

Informe de Investigación

Título: Análisis del Dictamen Médico Legal.

Rama del Derecho: Derecho Procesal Penal.	Descriptor: Actos procesales en Materia Penal.
Palabras clave: Dictamen médico legal, Médico forense, Prueba pericial, Debate, Funciones del Juez.	
Fuentes: Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 03 – 2012.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina	2
a)El Médico Forense y El Juicio: ¿Perito o Testigo?.....	2
I. INTRODUCCIÓN.....	2
II. EL MÉDICO FORENSE ES UN PERITO, NO UN TESTIGO.....	3
III. LA PARTICIPACIÓN DEL MÉDICO FORENSE EN LA INSTRUCCIÓN.....	4
IV. EL MÉDICO FORENSE EN EL DEBATE.....	5
V. CONCLUSIÓN.....	6
VI. ANEXO.....	6
b)El Objeto De La Prueba Por Medio De Dictamen De Peritos.....	7
1. Hechos.....	7
2. El derecho extranjero.....	8
3. La costumbre.....	10
4. La existencia y contenido de las máximas de experiencia.....	11
3 Jurisprudencia.....	13
a)Dictamen médico legal en materia penal.....	13
b)Prueba pericial en materia penal: Análisis sobre su naturaleza con respecto a las funciones del juez.....	15
c)Medicina legal: Dictámenes que emite, distinción con los elaborados por el Equipo Interdisciplinario del Departamento de Trabajo Social y Psicología, plazo para ponerlos en conocimiento y medios de impugnación.....	18
d)Prueba pericial en materia penal: Psiquiatra que se niega a comparecer en debate.	24

1 Resumen

Sobre el análisis médico legal que hacen los médicos forenses en casos penales trata el presente informe. Del mismo se citan dos lecturas de doctrina, explicando: el médico forense y el juicio: ¿perito o testigo?, y el objeto de la prueba por medio de dictamen de peritos, así como varida jurisprudencia sobre el dictamen médico legal.

2 Doctrina

a) El Médico Forense y El Juicio: ¿Perito o Testigo?

[Castro]¹

I. INTRODUCCIÓN.

"Guillermo se inclinó sobre el cadáver, como si estuviese habituado a tratar con cuerpos muertos. Mojó el paño que yacía a un lado del agua del cubo y limpió mejor el rostro de Venancio. Entre tanto los otros monjes se apiñaban aterrados, formando un círculo vocinglero que el Abad estaba intentando acallar. Entre ellos se abrió paso Severino, a quien incumbía el cuidado de los cuerpos de la abadía, y se inclinó junto a mi maestro. Para escuchar su diálogo, y para ayudar a Guillermo, que necesitaba otro paño limpio empapado de agua, me uní a ellos, haciendo un esfuerzo para vencer mi terror y mi asco.

—¿Alguna vez has visto un ahogado?, preguntó Guillermo.

—Muchas veces dijo Severino—. Y, si no interpreto mal lo que insinuáis, su rostro no es como éste; las facciones aparecen hinchadas.

Entonces el hombre ya estaba muerto cuando alguien lo arrojó a la tinaja.

—¿Porqué habría de hacerlo?

—¿Por qué habría de matarlo ? Estamos ante la obra de una mente perversa. Pero ahora hay que ver si el cuerpo presenta heridas o contusiones. Propongo llevarlo a los baños, desnudarlo, lavarlo y examinarlo" (Eco, Umberto, En el nombre de la rosa).

Desde el punto de vista criminalístico, es de indudable valor, la presencia y participación del médico forense en la escena del crimen, no solo por el examen "in situ" del cadáver, sino que además la inspección médico legal sobre el entorno del hecho delictivo, pueden aclarar muchas interrogantes que quizá, de otro modo, quedarían en el más impenetrable misterio.

Este primer contacto del médico forense con el hecho delictivo, nos lleva a plantearnos el papel de este personaje en la trama procesal penal que apenas se inicia.

Ateniéndonos a las fases del proceso penal, el médico forense puede aparecer en escena, como

hemos dicho, desde el principio de la fase policial, rindiendo su dictamen en la instrucción, y participando en el juicio oral y público.

