

0.7207  
S- T. D.  
42p  
2.  
67

# UNIVERSIDAD AUTONOMA DE EL SALVADOR



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
Y CIENCIAS SOCIALES

## LA PRUEBA POR PERICIA DENTRO DE NUESTRO PROCESO PENAL

TESIS DE  
JOSE MIGUEL DIAZ SOL, HIJO



378.7284  
WES-TO.  
542P  
D P  
10167

347.06  
D 542P  
1967  
F.9766.  
0.2

ES.2-13407

I N D I C E

<u>PUNTO I</u>	<u>PAG.</u>
1) INTRODUCCION.....	1
2) BREVE REFERENCIA HISTORICA.....	3
3) RAZON DE SER.....	6
4) IMPORTANCIA.....	7
5) FUNDAMENTO.....	8
6) NATURALEZA.....	9
7) CONCEPTO.....	13
 <u>PUNTO II</u>	
1) FUNCION PROCESAL DEL PERITO.....	14
2) DIFERENCIA CON EL TESTIGO.....	14
3) DERECHOS Y DEBERES DEL PERITO.....	18
4) RESPONSABILIDAD.....	19
5) FALSO TESTIMONIO.....	19
6) CERTIFICADO FALSO.....	20
7) SECRETO PROFESIONAL.....	21
 <u>PUNTO III</u>	
1) REQUISITOS GENERALES DE LA PRUEBA PERICIAL PENAL.....	23
2) DE LA PROPOSICION.....	23
3) DE LA CAPACIDAD.....	24
4) CLASES.....	26
5) DEL NOMBRAMIENTO.....	30
6) DEL JURAMENTO.....	32
7) DE LA POSESION.....	35
8) DE LA COMPARECENCIA.....	36



9) EXCUSA Y RECUSACION.....	36
10) REQUISITOS OBJETIVOS.....	38
11) OBJETO.....	38
12) LUGAR.....	39
13) TIEMPO.....	40
14) FORMA.....	40

PUNTO IV

1) NORMAS PROCESALES Y TECNICAS DEL PERITAJE.....	40
2) ASESORAMIENTO Y PERICIA.....	45
3) RECONOCIMIENTO Y PERITAJE.....	46
4) EXPLICACION Y AMPLIACION.....	47
5) IMPUGNACION.....	49

PUNTO V

1) PROCEDIMIENTO PROBATORIO.....	49
----------------------------------	----

PUNTO VI

1) VALOR DEL PERITAJE.....	51
----------------------------	----

PUNTO VII

1) CONCLUSIONES.....	51
----------------------	----

#####



-1-

I N T R O D U C C I O N

El estudio de la pericia penal, constituye uno de los temas más interesantes de la problemática probatoria del proceso.

La prueba por pericia, en nuestro tradicional régimen jurídico, sugiere gran cantidad de aspectos tanto en el orden teórico como en el práctico y judicial. Señalarlos siquiera sumariamente, sería un trabajo demasiado ambicioso para nuestras capacidades, ya que el presente estudio, que no pretendemos tenga otro carácter que el de simples notas de selección, está escrito para un acto académico, como un simple compendio de lo poco que aprendimos en las aulas universitarias.

Nadie ignora la importancia que el perito tiene en la administración de justicia. Esto nos obliga a decir que entre nosotros, salvo honrosas excepciones, el perito penal es una persona impreparada, que en el mejor de los casos, asiste al juez con la esperanza de que con el tiempo, merced a la observación, va a convertirse en un auténtico colaborador de la justicia. Este sistema, impuesto por las circunstancias, ha dado excelentes resultados en algunos casos, pero en la mayoría constituye un completo fracaso, debido, esencialmente, a la falta de preparación técnica de los que llegan a ser peritos, con la falsa idea de que sólo la "práctica hace al maestro"; y esto, como es natural, constituye uno de los más pesados lastres en la investigación judicial de los delitos. Por lo que hemos de expresar, que en los días presentes, ya debe cesar la improvisación en materia pericial, porque nada tienen que hacer los impreparados en un medio en el cual hay que dar a cada instante muestras de inteligencia y de cultura, en el que se

abordan, analizan y discuten los más variados y complejos problemas humanos, y donde, como consecuencia del avance científico y técnico de la época, hay que tratar sobre temas tecnológicos con la mayor altura que plantea el intelecto humano.

Deseamos contribuir con la presente tesis al análisis de esta figura procesal tan importante y tan olvidada a la vez, por los estudios de nuestro derecho penal adjetivo.

Este ha sido nuestro empeño: servir a los que dedican su esfuerzo al Derecho y la Justicia. No somos nosotros los llamados a enjuiciar nuestro trabajo, pero sí hemos de anticipar, que si nuestros propósitos se cumplen habremos colmado toda nuestra ambición.

#### BREVE REFERENCIA HISTORICA

La pericia penal aparece reglamentada en todas las legislaciones antiguas de cierta importancia. Las leyes mosaicas se refieren a ella, y el derecho griego también hace lo propio en el monumental Código de Solón. (Dr. Alfonso Acosta Guzmán, Medicina Legal y Toxicología. 3a.Edición 1961. Publicaciones de la Universidad de Costa Rica. pag. 7.)

Los pueblos antiguos, de ordinario mezclaban unarudimentaria medicina legal con pruebas basadas en supersticiones, tal como lo demuestra el viejo texto chino Hsi Yüan Lu, (M.D. en español. Vol. V. Núm. 3. Marzo 1967) que era una recopilación de normas prácticas relativas a la supresión de la injusticia. Esta obra, que se publicó en el siglo XIII, durante la dinastía Sung, pero que las prácticas que describe son, según los entendidos, de origen muchísimo más remoto, marcaba la pauta oficial para la identifica--

ción de cadáveres; presentaba en forma de tabla la situación de las que eran o no heridas mortales; e indicaba los procedimientos para determinar si las lesiones habían sido causadas antes o después de la muerte. Mediante curiosos experimentos se pretendía demostrar el parentesco por la fusión de dos gotas de sangre en el agua, y en los casos de ahorcadura, se determinaba si era asesinato o suicidio, por la manera en que vibraba la cuerda con que se había provocado la muerte.

En las normas penales de la Roma primitiva, la ley Numa (Acosta Guzmán-Obra citada.) prescribía la histerotomía de las mujeres -- muertas durante el embarazo. Posteriormente, se consideró que en principio toda muerte repentina era una muerte sospechosa, y por tal razón se exigió, como trámite indagatorio de general aplicación que todo individuo que moría súbitamente fuera expuesto al público para que cualquiera expresara su opinión sobre la probable causa de la muerte. Así, un señor de nombre Antistius, después de examinar las heridas de César dictaminó, "que la segunda herida toracal era una lesión de muerte".

Marco Aurelio y Séptimo Severo, (Acosta Guzman-Obra citada) -- promulgaron en su tiempo leyes de avanzada sobre el peritaje penal, a tal grado, que fue precisamente en esa época que se estableció por vez primera, la obligación judicial de oír en ciertos y determinados casos, el dictámen de peritos; la ley Aquilia, por ejemplo, exigía que se determinara en el delito de lesiones la -- gravedad de las heridas y que el reconocimiento facultativo no podía faltar en el aborto.

Las Novelas y el Digesto (Acosta Guzman-Obra citada) también contienen reglas sobre la admisibilidad de este medio probatorio, y el Corpus Juris Canonice lo reglamenta en el Decreto de Inocencio III.

Tanto los hebreos como los romanos recurrían, pues, a peritajes médico-legales, pero es oportuno indicar, que el perito médico forense occidental, se inició en realidad con los bárbaros que invadieron el imperio romano, quienes, tratando de abolir las vendettas, introdujeron el sistema de pagar una indemnización -Wehrgeld o sistema de la composición-, por las heridas infligidas, siendo los médicos, como peritos judiciales, los que clasificaban y tasaban las lesiones descritas en la ley.

En la Edad Media, con la fundación de la célebre escuela de cirujanos, los peritajes médicos en particular y los penales en general, adquirieron mucha importancia. Tanto es así, que el empleo del testimonio pericial médico en el delito de lesiones se extendió gracias a las leyes normandas de 12<sup>o</sup>7, (M. D. en español-Obra citada) y a los decretos de los monarcas franceses Luis IX (1220) (M.D.en español-Obra citada) y Felipe III el Atrevido (1278)(M.D. en español-Obra citada); además, a principios del siglo XIV, Felipe IV el Hermoso (M.D. en español-Obra citada), hizo pública referencia a sus "amados cirujanos, expertos juramentados del Tribunal de París". En Italia, en 1249, Hugo de Luca fue nombrado en Bolonia, el primer médico oficial jurado para extender toda clase de certificados médicos legales, siendo Bolonia desde entonces, el centro rector de los peritos forenses, merced a la influencia com-

binada de grandes escuelas de derecho y medicina. En 1308, Bartolomeo de Varignana practicó algunas autopsias en casos de homicidio, como antes lo había hecho Guillermo de Siliceto; y por último, en 1545, comienzan a aparecer los primeros tratados sobre --- ciertos aspectos particulares del peritaje judicial penal. Como ejemplo de lo dicho podemos citar, la obra que Ambrosio Paré, intitulada, Informes ante el Tribunal, publicó en 1575: y el De re latibus medicorum, de Fortunatas Fidelis, de Palermo, es otro importante estudio, donde se defiende con ardor la práctica de la autopsia para todos los casos de crimen.

Desde el siglo XVII, con el advenimiento de la Medicina Legal --- como ciencia auxiliar del Derecho Penal, hasta nuestros días, con la franca entrada de todas las disciplinas causal-explicativas en la investigación de los delitos, la prueba pericial constituye, dentro del complicado mecanismo probatorio del proceso, el instrumento más sólido y eficaz de que disponen los jueces del crimen, --- para aplicar el derecho abstracto al caso concreto, con la precisión científica que les exige su alta y delicada misión.

Es indispensable señalar, como punto fundamental de esta breve reseña, que el peritaje penal, como instrumento autónomo de prueba, no se afirmó en forma definitiva sino hasta que nació el Derecho Común y por la elaboración de los criminalistas prácticos italianos. (Eugenio Florian-Derecho Procesal Penal) Es decir, que --- desde la más remota antigüedad hasta que el Derecho Romano fue --- acogido en Alemania (Giorgio Del Yeuhio-Filosofía del Derecho)-fenómeno histórico de transformación jurídica que dió vida al Dere-



cho Común- no se determinó la naturaleza normativa de esta importante figura procesal.

### R A Z O N   D E   S E R

Para apreciar bien ciertos hechos que surgen en el proceso, -- es indispensable tener conocimientos prácticos especiales, o, según los casos, una preparación científica, técnica o artística de terminada; a esto obedece la necesidad de la pericia.

Antiguamente, cuando en los albores de la civilización el desarrollo científico y técnico de la humanidad era embrionario, cualquier persona de mediana preparación -un juez, por ejemplo- dominaba los pocos y limitados conocimientos que existían. La cultura humana, entendida como el conjunto de conocimientos que el hombre había adquirido reflexivamente después de haber estudiado e investigado ciertas cosas, era tan reducida, que cualquier persona la podía llegar a dominar; por lo tanto, los peritos no tenían ninguna razón de ser, puesto que el Juez, seguramente, podía apreciar - los hechos investigados tan bien como el más sabio y preparado de la región.

Pero a medida que el hombre en su afán de saber comienza la ascendente e ininterrumpida conquista del universo, del mundo y de la vida, el horizonte de sus conocimiento se torna inconmensurable. Y de la Filosofía, compendio y tronco común de todo el saber, empieza gradualmente a separarse las distintas disciplinas del conocimiento que, por método y objeto, constituyen un saber circunscrito y especializado de la realidad; y cuando este proceso erosivo - de la Filosofía desencadenan el gigantesco fenómeno de disgregación cultural que llega hasta nuestros días, es que nace, histórica, lógica y jurídicamente, la pericia, los peritos y el peritaje; porque ante la absoluta imposibilidad de que el juez -como cualquier otra persona, por supuesto-, por muy hábil y competente que sea, tenga

un conocimiento técnico integral en la gran cantidad de materias que existen y que gracias al perfeccionamiento de la tecnología moderna cada día van en rápido aumento, surge la necesidad de que personas doctas en la materia lo ilustren, para que su fallo se ajuste y descansa en la realidad material de los hechos.

