial?

Si	0%
No	100%

Pregunta 3.

¿La regulación normativa actual de la prueba pericial judicial violenta los principios de aportación y dirección y ordenación del proceso?

Si	20%
No	80%

Pregunta 4.

¿Existen ventajas y desventajas de la oficiosidad de la prueba pericial judicial en el proceso civil y mercantil salvadoreño?

Si	70%
----	-----

No 30%

Pregunta 5.

¿A su juicio considera factible Plantear posibles reformas a los artículos del Código Procesal Civil y Mercantil en relación con la prueba pericial judicial?

Si 10%

No 90%

6.5.2. Comprobación de la Hipótesis Específica.

- ✓ La falta de ordenación oficiosa de la prueba pericial por parte del Juez obstaculiza el esclarecimiento de hechos controvertidos.

Pregunta 6.

¿Considera usted que la falta de ordenación oficiosa de la prueba pericial por parte del Juez obstaculiza el esclarecimiento de hechos controvertidos?

Si 40%

No 60%

Pregunta 7.

¿Considera usted que la regulación normativa actual de la prueba pericial judicial violenta los principios de aportación y dirección y ordenación del proceso civil y mercantil?

Si 90%

No 10%

Pregunta 8.

¿Considera usted que se protegen los principios de aportación, dirección y ordenación del proceso ahora que el juez ya no puede ordenar practicar de oficio la prueba pericial?

Si 80%

No 20%

Estos resultados condicen al logro de los objetivos y comprueban las hipótesis que orientan el proceso de la investigación. De los cuales se obtuvieron las conclusiones y recomendaciones siguientes:

6.6. Conclusiones y Recomendaciones.

6.6.1. Conclusiones.

- a) La situación actual relativa a la concreta aplicación de la prueba pericial judicial en el proceso civil y mercantil de El Salvador, requiere

de un involucramiento más amplio y directo de parte del Órgano Judicial. Este involucramiento debe verse reflejado en la creación de centros de peritaje para todos los Tribunales del país o asignando peritos realmente calificados en su rama o en su defecto tener comunicación directa y fluida con los diferentes centros de Educación Superior, para poder disponer en un momento determinado de profesionales altamente calificados para verificar dictámenes.

- b) Es de imperiosa necesidad que la prueba pericial judicial tenga una correcta aplicación tal y como la ley lo exige, en el sentido de que las personas o profesionales que desempeñen la función de perito sean personas capaces e idóneas dentro de su especialidad.
- c) La entrevista a los funcionarios evidenció que el perito no es quién así se autodenomina o a quien se le reviste de tal carácter por simple mandato judicial, perito a ciencia cierta es aquel que, merced a su propio valer, o a su propia experiencia; puede demostrar, a través de procedimientos técnicos y científicos, la exactitud de lo que afirma y que, por la discreción, honestidad, y delicadeza de sus actos, merece la unánime confianza que depositan sus semejantes. Este es precisamente el tipo de perito que no se ha estado nombrando en los procesos que se siguen en los tribunales de nuestro país. Lo que fue concluyente en las respuestas obtenidas de la opinión de los entrevistados.
- d) Aunado a lo anterior tenemos que el Órgano Judicial no cuenta ni con los medios ni con las personas capacitadas para orientar la investigación científica.
- e) No existe confusión entre la Prueba Pericial Judicial y la Prueba Pericial Extrajudicial, el problema que se da en el Código Procesal

Civil y Mercantil es que la última no tiene control judicial, dándose así la violación de la Cadena de Custodia y del Principio de Inmediación, ya que en esta no hay garantía de que se cuide o respete la Cadena de Custodia de la Prueba, dándose así la violación a Principios y Garantías Fundamentales.

- f) La regulación normativa actual de la Prueba Pericial Judicial en el Código Procesal Civil y Mercantil no violenta los principios de Aportación y Dirección y Ordenación del proceso ya que el artículo 7 CPCM es claro al decir que; el juez puede ordenar diligencias para mejor proveer con el fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio en el proceso, pero con el prerrequisito que la prueba ya haya sido debida y oportunamente aportada y controvertida en el proceso.
- g) Existe una contradicción entre el artículo 6 y 14 del CPCM ya que el primero establece el principio dispositivo, pero a la vez el último vuelve oficiosa la impulsión y tramitación del proceso de parte del juez, por tanto genera la oficiosidad de la Prueba Pericial Judicial.
- h) Se ha tenido un gran progreso en el ordenamiento procesal civil y mercantil, ya que en términos generales el actual Código Procesal Civil y Mercantil, logro importante ya que esto ha puesto a la legislación procesal salvadoreña entre las modernas de Latinoamérica.