II. EL MÉDICO FORENSE ES UN PERITO, NO UN TESTIGO.

La doctrina procesal penal, ha resuelto claramente el papel procesal del médico forense como perito, lo que a nivel legal en Costa Rica, no resiste la más mínima discusión:

El tratadista Leone sostiene: "A este propósito Massari, con su acostumbrada precisión, enriquecida con su experiencia judicial, enseñó: "el perito lleva al proceso la contribución de un dictamen técnico motivado, y por tanto expresado en forma dialéctica, acerca del alcance de datos y elementos ya adquiridos para el proceso. Ello sirve para diferenciarlo del testigo, el cual depone acerca de datos, hechos y circunstancias, percibidos fuera del proceso, excluida toda facultad de apreciación y de juicio.

La definición de la función del perito oscila entre una tesis que la delimita al solo cometido de aportar reglas de experiencia al proceso, y una tesis que la extiende al doble cometido de "exponer al juez las observaciones de sus sentidos y sus impresiones personales acerca de los hechos observados" e indicar "las inducciones que objetivamente deben extraerse de los hechos observados", que se desdoblan en dos aspectos: Prueba de lo referente al objeto, y juicio en lo concerniente al dictamen. Más radicalmente, Boretini y Manzini niegan a la peritación la naturaleza de medio de prueba, haciéndola consistir en un "elemento subsidiario para la valoración de una prueba o resolución de una duda".

La diferencia entre el testigo y el perito puede formularse así: el testigo refiere, el perito valora".

El maestro Carnelutti, sostuvo que:

"El perito no es, como el testigo, un objeto, sino un sujeto de busca y de valoración; no se coloca, por tanto, al lado del testigo, ante el juez, para ser examinado, sino al lado del juez para examinar; comunica, desde luego, a éste, las observaciones que ha hecho, y por eso narra a manera de testigo, pero mientras la actividad judicial de este último comienza y termina con la narración, la del perito ha comenzado antes con buscar y con observar".

La opinión de Beling consiste en que:

"La diferencia característica entre testigos y peritos consiste en que los últimos solo poseen una calificación general para su papel procesal, mientras que su relación con el proceso concreto, se constituye por su llamamiento; los testigos, en cambio, llevan ya al proceso concreto su calificación especial. Lo que respecto al perito es exacto. Pero el papel de testigo puede constituirse por mandato judicial. El tribunal manda, por ejemplo, a X a ver si se ha roto una determinada ventana de una casa vecina. El relato de X no es un dictamen".

El profesor Altavilla, ha escrito que:

"Del dictamen pericial no puede decirse, como en relación con el testimonio, que es un hecho que se percibe a través de un temperamento, porque es, por el contrario, un hecho esclarecido por la técnica de un hombre, técnica que debe ser comprobada, con experimentos y cuyo autor debe estar intelectualmente preparado para que por definición se le pueda llamar perito.

Pero no es nota diferencial constante, pues el perito debe a veces reconstruir fenómenos pasados y que no fueron percibidos directamente por él, lo cual nunca ocurre con respecto al testigo.(.. .)

Mas como los exámenes periciales duran mucho tiempo, en no pocos casos el perito es testigo de hechos presentes, pero siempre posteriores al delito. (.. .)

Por lo tanto, la nota diferencial a que se ha hecho mención puede existir, pero modificada en el sentido de que el testigo puede referirse inclusive a hechos percibidos en el momento del delito, y el perito, a hechos que examinó siempre con posterioridad".

"Es preciso recordar ahora, para que aparezca clara la razón de la superioridad perceptiva del perito cuando se compara con la del testigo, que aquel está fuera del alcance de las acciones deformadoras de los estados afectivos y emotivos que perturban con frecuencia al testigo en el momento en que percibe un acontecimiento determinado. Agréguese a ello, si se prescinde del celo que puede llevar al perito a hacer triunfar su tesis, es suficientemente sereno.

Pero donde reside la nota de su profunda diferencia es en el hecho de su percepción que la ilumina siempre una intensa atención conativa.

No es que el mundo externo en forma repentina y tumultuosa llegue al umbral de la consciencia y lo traspase, sino que es su mente la que se detiene a considerar el hecho externo para captar su anatomía y para conocerlo por completo.