La razón de ser de la pericia, pues, radica en la limitación cultural de los juzgadores, y nuestra legislación implícitamente la establece en el inciso primero del artículo 124 I., en relación con el artículo 343 del Pr.

#### I M P O R T A N C I A

De lo dicho se desprende, por la gran cantidad de cuestiones más o menos técnicas que se le plantean al juez penal, que actualmente la participación de los peritos en el juicio se vuelve indispensable. Así, es necesario recurrir a sus servicios cuando se trata de deslinde de términos o medición de un terreno, en los avalúos, cuando haya que traducir documentos, cuando se deba practicar un cotejo de letras, cuando se investiguen delitos que dejen señales, cuando se pretenda determinar la anormalidad del procesado, o, en fin, cuando se necesite conocer su estado peligroso.

En estos -como en otros muchos casos, desde luego- la prueba por pericia tiene capital importancia, ya que de ordinario, es el instrumento indispensable para la comprobación del cuerpo del delito de múltiples infracciones, y nadie ignora de acuerdo con el art. 123 I., que sin estar suficientemente comprobado el cuerpo del delito, base y fundamento del juicio criminal, no puede existir el proceso. O sea, que como para ciertos y determinados casos, la forma preferente de comprobar el cuerpo del delito por el medio que su naturaleza exige, es precisamente a través del peritaje, resulta que, generalizando, bien podemos decir que la exis-

tencia y la validez del proceso depende, en muchas ocasiones y en poca proporción, de la existencia y de la validez de un peritaje.

#### FUNDAMENTO

El perito, como órgano de prueba, es, en esencia, una persona que depone, que declara, que expresa su opinión al juez con el fin de que su criterio le proporcione la ilustración que le falta.

En otras palabras: en los casos en que el juez no puede adquirir el conocimiento de los hechos investigados por si mismo, recurre al testimonio ajeno -para el caso, el dicho del perito- con el objeto de que se lo facilite.

Pero para que el testimonio del perito sea valedero, es decir, para que no induzca a error, son necesarias dos condiciones: 1o.) que el perito no esté engañado: y, 2o.) que el perito no quiera engañar al juez. Es evidente que si falta cualquiera de estos dos requisitos, el dictamen pericial se desnaturaliza porque ya no sirve para encontrar la verdad. La preparación y la buena fe del perito son los dos polos de verdad en que gira la estructura y la utilidad de este medio de prueba.

De lo que se deduce, que entre el juzgador y el perito, se establece una relación vinculatoria de confianza, la que determina que el fundamento de la prueba por pericia sea -al igual que en la testifical, por ejemplo- la fe y la credibilidad humana.

#### NATURALEZA

Antes de entrar en materia, conviene subrayar que en torno a la naturaleza jurídica del peritaje, la doctrina se encuentra dividida, cuando menos, en cuatro orientaciones, de las cuales trataremos aquí de dar una breve reseña.

Por un lado está la corriente que niega en forma absoluta que la pericia sea un medio de prueba. Esta línea de pensamiento (Eugenio Florian-Derecho Procesal Penal) sostiene, en lo substancial, que el dictamen pericial constituye tan sólo uno de los muchos elementos intelectuales necesarios para dictar sentencia.

En contraposición a esta tesis doctrinal, surge otra, (Eugenio Florian-Obra citada) para la cual el peritaje si constituye un instrumento autónomo de prueba. Para este curso de ideas, que hoy parece dominar el panorama, el perito es un auténtico órgano de prueba con derechos y deberes de índole puramente formal, que se encuentra ligado jurídicamente al proceso por una trama de relaciones, que se desenvuelven acomodadas y fundamentadas en la ley procesal penal.

Por otro lado, se abre entre estas dos concepciones contrapuestas, una tercera corriente (Eugenio Florian Obra citada) intermedia que configura al peritaje como un medio probatorio subordinado y dependiente.

Y por último, existe una cuarta posición, (Eugenio Florian-Obra citada) que concibe al perito como un auxiliar judicial. Para este movimiento, el perito desempeña una actividad auxiliadora de la específicamente jurisdiccional.

En teoría sería un absurdo sostener que cada una de estas tendencias contiene toda la verdad. Y también sería un error decir que todas están desprovistas de fundamento. En consecuencia, lo que a nosotros compete, es determinar cuál doctrina es la decisiva a la luz de nuestro derecho positivo.

Es obvio, que para nuestra legislación positiva, la pericia penal es un medio autónomo de prueba. En primer lugar, --

porque está expresamente comprendida en la enumeración general de los medios probatorios. El Art. 403 I., dice, que en materia criminal son admisibles las pruebas siguientes: la documental, la inspección personal, la pericial, la testimonial, la de presunciones, la confesión del reo y las relacionadas en los artículos 414 y 416 I.: y en segundo, porque en todas las disposiciones del Código de Instrucción Criminal que en alguna u otra forma regulan la pericia, siempre aparece reglamentada bajo el supuesto de que es un medio de prueba propio y verdadero.

Es decir, que para nuestro código procesal penal, el peritaje constituye un instrumento autónomo de prueba que, juntamente con la prueba testifical y la prueba por confesión, pertenece al grupo de los llamados medios probatorios personales, ya que el elemento común que los caracteriza es que siempre se trata de personas declarantes.

Además, nuestros textos legales consideran que el dictámen pericial es un medio autónomo de prueba, por las razones siguientes:

1) Porque el perito es un tercero, es decir, una persona distinta de las partes y del juez;

2) Porque el hacer pericial constituye un acto procesal regulado por el procedimiento probatorio. Así, el dictamen obtenido extrajudicialmente a instancia de parte y no dentro del proceso - con los requisitos y las formalidades legales, no tiene el carácter de prueba; y,

3) Porque la relación del perito está destinada a provocar el convencimiento del juez en un sentido determinado.

No obstante, es necesario señalar, que el art. 89 # 8o. de la C. P., en relación con el inciso primero del artículo 89 de la

Ley Orgánica del Poder Judicial, dispone que en los lugares donde tengan su asiento los Juzgados de Primera Instancia, habrá Médicos Forenses nombrados por la Corte, encargados de auxiliar a la administración de justicia en todos los casos que las leyes requieran el dictamen de peritos en medicina y cirugía.

El problema se plantea, entonces, frente a los textos legales, en los siguientes términos:

a) El artículo 89 inciso primero de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ¿significa que nuestra legislación, en el caso particular de los médicos forenses, se adhiere a la doctrina que configura al perito como un auxiliar judicial?;

b) o por el contrario, ¿no es ese el significado que le corresponde?

Por lo que a nosotros respecta, creemos que a la luz de nuestro derecho positivo, la pericia constituye un medio de prueba -- verdadero y propio en todos los casos. Veamos por qué:

Antes, como punto previo, conviene señalar, a fin de evitar -- posibles confusiones, que la corriente de pensamiento que configura al perito como un ayudante o colaborador del Juez, estima que el servicio del perito es una manifestación específica de la función jurisdiccional. Es decir, que cuando se habla del perito como un auxiliar judicial, significa que el perito es un órgano de la jurisdicción, un agente de la función pública de administrar -- justicia, y, por ende, un sustituto legal del juez en el ejercicio de la jurisdicción. Y sería una lamentable desviación de la -- esfera propia de esta doctrina interpretar el concepto de auxiliar judicial en la acepción puramente literal de sus vocablos, puesto que entonces, también sería aplicable a otras clases de prueba, -- como por ejemplo, a la testifical.

Delimitado el alcance de esta corriente de pensamiento, nosotros estimamos que tal concepción no cabe en la estructura de -- nuestro sistema jurídico, porque no creemos que una referencia tan incidental como la de la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 89, inciso primero), pueda ser relevante en la concepción de la pericia.

Cuando el legislador habla de los médicos forenses como de los "encargados de auxiliar a la administración de justicia", no está recogiendo en una frase toda una doctrina que entraña una concepción del proceso, sino que simplemente está utilizando una forma de expresión, empleando unas palabras en su llano sentido gramatical, en la acepción puramente literal de sus vocablos.

En conclusión, pues, podemos fijar la naturaleza jurídica del peritaje así:

- 1) la pericia es una prueba autónoma;
- 2) la pericia es una prueba autónoma procesal; y,
- 3) la pericia es una prueba autónoma procesal de índole personal.

A esta altura del presente desarrollo, corresponde señalar -- que la discusión sobre el contenido jurídico del peritaje, no sólo es de carácter teórico, sino que tiene, por el fin y la significación judicial de la pericia, profundas consecuencias prácticas que inciden en el normal desenvolvimiento del proceso.

#### C O N C E P T O

La pericia no aparece definida en nuestra legislación, quizás por aquello de que las leyes no están destinadas para dar definiciones sino que para regular conductas; pero, por nuestra parte, una posición que se limitara a reconocer en forma simplista la no

existencia de una definición en los textos legales, nos colocaría en un plano que dejaría insatisfechas las más elementales exigencias en esta clase de trabajos, por lo que, a riesgo de error, y tomando de las ideas precedentes los elementos esenciales de la -- función pericial, la podríamos definir en los términos siguientes: medio probatorio autónomo y personal, que nombrado por el juez con los requisitos y formalidades legales, permite que un tercero, por razón de sus conocimientos técnicos, colabore con el juez en la -- función pública de administrar justicia, ilustrándolo sobre el aspecto técnico de los hechos que se ventilan en el proceso.



FUNCION PROCESAL DEL PERITO

El punto de partida en el estudio del peritaje, es aquel en el cual, después de haber formulado el concepto del mismo, la ciencia del proceso advierte que el perito constituye, ante todo, un auténtico órgano de prueba. Entonces el problema de la naturaleza jurídica del peritaje se traslada del medio al órgano, del acto volitivo a la persona que lo realiza. Aquí ya no se trata de determinar en qué proporción le corresponde a la actividad pericial la calidad de instrumento autónomo de prueba, sino de saber cuál es la posición jurídica del perito en el proceso, para señalar así, cuál debe ser el comportamiento del juez y de las partes frente al mismo.

Que el perito es un órgano de prueba propio y verdadero, aparece impuesto por el contenido jurídico de la pericia misma, puesto que él es, precisamente, la persona física que suministra el objeto de la prueba pericial en el juicio; en consecuencia, esa es la nota esencialmente típica que determina su función procesal. Es decir, que el perito asume dentro de la causa, los derechos, obligaciones y responsabilidades que tienen los órganos de prueba en general, y como tal debe ser tratado desde el punto de vista del proceso.

También conviene señalar, a fin de conocer al sujeto jurídico en estudio, que el perito necesita ser distinguido de otros órganos de prueba personales, que como el testigo, tan sólo constituyen variantes de la prueba indirecta por representación.

DIFERENCIA CON EL TESTIGO

El presente tema, de indiscutible importancia teórica y práctica, tiene por objeto principal, indicar las diferencias entre

el perito y el testigo, desde los tres puntos más importantes que en nuestra opinión ha señalado la doctrina, y que nosotros presentamos en los términos siguientes:

El primer criterio de distinción radica en la distinta razón -- de concurrencia al juicio. (Rafael Gallinal--Estudios sobre el Código de Procedimientos.)

El testigo llega al juicio porque ya conoce, de vista u oídas, los hechos sobre los cuales va a declarar; o sea, que él sólo llega a contar judicialmente lo que ya conocía extrajudicialmente. El perito, por el contrario, concurre al juicio para conocer los hechos sobre los cuales va a versar su dictamen; es decir, que el -- conocimiento pericial de los hechos es siempre judicial. De lo que se deduce, tal como bien lo expresa un conocido procesalista, "que el testimonio pericial, es un testimonio post factum, mientras que el testifical, es un testimonio in facto".