6.6.2. Recomendaciones.

- a) Se recomienda al Órgano Judicial, que haga las reformas pertinentes y gestione los recursos necesarios para la creación de dependencias

dedicadas a la práctica pericial, fundamentada en los procedimientos técnicos-científicos modernos. Esta tesis puede constituir un documento básico para emprender dicha tarea.

- b) Evitar que los Órganos Auxiliares cometan defectos y vicios en la verificación de peritajes mediante la absorción de los laboratorios que dichos órganos tienen por parte de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual puede crearse un organismo ad-hoc responsable de su aplicación.
- c) Se recomienda capacitar a los jueces para que adquieran los conocimientos necesarios sobre las diferentes técnicas objeto de peritajes con el efecto de que valoren objetivamente dicho medio de prueba. Para lo cual la Corte Suprema de Justicia debe elaborar un programa de capacitación que abarque todo el país y cuyo contenido básico sea las técnicas modernas de peritaje. Este documento puede contribuir a ello, utilizando los contenidos aquí presentados, para crear una guía del perito ideal para el sistema probatorio del Proceso Civil y Mercantil.

ANEXOS

FORMATO DE ENCUESTA A PROFESIONALES DEL DERECHO.

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO Y PROCESAL**

**ENCUESTA PARA OBTENER INFORMACIÓN Y SUSTENTAR LA TESIS:
“LA PRUEBA PERICIAL JUDICIAL EN EL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL”**

1. *¿Conoce usted en qué consiste la prueba pericial judicial?*

SI _____

NO _____

2. *¿Considera usted que existe Confusión entre la prueba pericial judicial y la prueba pericial extrajudicial?*

SI _____

NO _____

3. *¿La regulación normativa actual de la prueba pericial judicial violenta los principios de aportación y dirección y ordenación del proceso?*

SI _____

NO _____

4. *¿Existen ventajas y desventajas de la oficiosidad de la prueba pericial judicial en el proceso civil y mercantil salvadoreño?*

SI _____

NO _____

Cuáles serían algunas _____

5. ¿A su juicio considera factible Plantear posibles reformas a los artículos del Código Procesal Civil y Mercantil en relación con la prueba pericial judicial?

SI _____ NO _____ ¿por qué? _____

6. Considera usted que la falta de ordenación oficiosa de la prueba pericial por parte del Juez obstaculiza el esclarecimiento de hechos controvertidos

SI _____ NO _____ ¿por qué? _____

7. ¿Considera usted que la regulación normativa actual de la prueba pericial judicial violenta los principios de aportación y dirección y ordenación del proceso civil y mercantil?

SI _____ NO _____

8. ¿Considera usted que se protegen los principios de aportación, dirección y ordenación del proceso ahora que el juez ya no puede ordenar practicar de oficio la prueba pericial?

SI _____ NO _____

¿Por qué? _____

FORMATO DE ENCUESTA A LA POBLACIÓN ESTUDIANTIL.

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

**ENCUESTA PARA OBTENER INFORMACION PARA SUSTENTAR LA
TESIS: "LA PRUEBA PERICIAL JUDICIAL EN EL PROCESO CIVIL Y
MERCANTIL"**

1. *¿Sabe usted en qué consiste la prueba pericial judicial?*

SI _____ NO _____

2. *¿Considera usted que la regulación normativa actual de la prueba pericial judicial violenta los principios de aportación y dirección y ordenación del proceso civil y mercantil?*

SI _____ NO _____

3. *¿Le explicaron a usted cual es el valor probatorio, de este medio de prueba?*

SI _____ NO _____

4. *¿Sabe usted que la prueba pericial judicial es únicamente oponible a instancia de parte?*

SI _____ NO _____

5. *¿Considera necesaria la normativa que regule la prueba pericial de oficio?*

SI _____

NO _____

6. *¿Considera usted que existe confusión entre la prueba pericial judicial y la prueba pericial extrajudicial?*

SI _____

NO _____

7. *¿Considera usted que la falta de ordenación oficiosa de la prueba pericial por parte del juez obstaculiza el esclarecimiento de hechos controvertidos?*

SI _____

NO _____

8. *¿A su criterio cual es la función del perito en el proceso civil y mercantil?*

Ilustrar al juez _____ Demostrar los hechos _____

Comprobar un hecho _____

FORMATO DE ESCRITO DE SOLICITUD DE PERITO JUDICIAL.

REF.: 2674-EM-2011

SEÑOR JUEZ PRIMERO DE LO CIVIL Y LO MERCANTIL DE SAN SALVADOR.-

JUAN JOSE ESCOBAR HERNANDEZ, mayor de edad, Abogado del domicilio de San Salvador, portador de mi Documento Único de Identidad Personal Número cero dos millones ochocientos treinta y nueve mil ochocientos setenta – dos, y con mi tarjeta de Identificación de Abogado Número **VEINTIUN MIL CINCUENTA Y SEIS**, a Usted respetuosamente **EXPONGO:**

I. Que no estoy comprendido entre las personas con impedimento para procurar que se mencionan en el artículo sesenta y siete del Código Procesal Civil y Mercantil.

II. Que mi mandante **ORSY MELVIN QUINTANILLA CAMPOS**, solicita para efectos de fortalecer su defensa en el presente juicio ejecutivo mercantil que sigue en su contra, el licenciado **MARVIN ALEXIS ALFARO CAMPOS**, en su calidad de Apoderado General Judicial con Cláusula Especial del Banco de América Central, Sociedad Anónima que se puede abreviar Banco de América Central S.A. Nombramiento de **PERITO JUDICIAL** así como lo establecen los Artículos trescientos ochenta, trescientos ochenta y uno y trescientos ochenta y dos, del código procesal civil y mercantil.

III. Nombramiento de un técnico que conozca el método de taquigrafía, por medio de esta prueba se pretende probar la veracidad de lo

escrito en los distintos documentos ofrecidos como prueba en este honorable tribunal.

IV. Puntos de la pericia, determinar por medio de este, la letra plasmada en los documentos objeto de estudio.

V. Que según como lo compruebo con la Escritura Pública de **PODER GENERAL JUDICIAL** que presento en original y copia, para que una vez confrontados entre si se agregue la fotocopia y se me devuelva el original; soy Apoderado del Señor **ORSY MELVIN QUINTANILLA CAMPOS**, quien es de veinticuatro años de edad, Estudiante, del domicilio de San Salvador, Departamento de San Salvador, portador de su Documento Único de Identidad Personal Número cero cuatro millones seis cientos treinta y un mil quinientos dieciséis-ocho:

Por lo antes expuesto **PIDO:**

- I.** Se admita el presente escrito.
- II.** Se me tenga como parte en el carácter en que comparezco;
- III.** Se ordene el nombramiento de perito judicial;
- IV.** Se siga con el trámite de ley.

Señalo para oír notificaciones de conformidad al artículo **ciento setenta del Código Procesal Civil y Mercantil** la oficina, ubicada en: **Final Veintitrés Avenida Norte, Boulevard Santa Elena Apartamento tres; y el Telefax: 2355-9665**; asimismo en virtud del artículo **180 del Código Procesal Civil y Mercantil** Autorizo al Licenciado **ROBERTO CARLOS ALFARO LARA**, mayor de edad, para oírlas y retirar documentación que se me expida o devuelva.

San Salvador, a los 01 días del mes de noviembre de dos mil once.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ALSINA, HUGO. **“Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”**. Tomo III. Segunda Edición. Ediar Soc. Anon. Editores. Buenos Aires, Argentina. 1958.

CABANELLAS, GUILLERMO. **“Diccionario Jurídico Elemental”**. Edición 2003.

CANALES CISCO, OSCAR ANTONIO. **“Derecho Procesal Civil Salvadoreño”**. 1º Edición. San Salvador, El Salvador. 2001.