El segundo criterio radica en la fungibilidad. (Rafael Gallinal Obra citada).

El testigo no es fungible y el perito sí lo es. El testigo, -- puesto que concurre al juicio por derecho propio, por haber presenciado los sucesos, es insustituible. El perito, puesto que concurre al juicio por haber sido llamado, es perfectamente sustituible. Así, nos dice un autor, (Rafael Gallinal--Obra citada--) "si una persona asiste sola a un acontecimiento, ella será la única que -- pueda declarar sobre el mismo; si hace falta un análisis químico, pueden hacerlo muchos químicos". (Rafael de Gallinal--Obra citada--)

Y por último, el tercero criterio de distinción radica en el -- contenido de lo declarado.

El testigo refiere cosas comunes que deordinario pueden ser -- apreciadas y narradas por cualquier persona. El perito informa sobre hechos para cuyo conocimiento es indispensable poseer un cau-

dal de conocimientos técnicos. Es decir, que el primero declara -- lo corriente y el segundo lo técnico. Esto, desde luego, no quiere decir que la apreciación técnica de los hechos sea exclusiva de -- la pericia, porque el elemento técnico puede ir implícito en forma excepcional en el contenido del testimonio, pero, y en esto radica el fondo de la distinción, no constituye el objeto normal de la -- prueba por testigos la valoración técnica de los hechos, como tampoco sería el objeto de la prueba por pericia, la simple declara-- ción sobre la existencia de sucesos ordinarios.

Naturalmente, nuestra legislación procesal también considera -- la diferencia substancial que existe entre estos dos órganos de -- prueba, que si bien es cierto que tienen en muchos aspectos algunos puntos de semejanza y de contacto, la verdad es que los separan notables y sensibles diferencias. Tan es así, que la jurisprudencia, en unidad con la doctrina y con la ley, también ha expresado claramente su criterio en una sentencia ejecutoriada, de la Cámara de Segunda Instancia de la Primera Sección del Centro, del 25 de junio de 1931, que aparece publicada en la Revista Judicial de ese año, en el Tomo XXXVI, y en la página 498, que en lo pertinente y en forma incidental sostiene a la letra lo siguiente: "Lo dispuesto en el Art. 183 I., respecto a la tacha de los testigos, no puede aplicarse por analogía a las de los peritos, dada la diferencia esencial que entre ambos existen." (El subrayado es nuestro)

Corresponde ahora preguntar, si el cargo de testigo y de perito son incompatibles, o dicho en otra forma, si una misma persona puede participar con ambas calidades en la misma causa.

De acuerdo con lo dicho, es perfectamente admisible que una -- persona pueda declarar sobre aquello que le consta como testigo y luego aportar como perito su apreciación científica sobre el par-

ticular; sin embargo, ante la dificultad práctica de poder distinguir nítidamente en la declaración, la simple narración de la apreciación técnica de los hechos, ya que la dinámica síquica del relato también conlleva ciertos elementos subjetivos de valoración, muchas legislaciones han establecido expresamente que en ningún caso podrán desempeñar el cargo de peritos los que como testigos han declarado ya en el proceso, porque es muy probable que la declaración testigical decida, previa y anticipadamente, la orientación del dictamen, causando con ello un vicio probatorio que se vuelve indispensable evitar.

Pero como nuestros textos procesales no consignan tal prohibición, que necesariamente tiene que ser expresa para que tenga eficacia, resulta de que aquí, la persona que ya declaró como testigo no está inhibida para poder ser perito en la misma causa.

#### DERECHOS Y DEBERES DEL PERITO

Esta denominación sólo comprende los derechos y deberes que el perito tiene por sí, es decir, por el carácter jurídico de tal; - lo que determina que nuestro enfoque se limite al campo estricto de lo normativo legal, con absoluta independencia de cualquier -- consideración de tipo ético, a pesar de que no desconocemos el importante papel que juega la moral en todo lo relacionado con su persona.

Cuando analizábamos el tema anterior -el de la diferencia entre testigo y perito- nos reservamos para mejor ocasión indicar otras de las muchas distinciones que corrientemente se señalan entre esos dos órganos de prueba, y que consiste en que al testigo, por cumplir con un deber cívico de colaboración, no se le pagan honorarios por ir a declarar, mientras que al perito, por realizar un trabajo técnico profesional, sí se le deben honorarios por sus se

vicios. Por lo que, en cuanto a los derechos del perito, éste puede cobrar, ya sea por contrato, por sueldo o por arancel, el trabajo técnico prestado.

En relación con lo expuesto, cabe señalar que el Arancel Judicial, en el Art. 47 y siguientes, regula la percepción económica de los peritos en general; la Ley de Ingenieros Topógrafos establece, en el Art. 28 y siguientes, un arancel especial para esa clase de peritos; y por fin, los peritos oficiales médicos forenses, por ser empleados del Poder Judicial, reciben el sueldo que por ley -- los corresponde.

Respecto a los deberes, bien podemos indicar que el perito, antes de la aceptación del cargo, debe prestar juramento de acuerdo con la fórmula del Art. 234 I., de proceder legalmente en el desempeño del cargo y de dictaminar según su saber y entender.

La facultad de cobrar honorarios, por una parte, y la obligación de prestar juramento, por otra, integran el ligamen jurídico formal que el perito recibe en forma directa e inmediata del proceso.

Naturalmente, el perito debe cumplir dentro del juicio otras obligaciones y responsabilidades de índole puramente formal, puesto que se trata de un participante procesal de cierta importancia. Pero esos deberes son de menor relevancia que la obligación de prestar juramento, ya que el incumplimiento de ella deriva una grave responsabilidad penal.

#### R E S P O N S A B I L I D A D

La responsabilidad penal del perito, que es la única que aquí vamos a examinar brevemente, se polariza en dos delitos -el certificado falso y el falso testimonio -que nuestro Código Penal tipifica como especies del género falsedad.

En doctrina se hace el distingo entre falso testimonio y perjurio. El falso testimonio consiste, en lo substancial, en la falsedad del dictamen; y el perjurio, en que el perito falta a la fe -- del juramento. Pero por lo que a nosotros respecta, nuestras leyes positivas no recogen tal separación doctrinaria, estableciendo solamente sobre el caso la figura del falso testimonio.

#### FALSO TESTIMONIO

En ocho artículos -del 250 al 258, inclusive - se encuentra regulado en nuestro Código Penal el delito de Falso Testimonio, que, tal como ya dijimos, consiste en la falsedad del perito al informar ante la justicia sobre la existencia de cualquier infracción.

La fe pública, o sea, la autenticidad que exige el Estado para garantizar sus derechos y los derechos de los particulares, es el bien jurídico general tutelado por este delito, lo cual ha determinado que en las legislaciones penales modernas se incorpore al falso testimonio entre los delitos contra la administración de justicia, por ser, justamente, la buena marcha de la actividad judicial el bien jurídico específico violado.

El falso testimonio es un delito típicamente doloso, de lo que se desprende que cualquier error u olvido en que hubiere incurrido el perito excluye el dolo, y por consiguiente, la responsabilidad criminal. Por otra parte, este delito puede ser cometido en forma positiva o negativa, según el perito afirme hechos falsos o niegue hechos verdaderos.

La infracción se consuma desde que el dictámen falso, revestido con todas las formalidades legales, se incorpora definitivamente al proceso para que tenga plena eficacia.

Cabe agregar, como punto final, que nuestro Código Penal castiga el falso testimonio atendiendo a si se presta en causa cri-

minal, o en causa civil, y en el primer caso, hay que distinguir - entre el que recae a favor o en contra del reo, en vista de que - la sanción es más elevada en este último evento debido a las consecuencias más graves que puede producir.

#### CERTIFICADO FALSO

En cuanto a los certificados falsos, a nosotros solamente nos - interesa la situación que la ley sanciona en el Art. 242 Pn., que a la letra dice; "el facultativo que librare certificación falsa de enfermedad o lesión, sufrirá la pena de un año de prisión mayor". Como se ve, la disposición transcrita, que dicho sea de paso no conlleva ningún obstáculo de comprensión, tiene una aplicación bien limitada, puesto que de la redacción de su texto se desprende en forma clara que se está refiriendo exclusivamente a una sola clase de peritos, cual es, la de los facultativos en medicina y cirugía.

Sin embargo, conviene subrayar, que en nuestra legislación, basta con la simple afirmación de una falsedad, para la existencia - del delito, sin que se requiera, tal como lo exigen otras legislaciones, que ello comporte un perjuicio.

#### SECRETO PROFESIONAL

El secreto debido, para los alcances de este estudio, consiste en términos generales, en la obligación que tiene todo profesional de guardar reserva de los hechos por él conocidos en el ejercicio de su profesión.

La doctrina y la ley dan ciertas orientaciones sobre la conducta del profesional en las distintas situaciones conflictivas que - su profesión puede plantearle ante la justicia en materia de secreto. Varios son los casos que se pueden plantear: sin embargo, para nosotros, solamente tiene alguna importancia, en vista de las po-

cas dificultades que presenta, la situación que se le da al médico en relación con el secreto debido cuando tiene que concurrir ante el juez como perito.

Surge la primera dificultad cuando el perito ya conoce los hechos como médico particular. Pero aquí no existe el problema puesto que ya veremos, que eso le da al perito por obvias razones morales, el derecho de excusarse; no obstante, si el perito no se excusa, entonces sí se encuentra inhibido de revelar datos que sólo lo puedo conocer como facultativo privado, salvo desde luego, en circunstancias de excepcional gravedad y a título de antecedentes como por ejemplo, en el caso siguiente: una vez que muere el paciente, el médico que lo asistió siempre tiene el deber de guardar el secreto, aunque no con la misma rigidez, porque los intereses del muerto ya no exigen tanto amparo, y además, porque puede existir un interés de los mismos familiares en la revelación de ciertos detalles. Sobre todo, cuando se tiene que dar información sobre el estado mental del enfermo, ya que según opinión moderna, (Revista de Derecho Español y Americano-Enero-Febrero-Marzo-1959-Año IV-Nu. 17.) una enfermedad mental es una dolencia sin carácter deshonroso, que no se debe ocultar ni por el prestigio del muerto ni por el de sus familiares.

Es natural, que si el médico interviene sólo como perito debe decir toda la verdad, sin que esta obligación lo habilite en la búsqueda de la misma, a utilizar medios ilícitos. Por ejemplo: un perito médico para encontrar la verdad recurre al engaño de prometerle al examinado guardar el secreto de alguna confidencia, con lo cual logra obtenerla. Tal perito realizaría un acto absolutamente reprochable desde el punto de vista moral.



De lo dicho podemos concluir en un intento de síntesis, que la inviolabilidad del secreto profesional no puede infringirse, sin incurrir en sanción penal, sino por expresa disposición de la ley o por la extraordinaria gravedad de las circunstancias.

Por último, urge decir, que el secreto profesional se encuentra regulado entre nosotros, en forma defectuosa, fragmentaria y bien superficial, lo cual exige en alta voz que se debe realizar a corto plazo un profundo trabajo de revisión y de sistematización legislativa.

REQUISITOS GENERALES DE LA PRUEBA PERICIAL PENAL

Bajo este epígrafe, se estudian los elementos formales que hay que respetar para que el peritaje producido se considere válido.

Estos elementos han sido tradicionalmente clasificados por la doctrina en: a) subjetivos, según se refieran a la persona del perito, como en la proposición, capacidad, clases, nombramiento, juramento, posesión, comparecencia, excusa y recusación; y, b) en objetivos, según se relacionen con el objeto, lugar, forma y tiempo del peritaje.

Para mejor entendimiento de lo dicho señalemos que en la prueba testifical las partes tienen derecho de pedirle al juez el examen como testigo de una persona determinada, porque ya vimos, que a pesar del dominante matiz público del proceso penal, el testigo es por naturaleza insustituible.