CASTRO, MÁXIMO. **“Curso de Procedimientos Civiles”**. Compilado por Pedro Prutos e Isauro P. Argüello. Tomo Segundo. Biblioteca Jurídica Argentina. Buenos Aires, Argentina. 1987.

CHIOVENDA, GIUSSEPPE. **“Instituciones de derecho Procesal Civil”**, Madrid, 1954, t. III, núm. 339.

CHIOVENDA, GIUSSEPPE. **“Instituciones de Derecho Procesal Civil”**. Trad. Gómez Orbaneja, Revista de Derecho Privado, Madrid, España. 1936.

DE LA OLIVA, ANDRES Y FERNANDEZ, MIGUEL ANGEL. **“Lecciones de Derecho Procesal”**. Tomo II. Segunda Edición. Promociones Publicaciones Nicaragua. Barcelona, España 1984.

DE PINA, RAFAEL. **“Comentarios al Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales”**. Edición Porrúa. México. 1968.

DE SANTO, VICTOR. “**El Proceso Civil**”. Tomo VII. Prueba de Peritos, Reconocimiento Judicial. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina. 1987.

DE SANTO, VICTOR. “**La Prueba Pericial**”. Segunda Edición Actualizada. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina. 2005.

DÍEZ-PICAZO, LUIS. “**Derecho y manifestación social**”. *Tecnología y derecho privado*. Civitas, Madrid, España. 1979.

DOHRING, ERICH. “**La prueba su práctica y apreciación**”. ediciones jurídicas Europa América. Buenos Aires.

ECHANDÍA, HERNANDO DEVIS. “**Teoría General de la Prueba Judicial**”. Tomo II. Victor P. De Zavilia, Editor. Buenos Aires, Argentina.

FLORIAN, EUGENIO. “**De las Pruebas Penales**”. Temis, Bogotá, Colombia. 1969.

FRAMARINO, DEI MALATESTA. “**Lógica de las Pruebas**”. Temis. Bogotá, Colombia. 1964. Tomo II.

IBÁÑEZ, MÁXIMO R.D. “**La Prueba Pericial. La Pericia Documentológica en el Proceso Judicial Penal**; Cátedra Metodología de Investigación Científica II. Instituto de Cs. Criminalística y Criminología-UNNE: Catamarca 375-(3400) Corrientes. Argentina.

KIELMANOVICH, JORGE L. “**En la Segunda Edición Actualizada de la Teoría de la Prueba y Medios Probatorios**”. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina.

LACONICH, ARQUIMIDES. **“Código Procesal Civil”**. Ley No. 1337, Asunción, 4 de noviembre de 1988. Editora Intercontinental. Asunción, Paraguay. 1989.

LESSONA, CARLO. **“Teoría de las Pruebas en Derecho Civil”**. Traducido por D. Enrique Aguilera de Paz (Juez de Primera Instancia) Serie de Clásicos del Derecho Probatorio Vol. 2 Editorial Jurídica Universitaria 2001. México.

MANZINI, VICENZO. **“Derecho Procesal Penal”**. Edición Egea. Buenos Aires, Argentina. 1950.

MORELLO, AUGUSTO M. **“Passi Lanza, Miguel A”**. Gualberto L. y Berizonce, Roberto O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, Comentados y Anotados*. Platense, La Plata. 1973. Vol. 12.

MORO TOMAS, FUNDACIÓN. **“Diccionario Jurídico ESPASA”**. Editorial Espasa Calpe. Madrid España. 1991.

NICOLTELLO, NELSON. **“Diccionario del Latin Juridico”**, Ediorial B de F, Montevideo, Uruguay 2004.

NOSETE, JOSÉ ALMAGRO. **“Derecho Procesal Tomo I Proceso Civil Volumen Segundo”**. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial. El Salvador.

PALACIO, LINO ENRIQUE. **“Manual de Derecho Procesal Civil”**. Décimo Séptima Edición Actualizada. Lexis.Nexis. Abelado-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 2003.

PALLARÉS, EDUARDO. **“Derecho Procesal Civil”**. Quinta Edición. Editorial Porrúa S.A. México. 1974.

PALLARÉS, EDUARDO. “**Diccionario de Derecho Procesal Civil**”. Editorial Claridad, Buenos Aires, Argentina. 1969.