Pero resulta que con la prueba por pericia sucede todo lo contrario, en razón de que aquí le corresponde exclusivamente al juez de la causa hacer la designación de los peritos sin permitir el previo señalamiento de nombres que pudiera emanar de los solicitantes. Y esto es así, en primer lugar, porque el perito es por naturaleza fungible, y en segundo, porque si bien es verdad que la probanza pericial tiene por destinatarios a todos los sujetos procesales, lo cierto es que la principal relación jurídica se establece entre el juez y el perito, quedando aquél, por lo tanto, en absoluta libertad de escoger, salvo excepciones, a las persona que a su juicio den mejores garantías de honradez e idoneidad.

Generalizando, podemos decir que en la pericia penal la proposición se confunde con el nombramiento, siendo el juez de la causa el único sujeto procesal que está facultado para hacer la de--

signación; sin embargo, entre nosotros existe una excepción en el caso de los peritos oficiales médicos forenses, quienes no requieren ni de nombramiento ni de posesión, tal como se desprende del contenido del capítulo VIII, título IV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

#### DE LA CAPACIDAD

La capacidad consiste, en términos bien amplios, en la aptitud jurídica de poder ser perito; de consiguiente, la capacidad considera al sujeto no sólo en sí mismo sino que también en el desarrollo de su actividad. Y esto ha provocado que se le clasifique en abstracta y concreta.

Las condiciones de capacidad en abstracto, tal como se desprende de la misma denominación, se proyectan sobre todo género de causas, de tal suerte, que su establecimiento obedece, en lo fundamental, a la necesidad de obtener en el esclarecimiento de los hechos el máximo rigor científico; y los requisitos en concreto, por la clara evidencia de su contradicción, son aquellos que únicamente tienen eficacia en juicios específicos y determinados, ya que su existencia obedece a la idoneidad subjetiva del perito, es decir, a la circunstancia de que el perito sea un tercero, y por ello una persona ajena al pleito, que no se encuentra ligada con ninguno de los sujetos procesales por ningún vínculo que haga duda de su imparcialidad.

La capacidad científica se justifica por el respectivo título académico cuando éste es necesario, o bien, por la posesión de conocimientos técnicos, y en el extremo de que ni siquiera existan prácticos, el juez está facultado para nombrar a las personas que a su juicio tengan conocimientos que se acerquen a la pericia y que le inspiren confianza (art. 124 inciso segundo I.)

El perito deberá tener título en la ciencia o arte a que pertenezca el punto sobre el que ha de dar su dictamen, si la profesión o el arte estuvieren legalmente reglamentados en el país. No estándolo, o si no hubiere perito en el lugar, podrán ser nombrados cualesquiera personas entendidas, aún cuando no tengan título (Art. 413 inciso segundo I.)

Referente a lo dicho, y comprendido en la admisibilidad de los medios probatorios, es necesario subrayar como punto de indiscutible importancia práctica, que la prueba testifical es inadmisibile para acreditar la capacidad científica de un sujeto en un arte u oficio determinado, en razón de que el testigo carece de idoneidad para ser fidedigno sobre el particular, puesto que es inepto para deponer sobre aspectos puramente técnicos. La suficiencia es materia de peritaje. De lo que se desprende, que cualquier petición de las partes orientada en tal sentido, debe ser desechada de plano por el juez desde el primer momento.

Los requisitos de capacidad tanto en abstracto como en concreto, básicamente son los mismos en todas las legislaciones. Dentro de los primeros, a vía de ejemplo podemos citar: 1) la edad; 2) la sanidad mental; 3) la capacidad civil; 4) el no estar sometido a ninguna medida de vigilancia ni de seguridad; 5) el no estar privado o suspenso en el ejercicio de una profesión u oficio; y, 6) la competencia técnica en la materia pericial. Dentro de los concretos, de ordinario se señalan los siguientes: 1) no ser sujeto procesal; 2) el parentesco; 3) interés conocido en el pleito; 4) enemistad manifiesta; y, 6) amistad íntima.

Sin entrar al estudio específico de los elementos citados, vamos a señalar, que la ausencia de requisitos generales de aptitud

produce la incapacidad legal para ser perito, que el juez está obligado a declarar de oficio; y que la ineptitud particular, facultada a la parte contraria para la proposición de tachas.

Nuestros textos legales, asimilan la capacidad pericial a la testifical, sin establecer en forma expresa las variantes que existen entre ambas. El Código de Instrucción Criminal nada establece al respecto, simplemente se remite, según la traslación general del Art. 566, al Código de Procedimientos Civiles, para encontrarnos que ahí, de acuerdo con el Art. 351 en relación con el Art. 354, la aptitud del perito aparece incorporada a la del testigo.

Sin desconocer que la idoneidad pericial y la testifical tienen muchos puntos de contacto que justifican la asimilación legislativa, la verdad es que las fuertes variantes que las singularizan dan mérito para una regulación excepcional. De consiguiente, tal como se encuentra establecido en otras legislaciones, después de las normas generales de aplicación común, se debería regular por separado, tanto para lo civil como para lo penal, los efectos propios y las modalidades exclusivas de cada órgano; con lo cual se evitarían algunos errores que tal asimilación ha contribuido a provocar, como por ejemplo, el de pretender aplicar por analogía a los peritos lo dispuesto para los testigos en el numeral primero del Art. 183 I.

#### C L A S E S

Los peritos se clasifican generalmente desde tres puntos de vista; a saber: por su individualidad, por su naturaleza, y por su conocimiento.

Por razón de su individualidad, es decir, por el criterio de la formación del órgano, se distingue entre peritos singulares y colegiados, según actúen individualmente o en corporación, como por ejemplo, cuando hay que recurrir al informe especializado de una Academia, Colegio o Facultad.

El art. 124 inciso tercero I., es la única disposición que existe entre nosotros, que podría servir de asidero para sostener que aquí existe el perito colegiado. La norma citada dice textualmente así: "Cuando para la comprobación del cuerpo del delito o de la delincuencia sea preciso, a juicio prudencial del Juez, el análisis químico, y los peritos no pudiesen verificarlo por falta de medios o de conocimientos, se remitirán las sustancias u objetos - al Director del Laboratorio de la Universidad Nacional, acompañados del oficio respectivo, para que en unión del Decano de la Facultad de Farmacia, o del que haga sus veces, emita un informe razonado sobre el resultado del análisis".

Ahora bien: el Art. 410 del mismo Código, en el primer inciso establece, que "la prueba documental comprende: la prueba instrumental y, además, toda clase de documentos tales como planos, copias, fotostáticas, copias dactiloscópicas, fotografías, películas cinematográficas, fonografías y todo medio de prueba de laboratorio ya sea químico o biológico o de cualquier otra índole que sirva -- para esclarecer el cuerpo del delito o de la delincuencia".- (El subrayado es nuestro).

De conformidad con las disposiciones transcritas se plantea el siguiente problema:

1) que según el último inc. del Art. 124 I., el análisis químico es prueba pericial; y,

2) que de acuerdo con el primer inciso del 410 I., todo medio de prueba de laboratorio, sea químico o biológico, o de cualquier otra índole, es prueba documental.

Por consiguiente: ¿qué calidad probatoria-pericial o documental- tiene en nuestra legislación el análisis químico de laboratorio?

En nuestra opinión, debe interpretarse que el último inciso del Art. 124 I., está derogado tácitamente, en la parte en que califica de prueba pericial al análisis químico, por el inciso primero del Art. 410 I. En primer lugar, porque lo establecido en ambas disposiciones versa sobre la misma materia; en segundo, porque, dados los términos absolutos del Art. 410, no es posible conciliar lo consignado; y en tercero, porque el ya tantas veces citado art. 410, constituye la nueva ley en relación con el Art. 124.

Por lo expuesto, nosotros sostenemos que en nuestro sistema jurídico no cabe la clase de los llamados peritos colegiados,

Antes de terminar este aspecto, es oportuno indicar que además de que el inciso tercero del Art. 124 I., se encuentra tácita y parcialmente derogado en lo principal, resulta que en lo accesorio, es decir, en lo que se refiere al trámite de remisión al Director del Laboratorio de la Universidad Nacional y demás, le falta vigor fáctico, puesto que el cargo mencionado ya no existe.

Los peritos por sus conocimientos se dividen en titulados y no titulados, éstos últimos también se llaman prácticos, según que para la pericia se exija o no título, y que los haya en el respectivo distrito judicial.

Los reconocimientos periciales en lo penal, se verifican por peritos titulados o por prácticos, si no existen titulados, por -

un titulado y un práctico, y a falta total de facultativos y -- prácticos, por personas cuyos conocimientos se acerquen a la pericia e inspiren confianza. Es decir, que en materia penal existen tres categorías de peritos; a saber: a) titulados o facultativos; b) no titulados o prácticos; y, c) los entendidos (art. 124 inciso primero I.)

Dentro de la clasificación general de titulados y no titulados, se hace, en relación con los primeros, la subdivisión en oficiales y no oficiales, según estén adscritos en forma permanente a un Tribunal (caso de los médicos forenses), o actúen de manera esporádica e incidental.

A la par de los peritos ordinarios, que son precisamente a los que nos hemos referido, se habla, por la naturaleza del dictamen, de peritos especiales, que son los que realizan peritajes sumamente concretos y altamente especializados, tales como los peritos calígrafos en el cotejo de letras y los peritos siquiátras en los reconocimientos médico-legales.

El cotejo de letras (art. 415 I.), para los límites de este trabajo, implica un peritaje bien concreto referido a la prueba instrumental, de la cual es complemento, en cuanto prueba plenamente las firmas o letras cotejadas.

El intérprete es afín al perito, al grado, que las disposiciones relativas a éste se aplican en todo a la persona y funciones de aquél; sin embargo, tal similitud es puramente formal, -- porque, en el fondo, la función procesal del intérprete no es, como la del perito, el de ser un órgano de prueba propio y verdadero.



El trabajo del intérprete dentro del proceso penal, satisface una simple necesidad física o práctica de comunicación personal entre el juez y el declarante (reo ofendido o testigo), que por razones de ritualidad procesal se reviste con las solemnidades de una auténtica función jurídica.

El intérprete es un simple traductor que no prueba absolutamente nada, pero cuya participación en el juicio la ley la vuelve indispensable, aunque en lo particular el juez entienda a cabalidad todo lo que le exprese el deponente, porque tal exigencia resguarda, entre otros, el principio de la publicidad procesal. Además, es fiel reflejo, en el espíritu y la letra, del art. 11 C. P.

La traducción procesal penal, está regulado en nuestra ley, en los arts. 173, 207 y 237, todos del Código de Instrucción Criminal.

#### DEL NOMBRAMIENTO

En materia criminal, el nombramiento de peritos debe hacerlo el juez directamente, conforme el art. 124 I. excepto en el caso de los peritos oficiales.

En términos generales, podemos decir que el nombramiento consiste en el acto procesal idóneo, para incorporar válidamente el juicio a la persona del perito, constituyendo para el juez de la causa una manifestación de su exclusiva competencia.

Este acto procesal, como forma especial del acto jurídico, debe reunir los requisitos esenciales para la validez de tales actos, o sea, que no se encuentre afectado por vicios del consentimiento -como el error, la fuerza y el dolo, elemento esencial y común a todos los actos jurídicos de cualquier índole que sean.

Los elementos que podríamos llamar especiales de los actos procesales de este tipo, son de dos clases: de forma y de fondo.

Entre los primeros, debe considerarse la competencia. El acto para que sea válido, debe ser realizado por quien tiene facultad legal expresa para hacerlo. Si es ejecutado por quien carece de dicha atribución, el acto no tiene ninguna validez. En segundo, podemos señalar la capacidad procesal y técnica del perito. Referente a lo último nuestra legislación, por razón de las circunstancias, es bastante flexible; sin embargo, podríamos citar como ejemplo extremo, el caso de que el juez no puede nombrar como perito a un ignorante total.