SCHIAFFINO, MACHADO. “**Vademécum Pericial**”. La Prueba. La Probatura. La Pericia. El Perito. El Acto pericial. Obligaciones del Perito en el Proceso. Derechos Extrapatrimoniales. Vías Impugnativas y Nulidades en la Pericia Judicial. Modelos de Pericias e Informes. Vocabulario Jurídico-Pericial. Ediciones la Roca. Buenos Aires, Argentina; 1999.

SENTIS MELENDO, SANTIAGO. “**El Juramento de los Peritos en teoría y Práctica del Proceso**”. Ejea. Buenos Aires, Argentina. 1959.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE EL SALVADOR. Publicada en el Diario Oficial Número 234, Tomo 231, de fecha 16 de diciembre de 1983. Entrando en vigencia el 20 de diciembre de 1983.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL. Publicado en el Diario Oficial Número 224, Tomo 381, de fecha 27 de noviembre de 2008. Entrando en vigencia el 1 de julio de 2010.

CÓDICO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES. Publicado en el Diario Oficial Número 1, Tomo 12, de fecha 01 de enero de 1882. El anterior cuerpo normativo se encuentra derogado por el Decreto Legislativo No. 712 de fecha 18 de septiembre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 224, Tomo 381 de fecha 27 de noviembre de 2008, el cual contiene el Código Procesal Civil y Mercantil.

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador dada en la Sentencia de 11-IV-2000, HC 212000.

1247-2001. *Sentencia de la Sala de lo Civil en la Corte Suprema de Justicia, del dieciséis de mayo de dos mil uno.*

93-C-2006. *Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia del catorce de marzo de dos mil siete.*

198-CAC-2009. *Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia del dos de febrero de dos mil diez.*

Ca. 44-C-2006. *Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia del ocho de febrero de dos mil ocho.*

20-CAC-2009. *Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia del catorce de agosto de 2009.*

214-SMQM-10. *Sentencia de la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador del diez de febrero de dos mil once.*

IMPROCEDENCIA de las 10:00 horas de fecha 07/04/2003, CÁMARA PRIMERA DE LO CIVIL DE LA 1A. SECCIÓN DEL CENTRO, SAN SALVADOR.

SENTENCIA DEFINITIVA de las 12:00 horas de fecha 28/02/2003, CÁMARA PRIMERA DE LO CIVIL DE LA 1A. SECCIÓN DEL CENTRO, SAN SALVADOR.

SENTENCIA DEFINITIVA, de las 9:00 a.m. horas de fecha 17/05/2002, CAMARA 1° CIVIL DE LA PRIMERA SECCION DEL CENTRO.

SENTENCIA DEFINITIVA, de las 15:00 17/12/2002, CAMARA 1° CIVIL DE LA PRIMERA SECCION DEL CENTRO.

SENTENCIA DEFINITIVA, de las 10:22 a.m. horas de fecha 22/03/2002,
CAMARA DE FAMILIA DE LA SECCION DE ORIENTE.

SENTENCIA DEFINITIVA, de las 12:00 m. horas de fecha 11/11/2003,
CAMARA DE LA 3° SECCION DEL CENTRO.

SENTENCIA DEFINITIVA, de las 11:00 a.m. horas de fecha 06/11/2003,
CAMARA 1° CIVIL DE LA PRIMERA SECCION DEL CENTRO.

SENTENCIA DEFINITIVA, de SALA DE LO CIVIL, Ref. 81 Nva. S.S., de las
08:15 a.m. del 16/1/2004.

SENTENCIA DEFINITIVA, de SALA DE LO CIVIL, Ref. 22-C-2004, de las
14:00 a.m. del 23/7/2004.

SENTENCIA DEFINITIVA, Sala de lo Civil, ref. Casación 130-C-2005 de las
09:00 a.m. del día 5/12/2005.

SENTENCIA DEFINITIVA, Sala de lo Civil, ref. 320 S.M. de las 10:00 a.m del
día 11/7/2005.

SENTENCIA DEFINITIVA, Sala de lo Civil, ref. 1620 Ap. S.S. de las 12:20
p.m del día 10/1/2005.

Sentencia de la SALA DE LO CIVIL, Ref. 93-C-2006 de las 11:00 horas del
día 14/3/2007.