Como la relación pericial, de acuerdo con el art. 359 Pr., debe estar firmada por los peritos para que tenga eficacia, y como por otra parte, la hipótesis segunda de la citada disposición no adhiere en materia penal, donde es indispensable que la prueba se realice a presencia del juez y de su secretario, resulta que el analfabeta no puede ser perito penal.

Aludiendo a lo mismo, es oportuno indicar, que la expresión de la ley procesal civil, debe entenderse como analfabetismo, ya que es muy corriente que alguien pueda dibujar su firma sin saber leer y escribir.

Además, es conveniente recordar, que el ser analfabeta no implica el ser ignorante, ni viceversa.

Los requisitos de fondo, consisten, en que la autoridad debe obrar no sólo dentro de sus atribuciones, es decir, de su competencia, sino, también, con sujeción al fin previsto por la ley, ya que toda norma se dicta en razón de una hipótesis, y a ella, lógicamente debe subordinarse el acto. Así, el fin jurídico del peritaje es el de ser un medio autónomo de prueba, sin otro alcance y extensión que cualquier otro, por lo tanto, el nombramiento tie-

n que estar subordinado a tal propósito, debiendo recaer en una persona que en verdad ilustre con su criterio al magistrado, porque si el perito en su relación no aduce ninguna razón en que fundamente sus conclusiones, tal peritaje no debe ser considerado como válido. Las simples afirmaciones gratuitas violentan el fondo del dictamen.

Para terminar, es oportuno advertir que los requisitos de forma son esenciales en el derecho público, porque están establecidos para garantizar la genuina manifestación de voluntad del órgano, y cuyo cumplimiento es indispensable para la validez del acto.

La designación de perito no es una simple oferta o invitación a aceptar el cargo, ni su consentimiento es indispensable para la existencia del acto, ya que la manifestación de nombrar produce efectos desde el día en que se dicta. Este señalamiento crea una situación jurídica general e impersonal, que se aparta de la clásica concepción contractualistas del nombramiento.

El cargo de perito, salvo las limitadísimas excepciones que ya veremos, es, pues, de forzosa aceptación y desempeño. El art. 126 I., dice, que los peritos no podrán por ningún pretexto excusarse de practicar las diligencias indicas, bajo la multa de veinticinco a cincuenta colones exigibles ejecutivamente (léase gubernativamente); y el art. 138 I. en relación con el art. 140 I., sostiene que cuando alguna persona muriere repentinamente o se presume que la muerte proviene de algún hecho criminal, el juez ordenará que el cadáver sea inmediatamente reconocido conforme a la ley, y, en caso necesario, se verifique la autopsia por dos facultativos a presencia del propio Juez y de su Secretario, no pudiendo lo

facultativos, en ningún caso y por ningún pretexto, excusarse de practicar tales diligencias, quedando los jueces responsables de su cumplimiento, so pena de ser juzgados en caso contrario como -- prevaricadores y los facultativos como reos de desobediencia grave si, aplicada la pena de multa impuesta por su desobediencia, aún se resistieren de practicar las diligencias indicadas.

Para concluir este punto, hemos de expresar que en otras legislaciones, la pericia se encuentra normada por el sistema de listas oficiales, donde se incluyen, como obligada limitación al nombramiento, los nombres de las personas que a juicio del Estado -- pueden ser peritos, y de los cuales necesariamente el juez de la causa tiene que escoger los que estime convenientes. Naturalmente, que este sistema, desde el punto de vista racional y teleológico del proceso, es el mejor.

#### DEL JURAMENTO

Los peritos -dice la ley- deben ser juramentados por el juez competente.

El juramento, es la afirmación o negación de alguna cosa poniendo por testigo a Dios.

El objeto jurídico del juramento, como solemnidad procesal que es, consiste en imponer o encargar la conciencia del declarante, estableciendo un fuerte vínculo subjetivo interno que le obligue a decir la verdad, porque quien lo quebrante, no solamente le falta a los demás, sino que también se falta a sí mismo.

Este acto, de profunda ascendencia religiosa, constituye un elemento de presión procesal, que trata de colocar a la persona frente al juicio moral de su propia conciencia, y que necesita para su validez de la concurrencia de dos circunstancias; a saber:

1) que sea judicial; y, 2) que sea de justicia. Se exige que sea judicial, en el sentido que debe ser prestado ante juez competente y bajo la fórmula del art. 234 I.; y se requiere que sea de justicia, en que debe recaer sobre lo lícito y honesto, ya que nadie está obligado a cumplir o a manifestar lo que se oponga a la ley o a las buenas costumbres.

El juramento se clasifica desde múltiples puntos de vista. Pero el que a nosotros compete, es el llamado juramento de decir verdad, porque precisamente el juramentado se obliga a decir lo que sabe sobre el punto que se le interroga.

El juramento, a pesar de su simplismo, es una cuestión sumamente controvertida. Algunos lo atacan porque es una compulsión procesal que constituye un grave atentado contra la libertad de conciencia que nuestra Constitución garantiza; otros sostienen que es innecesario, tanto para quien no siente el imperativo del honor y del deber, como para la persona digna, éstos, es decir, los propugnadores de tal posición, creen, de acuerdo con Reynal, (Arturo Orgaj-Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales) que "cuando la buena fe reina, la palabra basta; cuando no existe, el juramento es inútil"; y finalmente, hay quienes lo consideran como una vacía formalidad ritual tan intrascendente, que ni siquiera merece que se haga objeto de un dejo de polémica.

Estas impugnaciones, recibieron acogida en Argentina en la Asamblea de 1813, (Arturo Orgaj-Obra citada) que abolió el juramento de todos los actos jurídico, pero tal disposición fue derogada cuatro años después, en que se regresó, según célebre frase, (Arturo Orgaj-Obra citada) "a la preocupación teológica aún imperante".

Naturalmente, existen razones en pro de su vigencia, que nosotros sitentizamos así:

a) Una promesa, solemnemente realizada, es para la mayoría de las personas y en el mayor número de casos, una saludable cortapisa para evitar una incorrecta actuación; y,

b) Porque su quebrantamiento tipifica el delito de perjurio. Sobre el particular nos remitimos a lo dicho en la responsabilidad penal del perito.

En nuestra ley civil, a diferencia de la criminal, esta solemnidad tiene dos partes bien diferenciadas: el juramento propiamente dicho contemplado en el inciso primero del art. 311 Pr. y la -- simple promesa del inciso segundo de la misma disposición. Nosotros sostenemos, que ésta última parte no constituye juramento, basados en la clara redacción de la ley, que dice, que "si la creencia del perito no le permitiere prestar juramento, prometerá decir verdad bajo su palabra de honor". (El subrayado es nuestro)

Somos de opinión, que el juramento debe suprimirse, entre -- otras razones, porque el avance técnico que ahora existe como -- próambulo de insospechadas conquistas, ya no necesita recurrir a la sagrada divinidad para llegar a la realidad judicial de las -- cosas. Este método indirecto de pesquisa, debe ser desechado por anticientífico, por anacrónico, y no debe tratar de mantenerse por un mal entendido y trasnochado romanticismo religioso.

La poca y circunstancial importancia práctica que actualmente tiene el juramento, radica en lo siguiente:

1) Antes del juramento, el juez, a petición de parte, le recordará al perito las penas sobre el falso testimonio (art. 312 Pr.

2) Las tachas preexistentes o simultáneas se proponen en el momento de jurar (art. 336 Pr.);

3) Antes del juramento el perito deberá expresar sus generales y si tiene alguna incapacidad legal para el desempeño del cargo (art.351 Pr.); y,

4) La falta de juramento invalida el peritaje. Por falta debe entenderse ausencia o irregularidad.

### DE LA POSESION

Con fundamento y como corolario de lo expuesto, el siguiente paso lógico consiste en que el juez, previamente a la realización de la probanza, da posesión al perito de su cargo, por medio de un acta conjunta donde constan todas las formalidades exigidas por la ley.

La posesión del cargo se distingue jurídicamente del nombramiento y demás solemnidades, en que éstas son el antecedente, la causa o la premisa; y aquél el resultado, el efecto o la conclusión. O sea, que la posesión necesariamente es posterior a cualquier otra solemnidad complementaria del nombramiento, siendo en más de algún sentido, la síntesis consecucencial de todas ellas.

El nervio vital que vincula estrechamente a todas las solemnidades del nombramiento, desde la designación hasta la posesión del cargo, es el principio del medio al fin, es decir, el mismo elemento que vertebrá toda la estructura medular del proceso.

Dijimos que el cargo de perito, salvo limitadísimas excepciones, es de forzosa aceptación y desempeño. Pero es entendido, claro está, que para obligar al perito a desempeñar el cargo, éste debe ser experto en la materia sobre la cual se solicita su concepto, y tan solo existen como admisibles dos excepciones, que si no están expresamente consignadas en la ley, es porque son del más elemental y obvio sentido común. Nos estamos refiriendo a la

enfermedad que imposibilite al perito para ejercer el cargo, y al grave perjuicio que puedan sufrir sus intereses. El derecho no -- exige el heroísmo.

#### DE LA COMPARECENCIA

El perito está obligado a la comparecencia procesal. Caso de no hacerlo, será requerido por el juez conminándolo con una multa, la cual no se le impondrá si prueba justa causa en el término de -- la prevención; y si aún así no lo verifica, la multa le será im-- puesta. Además, ya señalamos que en algunos casos hasta puede lle-- gar a ser procesado criminalmente.

Otra situación, aunque un tanto semejante con la expuesta, es cuando los peritos se niegan a elaborar el dictámen; en tal caso, el Juez les prevendrá que lo verifiquen dentro de tercero día, conminándolos con una multa de veinticinco a cien colones, y si de este modo no cumplieren, decretará el apremio corporal de dichos peritos hasta que presenten la relación (art.361 Pr.) Lo mismo se aplica, puesto que los efectos son iguales, cuando, a pesar de ya estar el dictamen, los peritos se resisten a entregarlo.

#### EXCUSA Y RECUSACION

Referente a la excusación nos remitimos a lo dicho; sin embargo, diremos, a título general, que la excusa consiste en la -- facultad procesal que tiene el perito para abstenerse de conocer o actuar. Es, pues, un simple y llano derecho de abstención.

Atingente a la recusación, diremos, que en términos generales, consiste en el requerimiento que los litigantes pueden dirigir contra los peritos, a fin de que se abstengan de practicar un peritaje por sospechas de que no procederán en forma imparcial.

Entre nosotros no existe la recusación de peritos, porque -- éstos no constituyen funcionarios del orden judicial; si no que sim



ples órganos de prueba que, al igual que los testigos, solamente pueden ser tachados.

Generalizando, podemos decir, que por medio de las tachas se pretende garantizar, hasta donde sea posible, el principio de la objetividad del perito.

La proposición y prueba de tachas se encuentra regulada en el juicio criminal sumario en el art. 308 I.

#### REQUISITOS OBJETIVOS

Estos elementos -objeto, lugar, tiempo y forma-, surgen como una necesidad en el desenvolvimiento del proceso, y constituyen una de las partes verdaderamente fundamentales dentro del mecanismo de la prueba por pericia.

#### O B J E T O

La valoración técnica de los hechos constituye el objeto de la prueba por pericia. Por lo que se entiende, que el peritaje no puede recaer sobre la existencia misma de los hechos que han de apreciarse, ni sobre el sentido jurídico de un documento, ni sobre la existencia de un hecho material reciente, como sería, por ejemplo, la simple comprobación de una obra cualquiera.

De lo dicho se desprende, como lógica y necesaria consecuencia, que el perito, para cumplir seriamente su misión, necesita estar en contacto directo e inmediato con los hechos que va apreciar porque es un principio general de la valorización de la prueba, - que está se vuelve más incierta a medida que entre el apreciador (léase perito), y los hechos apreciados (léase materia del peritaje), se alarga la distancia por la interposición de elementos intermedios.

Uno de estos elementos, lo tenemos en nuestro derecho positivo, en el conocido caso del dictámen pericial con vista de autos, que es el que recae no directamente sobre los hechos, sino con --

vista (he ahí su denominación), de otra prueba recogida por el juez.

Sin perjuicio de que el peritaje con vista de autos, constituya, por lo expuesto, una forma de pericia con pretensiones de prueba, pero con bases probatorias singularmente frágiles, que se mantiene por el famoso utilitarismo legislativo que suple las grandes deficiencias, diremos, que la jurisprudencia, es de opinión -- que este tipo de pericia "se aplica en todo género de causas, pues no existe disposición alguna que prescriba que los peritos sólo -- pueden emitir opinión facultativa o profesional sobre hechos constatados personalmente por ellos" (Revista Judicial, Tomo XLII, 12 de febrero 1938, página 153); sosteniendo, además, que dicho peritaje debe fundarse en hechos plenamente probados en la causa y no en la opinión de testigos, ya que si los peritos han procedido de aquella manera, su dictámen constituye plena prueba (Revista Judicial, Tomo XLII, mayo 21 de 1937, página 205).

Atingente al primer criterio jurisprudencial --el que sustenta que el peritaje con vista de autos se aplica en todo género de -- causas --nos limitaremos a expresar lo siguiente:

1) Que únicamente el art. 214 I., es el que consigna explícitamente tal tipo de pericia; y,

2) Que la disposición citada es de naturaleza especial y, -- por ende, de aplicación restringida, ya que se refiere exclusivamente a un sólo delito; el de lesiones.

De interpretarse así el art. 214 I., resulta que el caso sumarial del inciso segundo del art. 125 I., no conlleva en forma -- implícita, tal como se pretende, la pericia con vista de autos.

Concluyendo podemos decir: que el ya tantas veces citado peritaje con vista de autos, en razón de las circunstancias, debe

entenderse que adhiera a todo género de causas; sin embargo, no es posible ni correcto olvidar que en estricta técnica probatoria tal figura ni siquiera logra ser la sombra de una probanza.

#### L U G A R

El lugar depende de la índole del objeto, pudiendo realizarse en la misma sede del Tribunal o fuera de ella, en el supuesto de que la cosa no pueda o no convenga ser trasladada.

#### T I E M P O

La pericia se realizará dentro del término que el juez señale; además, en cuanto al tiempo del juicio, es decir, dentro de las etapas procesales donde puede tener lugar, diremos que puede efectuarse:

- 2) En la fase sumaria o de instrucción; y,
- 3) En la fase plenaria o de contradicción.

Debe entenderse que en esta última etapa, según el art. 233 I., las partes no pueden a la hora del jurado aportar nueva pericia, porque, precisamente, para eso han tenido el término probatorio; sin embargo, ya sabemos que el juez sí puede, aún después de la vista pública, mandar a practicar la llamada pericia de cognición (art.430).

#### F O R M A

La pericia penal debe practicarse siempre por dos peritos - simultáneamente a presencia del Juez y del Secretario, y además, la relación deberá estar suscrita por ellos. En el caso en que con vengan en el dictamen -dice el art. 360 Pr. formarán una sola relación motivada, Si discuerdan, extenderá cada uno de los discordantes la suya, en cuyo caso se nombrará un tercero, que acepta y jura.

La discordia pericial penal está regulada en el art. 125 I., en una forma un tanto distinta que en lo civil (art.347 inciso segundo Pr.)

NORMAS PROCESALES Y TECNICAS DEL PERITAJE

La ciencia pericial es una disciplina totalmente aplicativa cuyo método expositivo debe excluir todo posible verbalismo, que lo haga perder al dictamen su proyección jurídica y su fundamento científico. Por tal motivo, es una lamentable equivocación, - creer que no hay necesidad de estudiarla, que ella no tiene sus propios principios y su técnica exclusiva, porque solamente se - trata de la simple aplicación de las distintas ramas del saber a los casos particulares del proceso.

Pero por ahora tal posición se encuentra abandonada, al menos teóricamente, ya que nadie ignora que el dictámen se encuentra sometido a diversas normas jurídicas y a múltiples principios técnicos cuya ausencia acarrearán la invalidez o la inutilidad del peritaje. De lo que se infiere, que el perito, sí en verdad pretende resolver a satisfacción los problemas inherentes a la materia, necesita -- tener los conocimientos legales y los hábitos mentales propios del peritaje, que sólo pueden obtenerse por el estudio, la reflexión, y la observación atenta y continuada de los hechos.

Las reglas procesales del peritaje ya las vimos -aunque en - forma superficial, desde luego-, a través de todo lo escrito, y por ende, solamente nos referiremos a ciertos principios técnicos que lo informan, los cuales analizaremos así:

1) El perito debe saber distinguir lo que está netamente -- probado de lo probable e incierto. Así, el dictamen nunca debe fundamentarse en la posibilidad de una teoría o experimento, al contrario, su basamento debe ser sólo aquello que la ciencia reconoce como verdad actual;

2) Como consecuencia del numeral anterior, y según lo expresa Vibert, (Autor citado por Nerio Rojas-Medicina Legal) "el perito debe explicar en una fórmula clara y precisa las conclusiones

que corresponden exactamente a la opinión que se desprende del examen razonado de los hechos. El no emitir asecciones tan llenas de restricciones y de reticencias que ellas no signifiquen ya nada, siendo imposible al Juez saber qué sentido tomar". O sea, que el dictámen debe ser claro, preciso y terminante.

3) El perito debe saber concluir, porque de ordinario, un sólo vocablo hace cambiar totalmente el significado de un concepto. El arte de las conclusiones, tal como dice Rojas, "además de la claridad, consiste en la medida". El perito debe saber el límite de lo que debe afirmar categóricamente; y,

4) La exposición del peritaje debe seguir ciertos principios prácticos del método racionalista cartesiano, como el de dividir los problemas en tantas partes como sea posible, y el de proceder de lo más sencillo a lo más complejo.

En la técnica del dictamen ha habido una evolución rápida y profunda.

Antes, los dictámenes no tenían un estricto perfil de pensamiento orgánico, ni una clara y firma sistemática de exposición. Había, y ello es indudable, informes de excelente categoría, que abarcaban, con profundidad y buen juicio, los puntos en consideración. El especialismo con toda su problemática todavía no existía; y el dictamen era, en el mejor de los casos, una magnífica pieza de prosa parecida a un simple informe o a una corriente disertación de frío y teórico academismo, que no llenaba las necesidades vitales y prácticas del proceso, porque carecía, ante todo, de un esquema constructivo. En otras palabras: no existía un tipo de dictamen, sino tantos como idiosincrasias de peritos había.

Ahora, sin embargo, ya existe un esquema clásico, que consta fundamentalmente de cuatro partes principales, a saber:

- 1) de antecedentes;
- 2) de consultas
- 3) de dictamen propiamente dicho; y
- 4) de conclusiones.

Como se comprende, desde la segunda parte en adelante, todo el texto se desarrolla bajo el siguiente principio: que a cada punto de consulta debe seguir una conclusión rotunda, es decir, claramente establecida, ya sea en sentido afirmativo, negativo o dubitativo. Debe entenderse, sin embargo, que lo dubitativo se -- refiere a lo científico y que no implica especulación personal.

Para concluir, presentamos un formulario de dictámen general, (Carlos A. Guzmán Díaz-Procedimiento Penal Aplicado.) y uno de avalúo de perjuicios, (Carlos A. Guzmán Díaz-Obra citada-) por ser éstos, precisamente, los casos más corrientes.

FORMULARIO GENERAL

Señor Juez.....

Mediante providencia de fecha....., dictada dentro del proceso adelantado contra....., su Juzgado tuvo a bien designarnos peritos para emitir concepto en ese informativo el cual procedemos a rendir en la siguiente forma, advirtiendo -- que hemos estado en perfecto acuerdo y llegado a las mismas conclusiones.

Las cuestiones sometidas a nuestros conocimientos y criterio, han sido las siguientes;

- 1a.....
- 2a.....
- 3a.....

Para absolver la primera cuestión procedimos a examinar.... (objeto materia del dictamen), habiendo encontrado estas circunstancias de carácter esencial.....De ellos resulta fácil deducir.....(tal cosa).

Para resolver el segundo punto del dictamen, realizamos (tales comprobaciones).....habiendo obtenido.....(resultados).

Para dictaminar sobre el tercer punto, verificamos.....cotejos de letras y encontramos los siguientes puntos de referencia o coincidencia entre ellas.....

Por tal motivo llegamos a las siguientes conclusiones.....

Dejamos en los anteriores términos absueltas las cuestiones puestas a nuestra consideración y estamos dispuestos a ampliar, explicar o aclarar nuestro dictamen, si así lo pidieren las partes o el señor juez de oficio.

Señor juez.....(fecha)

(Firmas de los peritos)

FORMULARIO PARA AVALUO DE PERJUICIOS

Señor Juez.....

Mediante providencia de fecha....., dictada en el -- proceso adelantado contra....., por el delito de..... su Juzgado tuvo a bien designarnos peritos para evaluar los perjuicios de orden material y moral causados por el delito investigado -- en dichas diligencias. Procedemos a rendir en la siguiente forma -- el valúo solicitado, advirtiéndole que hemos estado en perfecto acuerdo en la apreciación de él.

Estimamos el valor de los perjuicios materiales y morales causados con el delito en la suma de....., de -- acuerdo con el siguiente (detalle) o liquidación motivada y especificada:

PERJUICIOS MATERIALES:

- a) Gastos de clínica pagados por los herederos de la víctima.....
- b) Por conceptos de gastos de entierro del mismo.....
- c) Por daño emergente y lucro cesante, la cantidad de....
- d) Valor de reparaciones de.....la suma de.....

PERJUICIOS MORALES:

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 163 inciso segundo C. P. los estimamos en la cantidad de dos mil colones.

De conformidad con las anteriores partidas, resulta una cantidad de.....por daños y perjuicios causados en la infracción.

Señor Juez.....(fecha).

(Firma de losperitos)

ASESORAMIENTO Y PERICIA

Gramaticalmente, si nos atenemos a lo que dice la Real Academia de la Lengua, no hay ninguna diferencia entre el asesoramiento y la pericia, ya que el primer vocablo proviene de quien aconseja o ilustra a otra persona, ayudándole en el buen desempeño de sus funciones, y el segundo significa, precisamente, sabiduría, práctica, experiencia o habilidad en una ciencia o arte determinado.

Pero, jurídicamente, asesoramiento y pericia han sido y son dos conceptos totalmente distintos, ya que el asesor ilustra al juez en asuntos jurídicos, y el perito lo hace en cuestiones metajurídicas.

Por otra parte, es necesario subrayar, que la figura del asesor es de fecha más reciente que la del perito. Aquel nace como típico producto de la Roma Republicana, (Jiménez Jesús y Epifanio - de Gamboa-Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal) ya que los



magistrados de esa época estaban asistidos por los consilium adsesorum, (Jiménez Jesús y Epifanio de Gamboa-Obra citada-) y cuyo nombre surge, precisamente, de los términos latinos ad sedere, que significan sentarse al lado del magistrado.

Además, el asesoramiento es de mayor relevancia jurídica - que la pericia, en el sentido, de que mientras ésta es un simple medio de prueba, aquélla se considera como una labor de íntima colaboración con el juez, que, según el decir de ciertos autores, constituye una forma de asistencia judicial.

La asesoría forense está contemplada en nuestro derecho en las disposiciones siguientes: del artículo 91 Pr., al 97 Pr., y en el art. 581 I.

#### RECONOCIMIENTO Y PERITAJE

El reconocimiento es la comprobación directa y personal que hace el juez investigador en asocio de su secretario, acompañado o no de peritos, a efecto de percibir por sus propios sentidos las señales que haya dejado el delito, a fin de clasificarlo dentro de -- las distintas modalidades que pueda presentar, y que después le servirá paradarle la denominación y el trato adecuado.

Este medio probatorio también se denomina inspección ocular o "vista de ojos", porque en la época de Carlomagno a estas prácticas les llamaba "vistas", así, se decía, por ejemplo, "vista de hombre muerto, vista de mujer violada, vista de hombre enfermo". (Acosta Guzmán-Obra citada)

-Cuál es la diferencia, entonces, entre el reconocimiento y la pericia?

El distingo fundamental radica en lo siguiente: en que el reconocimiento es prueba directa y el peritaje es prueba indirecta; de lo que se deduce, como lógico es suponer, que el primero tenga - muchísimo más valor probatorio que el segundo.

EXPLICACION Y AMPLIACION

Se explica lo ininteligible y se amplía lo diminuto.

El art. 362 Pr., dice que "en caso de estar oscura, a juicio del Juez, la relación de los peritos, se podrá exigir explicaciones de oficio, o a petición de parte, o nombrar otros".

La oscuridad del informe es, en efecto, la base de la explicación, que puede ser de dos clases: gramatical o conceptual, y cuya calificación, por ser el juez el principal destinatario procesal de la pericia, queda bajo su exclusiva competencia; lo cual determina, que toda petición rechazada no admita recurso.

La explicación puede ser hecha por los mismos o por otros peritos. La primera constituye la explicación propiamente dicha, y la segunda, la explicación lata, esta se aplica en defecto de aquélla, porque lo propio se aclara mejor que lo ajeno.

Los principios que norman la aclaración, son los mismos que inspiran el contenido de las relaciones entre lo principal con lo accesorio y lo general con lo particular.

La figura procesal que nos ocupa es un concepto jurídico - de cualidades más que de cantidades, porque aclara el igual o el superior, nunca el inferior. Por lo que, la pericia de titulados no puede ser explicada por prácticos, ni la de éstos, por la de -- simples entendidos.

El plazo de la aclaración es judicial, y su justificación y fundamento es el fin mismo de la pericia.

En consideración a lo anterior, urge aclarar, que la concurrencia de los peritos a la vista pública de que nos habla el art. 233 I., constituye una especie de explicación ante los jueces de hecho. Sin embargo, como la pericia típica es la pericia de instrucción, resulta que en la mayoría de los casos, lo que se hace a la hora del debate, es leer el dictamen que inevitablemente va inclui-

do en la minuta, dando por resultado que la situación del artículo de mérito sea de excepcional aplicación.

-Pueden los peritos ser confrontados entre sí o con el reo a la hora del jurado?

Nosotros respondemos en forma negativa, en base a las razones siguientes:

1) Porque todas las disposiciones del Código de Instrucción que regulan la confrontación y el careo, se refieren exclusivamente al testigo; y,

2) Porque la pericia tiene en la discordia, el medio procesal idóneo para allanar las discrepancias de criterio que puedan --- existir entre sus miembros.

Puede consultarse sobre el tema, la sentencia ejecutoriada que aparece publicada en la Revista Judicial, de junio de 1937, en el Tomo XLII, y en la página 213.

#### A M P L I A C I O N

La ampliación no aparece, tal como sería lo correcto, contemplada expresamente en nuestro derecho positivo; por ende, su fundamento legal radica en la facultad judicial del 430 I., en relación con el art. 1238 Pr.

Su justificación y su fundamento es el mismo que el de la explicación, y, huelga decirlo, que se trata de figurar afines.

Por otra parte, tanto la explicación como la ampliación, --- constituyen para el perito deberes de índole puramente formal que --- emanan en forma directa e inmediata del proceso.

#### I M P U G N A C I O N

En cualquier tiempo, antes del veredicto del jurado, en --- los juicios que se ventilan con su intervención, o antes de la sentencia en los demás casos, cualquier interesado puede objetar el dic

tamen de erro, fuerza o dolo, conforme las reglas generales de impugnación y controversia de las probanzas.

Si la refutación se declara infundada y se establece que hubo mala fe al proponerla, se condena al articulante de acuerdo con las normas procesales de disciplina judicial. Si sucede lo contrario, el juez proveerá lo pertinente para la investigación criminal a que haya lugar contra el perito y demás responsables, y ordenará nueva diligencia.

El ataque por defectos de forma es un incidente que se sustancia y decide como cualquier articulación.

Por último es necesario observar, que muchos casos de nulidad del veredicto que se ventilan en apelación o casación, son en el fondo, peticiones sobre la nulidad de un dictamen.

#### PROCEDIMIENTO PROBATORIO

Es obvio, por la naturaleza de nuestro sistema, que la prueba, como actividad que realizan en el juicio las partes o el juez, no se desarrolla en una forma libre, en cuanto que la aportación sea absolutamente abierta en la forma y desenvolvimiento. Por el contrario, todas sabemos que la actividad de prueba obedece a un orden, disciplina o reglamentación, que es, precisamente, lo que constituye dentro de la ciencia del proceso el tema del procedimiento probatorio, cuyo fundamento jurídico, no sólo se inspira en claras razones de orden práctico, sino que también en justicieros principios de orden teórico, que se polarizan en la igual tutela de los derechos y pretensiones de las partes.

El procedimiento probatorio se puede estudiar bajo dos aspectos: en el primero se encuentra el conjunto de formas y reglas comunes a todas las probanzas, sea de la índole que sean; y en el segundo se halla el funcionamiento particular de cada medio de prueba.

El procedimiento probatorio pericial, por el plan de desarrollo que hemos seguido, casi ha sido tratado a través de todo lo expuesto, sin embargo, dada su vital importancia, urge decir, a fin de establecer ciertas orientaciones, que este tema se divide en dos campos:

- a) el de la actividad de los distintos sujetos procesales;
- b) el de las formas que recubren y protegen dicha actividad

En el proceso penal, merced a los intereses que tutela, la actividad probatoria del juez es, en contrapunto con el campo civil bastante más amplio, ya que el juzgador está facultado por la ley para investigar los delitos que se cometen en su jurisdicción, investigación que por regla general es de oficio, y en la cual él es quien tiene el impulso procesal para dirigir las pesquisas.

En nuestra ley, el juicio criminal se compone de dos etapas o partes: la primera comienza al iniciarse el juicio (ya sea por acusación, denuncia o de oficio), hasta el auto de elevación a plenario inclusive. Se denomina juicio de instrucción, informativo o sumario. En esta fase es donde los jueces, para averiguar los delitos cometidos, están facultados para practicar de oficio (concepto propio de la etapa sumarial), todas las diligencias que conduzcan al esclarecimiento del hecho. Es decir, que el juez inicia el juicio, investiga el hecho, practica las primeras diligencias, y recoge todas las probanzas hasta llegar a establecer plenamente el cuerpo del delito y semiplenamente, cuando menos, la delincuencia del procesado. Y si bien es cierto que en esta fase del juicio, la ley le permite la actividad probatoria a la parte reo, la verdad es que dicha participación no es para obstruir u obstaculizar el curso de la causa, sino para presentar pruebas que contribuyan a su defensa, como garantía al derecho individual que nuestra Constitución establece.

Es decir, que la actividad probatoria de la defensa en el sumario es de excepción, aún en los delitos perseguibles de oficio, tan es así, que la defensa, puede incluso indicarle al juez la práctica de cualquier diligencia y si éste la estima de importancia para los fines que persigue la ordenará, de lo contrario la desechará, y tal resolución, ni siquiera está obligado por ley a notificarla, ya que todo corre bajo su absoluto control y responsabilidad.

La segunda fase empieza desde la apertura a prueba hasta la sentencia y se llama juicio contradictorio, precisamente porque hasta entonces es que las partes pueden contradecir, controvertir y discutir las probanzas recogidas por el juez, a fin de establecer con plenitud de trámites la inocencia o culpabilidad del procesado.

Esquematizando lo expuesto bien podemos decir, que el sumario constituye, en el fondo, un término de prueba para el juez, ya que las partes tienen el suyo hasta en la etapa plenaria del juicio. En este estado es que el juez le cede a las partes el impulso procesal de la prueba.

VALOR DEL PERITAJE

El presente tema, quizás el más relevante desde el punto de vista del proceso, sugiere algunas consideraciones preliminares de tipo doctrinal, que permitan señalar con cierta precisión, el alcance de su contenido y la significación jurídica de su importancia.

Pero el objeto general de este tema es, a su vez, tan complejo, que su estudio exige la separación de las distintas partes que lo forman, que son, principalmente, cuatro; a saber:

- 1) Determinación de la naturaleza normativa;
- 2) Disponibilidad del medio;
- 3) Ubicación lógica del mismo; y,
- 4) Sistema de apreciación.

El primer punto consiste, en averiguar, si las leyes que rigen la apreciación pericial son de índole procesal o material; el segundo, en saber si se puede o no ampliar su aplicación por disposición exclusiva del juzgador, según lo exijan los adelantos científicos; y el tercero, en determinar cuál sistema adopta nuestra legislación.

Sin entrar en mayores detalles, diremos lo siguiente:

- a) que las normas reglamentarias de la valorización pericial son, fundamentalmente, de naturaleza formal;
- b) que la jurisprudencia de acuerdo con la ciencia, puede ampliar la esfera de acción de la prueba por pericia;
- c) que la pericia, por ser prueba personal e indirecta, se clasifica en el grupo de probanzas de poco valor probatorio; y,
- d) que nuestra ley procesal penal adopta, según los casos, el sistema legal, el de libre convicción, o el de sana crítica.

En primer lugar, hay que ver, que el dictámen no es por sí prueba plena, porque, en caso de oposición con lo apreciado personalmente por el juez, puede ser desechado en todo o en parte.

El Jurado, que sigue en esta materia el sistema de libre convicción, puede tomar o desecharlo el peritaje a su prudente arbitrio.

Y por último, en el supuesto de que no haya contradicción entre lo constatado por el juez y el dictamen, se sigue el régimen legalista.

Para concluir, señalaremos, que de acuerdo con el inciso segundo del art. 413 I., la pericia facultativa puede servir de base a presunciones judiciales; pero, desde este punto de vista, conviene señalar, que tanto la presunción como su fundamento no son propiamente medios de prueba, si no tan sólo, según la teoría que expusimos sobre la naturaleza, uno de los muchos elementos intelectuales necesarios para dictar sentencia.

#### C O N C L U S I O N E S

Como primera conclusión, podemos decir, que urge revisar a corto plazo, en forma integral y profunda, todo lo relacionado con la pericia penal, a fin de darle congruencia y orden lógico, ya que muchos de sus principios se encuentran actualmente rebasados por la realidad, amén de que su casuística, sin ninguna idea previa y completa, obstaculiza su comprensión y manejo.

Debe, por lo tanto, reformarse la ley.

Sin embargo, sería un lamentable error creer que el derecho todo lo puede, y que basta y sobre con elaborar buenas leyes para que la justicia, por generación espontánea, fluya por el proceso sin ningún tropiezo, ya que el juicio, como fenómeno de cultura, es, o al menos debería ser, una ciencia y no una aventura, que



necesita de la disciplina pericial para que científicos objetivos contribuyan al fortalecimiento de la administración de justicia. Lo que se impone, como segunda conclusión, que la Universidad Nacional forme cuadros valiosos de académicos generales, de profesionistas altamente especializados y de auténticos peritos forenses.

Desde luego, que la reforma educativa para la preparación de personal, es, en mucho, la tarea más difícil; pero al mismo tiempo la más honrosa que pueden proponerse los centros de cultura superior.

Naturalmente, no ignoramos que la cuestión es muchísimo más compleja, ya que el derecho como la educación, por ser superestructuras sociales, no constituyen la base de la organización, pero el derecho, al igual que la educación, si influyen positiva y considerablemente sobre la base del sistema.

Pertinente a lo dicho, vamos a transcribir las palabras preliminares que Rojas pronunció en el año 42, al inaugurar su cátedra de Medicina Legal de la Facultad de Ciencias Médicas de Buenos Aires, ya que su elevada calidad académica contiene perfiles de universalidad, que, perfectamente, son aplicables a toda la gama de peritajes que existen o que puedan llegar a existir.

Dijo Rojas:

"Estamos todavía en el período embrionario de confusión de las ciencias que buscan su diferenciación y la medicina legal (la ciencia pericial, apostillamos nosotros), es como un terreno baldío sin cerco ni dueño, por donde todo el mundo transita sin control. Este fenómeno intelectual de nuestro ambiente se debe en conjunto a los gobiernos, a los jueces y a los médicos (a los profesionistas, añadimos nosotros), y es una manifestación de cultura incipiente. Al observar este problema he pensado que la modificación -

no puede venir de afuera, por obra exclusiva de una ley sobre peritajes o por buena voluntad de los gobernantes y los jueces, pues la transformación debe ser una obra interna insensible de purificación que ésta cátedra puede realizar lentamente. Si ella llegara a convertirse en un centro de investigación y de enseñanza, si el hoy escaso número de especialistas se multiplicara, si consiguiéramos concentrar un núcleo homogéneo y serio de estudiosos, si diéramos pruebas de una organización individualidad científica, la medicina legal (léase pericia, en su más amplio sentido), se impondría en el ambiente y realizaría la solución vigilante de las otras especialidades, pues la verdadera cultura es de tal modo luminosa que pone en evidencia y ahuyenta al charlatanismo, la improvisación y la audacia".

Por lo demás -casi huelga decirlo porque es bien claro-, que en materia de reformas no pretendemos ser ningunos innovadores tanto es así, que vamos a transcribir las importantes y vitales recomendaciones del Primer Congreso de Patología y Medicina Forense, -realizado por la Asociación Salvadoreña de Patología, en esta ciudad capital, del 16 al 19 de Febrero del año recién pasado.

Dicen textualmente así:

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DEL "I CONGRESO NACIONAL  
DE PATOLOGIA Y MEDICINA FORENSE"

I- CONSIDERANDO:

a) Que sin autopsia forense correcta y completa en la investigación de todo homicidio, la administración de justicia carece de base científica,

b) Que en los distintos países en donde se ha establecido la autopsia como medida legal, se ha evitado la consumación de --- errores judiciales de difícil reparación.

c) Que para la práctica de las autopsias no se requiere d

grandes desembolsos en cuanto a elementos materiales.

d) Que existe en todo el territorio nacional una conciencia de la necesidad de establecerlas.

P O R T A N T O:

RECOMIENDA:

lo.) Que la autopsia Médico Legal debe practicarse en todos los casos que a continuación se enumeran:

Será deber del Médico Forense investigar, con el objeto de determinar la causa y modo de la muerte de cualquier persona, en todo caso en que la muerte sobreviniere en las siguientes circunstancias:

a) Como resultado de actos delictuosos y en aquellos en que exista sospecha de que se ha cometido un delito;

b) Como resultado de cualquier accidente o acto de violencia, no importando su naturaleza o el intervalo de tiempo transcurrido entreaquellos y la muerte;

c) Repentina e inesperadamente, mientras la persona gozaba de relativa o aparente buena salud;

d) Cuando acaeciére dentro de las veinticuatro horas siguientes a la admisión del paciente en un hospital, clínica o asilo;

e) Cuando sobreviniere estando la persona guardando detención o prisión, o como resultado de una enfermedad o lesión originada mientras estaba en las mismas circunstancias;

f) Cuando ocurriere luego de un aborto o parto prematuro,

g) Cuando fuere por suicidio o sospecha de tal,

h) Cuando sobreviniere como resultado de una enfermedad, si factores extraños a dicha enfermedad hubieren contribuído a la muerte;

i) Cuando sobreviniere a consecuencia de un envenenamiento o sospecha de tal;

j) Cuando sobreviniere en relación con o como resultado de la ocupación del occiso;

k) Cuando sobreviniere inesperadamente durante un procedimiento quirúrgico, diagnóstico o terapéutico, incluyendo aquellas -- muertes ocurridas luego de procedimientos terapéuticos nuevos o experimentales;

l) Cuando sobreviniere mientras el paciente estuviere bajo anestesia o recobrándose de los efectos de la misma,

m) Si hubiere sido causado por fuerzas físicas tales como electricidad, calor, frío o irradiación;

n) Si fuere causada por intoxicación aguda con alcohol;

o) Cualquier muerte de un adicto o narcóticos;

p) Cualquier muerte por malnutrición, abandono o exposición a los elementos, resultados de negligencia,

q) Cuando la muerte ocurriere en una casa de convalecencia, asilo o institución similar,

r) Cuando la muerte sobreviniere durante la hospitalización en una institución psiquiátrica;

s) Cuando la muerte sobreviniere en una persona que estaba padeciendo de una enfermedad contagiosa, la cual pudiere constituir una amenaza a la salud pública.

t) Cuando el cadáver haya de ser preparado por una institución inhumadora;

20.) Que, sin perjuicio de que las autopsias obligatorias ya estén previstas en el Proyecto de Código Procesal Penal, es de -- ineludible necesidad dirigirse a la Honorable Corte Suprema de Jus ticia con el objeto de que haga uso de las medidas legales para la inclusión de esta reforma en el Código de Instrucción Criminal;

3o.) Solicitar al Ministerio de Justicia a fin de que se redacte el proyecto de reforma para que sea contemplada en el Código de Instrucción Criminal;

4o.) Sugerir a la Honorable Corte Suprema de Justicia y al Fiscal General de la República, para que los funcionarios que de ellos dependan pongan en práctica la realización de las autopsias en los casos anteriormente enunciados.

II- C O N S I D E R A N D O:

a) Que es alarmante la proclividad del ciudadano salvadoreño al suicidio, constituyendo por ello un grave problema social,

b) Que en los distintos órganos periodísticos se expone con lujo de detalles estos hechos dolorosos, ayudando a aumentar por imitación, notablemente su frecuencia;

c) Que es medio muy común paravalevar a cabo estos suicidios el empleo de lo que se conoce como CHISPAS DEL DIABLO;

d) Que se acepta por indubitable el análisisverificado de que puede fácilmente ser eliminado el suicidio en un porcentaje elevado, recurriendo a prohibiciones establecidas en otros países y que han redundado en beneficio para las comunidades,

P O R T A N T O:

RECOMIENDA:

1o.) Dirigirse a los pertinentes organismos del Estado a fin de que se establezca la reglamentación correspondiente prohibiendo la fabricación, venta e importación de CHISPAS DEL DIABLO;

2o.) Que se tomen las medidasoportunas en la prevención de suicidios de todo tipo, pidiendo la colaboración de la prensa del país a fin de evitar la publicidad ostentosa,

3o.) Que se prohíba, hasta los límites de lo posible, la fabricación y uso de productos pirotécnicos (explosivos) que producen numerosos accidentes todos los años.

III- C O N S I D E R A N D O:

a) Que la Nación Salvadoreña está esperando como necesidad impostergable la creación de un Organismo de Medicina Forense;

b) Que su creación redundaría en beneficio para la buena administración de justicia, volviéndose en un imperativo que no puede tener mayor aplazamiento,

P O R T A N T O:

RESUELVE:

1o.) Fundar un Organismo de Medicina Forense.

2o.) Con el objeto que dicho Organismo de Medicina Forense funcione al más breve plazo, procurando obviar presupuestos elevados y obstáculos de otra naturaleza, se deberá disponer de los recursos humanos existentes y que fueren necesarios; se aprovechará de los laboratorios establecidos en las Escuelas de Ciencias Químicas, de Odontología y de Medicina, así como de los servicios estatales de las de Autopsias de los centros hospitalarios y los laboratorios de técnica policial.

IV- C O N S I D E R A N D O:

a) Que son innegables los alcances e importancia que tiene en la actualidad la Medicina Forense;

b) Que el no incluirse en los programas de estudio de algunas profesiones es un vacío que debe ser corregido,

P O R T A N T O:

RECOMIENDA:

1o.) Recurrir a las autoridades Universitarias con el fin de que se mejore y amplíe la enseñanza de la Medicina Forense en -

funciones al más breve plazo, procurando obviar presupuestos elevados y obstáculos de otra naturaleza, se deberá disponer de los recursos humanos existentes y que fueren necesarios; se aprovechará de los laboratorios establecidos en las Escuelas de Ciencias Químicas, de Odontología y de Medicina, así como de los servicios estatales de Sala de autopsias de los centros hospitalarios y los laboratorios de técnica policial.

IV- C O N S I D E R A N D O:

a) Que son innegables los alcances e importancia que tiene en la actualidad la Medicina Forense;

b) Que el no incluirse en los programas de estudio de algunas profesiones es un vacío que debe ser corregido,

P O R T A N T O:

RECOMIENDA:

1o.) Recurrir a las autoridades Universitarias con el fin de que se mejore y amplíe la enseñanza de la Medicina Forense en forma práctica en las Escuelas de Medicina y Derecho, y que se cree en la Escuela de Odontología;

2o.) Que se dicten las providencias necesarias a fin de que la enseñanza de la Patología Forense sea practicada en la Escuela de Servicio Social, y a un nivel adecuado en los cuerpos de Seguridad Pública.

V- C O N S I D E R A N D O:

a) Que serían nugatorios los fines del presente Congreso no se llevan a la realidad práctica las resoluciones y recomendaciones emanadas del mismo;

b) Que para la consecución y realización de todas las recomendaciones y resoluciones se requiere de un organismo permanente, que contaría con las facultades necesarias para tomar las me-

didadas requeridas al cumplimiento de sus fines;

P O R T A N T O:

RESUELVE:

1o.) Crear un comité de carácter permanente para los objetivos reseñados, y en especial para llevar a la realidad la fundación del Organismo MEDICO FORENSE SALVADOREÑO;

2o.) El comité será integrado en la forma siguiente:

Un Delegado de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Un Delegado de la Fiscalía General de la República.

Un Delegado de las Asociaciones de Abogados.

Un Delegado del Ministerio de Justicia.

Un Delegado de la Asociación de Patólogos.

3o.) El encargado de llevar a cabo la integración del anterior organismo será el Comité Organizador del presente Congreso.

VI- RECOMIENDA:

Dirigirse al Ministerio de Justicia con el objeto de que sea redactado un proyecto de Reforma al Código Penal, en donde sea contempladas las distintas causas de justificación aceptadas por las tendencias modernas referentes a los diferentes tipos de abortos.

EL PRIMER CONGRESO DE PATOLOGIA Y MEDICINA FORENSE,

RESUELVE:

Que el próximo Congreso deberá llevarse a cabo a más tardar dentro de dos años, en el cual se revisarán los progresos obtenidos a consecuencia de las resoluciones y recomendaciones emanadas del presente, y servirá para someter al análisis otros problemas, enfocarlos, valorizarlos y resolverlos.

Independientemente de que algunas de estas sugerencias - cristalicen en breve, nos permitimos proponer como medida inmedia



ta, que los peritajes médico-legales que verifican los Jueces de Paz en las primeras diligencias o en los juicios sumarios, sean practicados por los médicos en servicio social que se encuentran destinados en las distintas poblaciones del país, porque es obvio que tales profesionistas mejorarían, en un ciento por ciento, los lamentables dictámenes que por hoy sufre la justicia penal en algunos pueblos del interior.

B I B L I O G R A F I A

- 1) Escriche Joaquín:                    Diccionario Razonado de Legi-  
lación y Jurisprudencia.
- 2) Calabrig Gisbert:                    Medicina Legal y Práctica Fo-  
rense.
- 3) De Pina Rafael :                    Tratado delas Pruebas Civilo
- 4) Florian Eugenio :                    Derecho Procesal Penal.
- 5) Rojas Nerio :                    Medicina Legal.
- 6) Escobar Juan Ben-  
jamín :                    Cuestiones Prácticas de Ju-  
risprudencia Penal y Cuestio-  
nes Prácticas de Jurisprude-  
cia Penal y Civil.
- 7) Mariconde Vélez :                    Estudios de Derecho Procesal  
Penal.
- 8) Saez Jiménez Je-  
sús y López Fer-  
nández de Gamboa  
Epifanio :                    Compendio de Derecho Proces  
Civil y Penal.
- 9) Guzmán Diaz Car-  
los A.                    Procedimiento Penal Aplicad

=====