El testigo se ve convertido de improviso en espectador de una escena movida y compleja que ya se ha desarrollado cuando él acierta a concederles a los hechos una fuerte atención; el perito en cambio, estudia con tranquilidad en su gabinete, somete el fenómeno a un análisis acucioso, que puede repetir para corregir cualquier error de percepción".

"Esta preparación técnica suya —del perito— le dará por resultado una capacidad de análisis más precisa, y por esto debe tenerse en cuenta aquí lo dicho sobre la educabilidad del testigo.

Si el perito es a menudo un verdadero testigo, debe estar educado para la exactitud de la percepción, por la repetición frecuente de esa función suya, y también porque muchas veces está preocupado por el control de otro técnico o del juez.

Además el testigo no puede tener en el momento en que percibe, la preocupación por la exactitud de la evocación mnemónica; en cambio, el perito trata de fijar con precisión, pues sabe que sus percepciones pueden ser controladas y deben ser el fundamento de sus deducciones científicas".

III. LA PARTICIPACIÓN DEL MÉDICO FORENSE EN LA INSTRUCCIÓN.

En los asuntos de instrucción formal (por delitos cuya pena mayor es superior a los tres años de prisión) los primeros dictámenes médico-legales son conocidos por el juez y las partes, que tienen la posibilidad de pedir ampliaciones al propio perito médico legal y plantear apelaciones ante el Consejo Médico Forense.

Decimos con el procesalista argentino, el profesor Caferatta Nores:

"La pericia es el medio probatorio con el cual se intenta obtener para el proceso un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o valoración de un elemento de prueba. No se trata, en consecuencia, de un medio para auxiliar al juez, supliendo su deficiente formación sobre el tema a peritar, pues no podrá evitarse su relación, aun cuando éste posea los conocimientos especializados necesarios.

Así como para fundar la necesidad del testimonio se ha dicho que el juez "no puede verlo todo", con igual o mayor razón se ha señalado, que "tampoco puede saberlo todo".

Partiendo de esa base, se impone en ciertos casos la Intervención en el proceso de una persona que sepa lo que el juez no sabe: es el perito, sujeto al cual el magistrado debe ineludiblemente recurrir cuando haya verificado que para descubrir o valorar un elemento de prueba sean necesarios conocimientos artísticos, científicos o técnicos, es decir, conocimientos propios de una



cultura profesional especializada. Las diferencias que puedan establecerse entre perito y testigo no son tanto los especiales conocimientos de aquel (que también puede tenerlos el llamado "testigo perito"), sino las circunstancias de que el primero conoce y concluye por encargo judicial y en virtud de un interés procesal preexistente a su misión; en cambio, el testigo percibe espontáneamente, y el interés sobre su percepción es sobreviniente".

Nuestro Código de Procedimientos Penales, Libro Segundo, Título Tercero (Medios de Prueba), en su Capítulo Quinto, regula lo atinente a "Peritos" (artículos 238 a 252).

"Artículo 238. El juez podrá ordenar peritajes, aun de oficio, cuando para descubrir o valorar un elemento de prueba, fuera necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica.

En caso de muerte violenta o sospechosa de criminalidad, se ordenará la autopsia, salvo que por la inspección exterior resultare evidente la causa que la produjo."

La Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial en su numeral cincuenta y cinco, dispone: "Los Jefes de Sección de los Departamentos de Medicina Legal, y de Laboratorios de Ciencias Forenses, se consideran peritos oficiales de los tribunales para practicar los exámenes y reconocimientos que éstos les ordenen. Se juramentarán al asumir su cargo. Sus dictámenes se reputarán auténticos; no necesitarán del trámite de ratificación ni recibirán honorarios por su peritación."

Legalmente el rango de "perito" deviene de la disposición procesal indicada (art. 238 CPP), en tanto que el de "perito oficial de los tribunales" corresponde exclusivamente a los jefes de sección del OIJ, por lo que las peritaciones suscritas por los médicos forenses que no sean jefes de sección, para oficializarse requieren del refrendo de los segundos.

Los médicos forenses, que no sean jefes de sección deben ser juramentados en cada proceso en que participen.

El término de la incapacidad temporal del ofendido, fijado en el dictamen médico legal, tratándose de causas por el delito de lesiones, determina la competencia jurisdiccional, según sea mayor de diez días, o mayor de un mes, correspondiendo conocer el proceso a una Alcaldía de Faltas y Contravenciones, a un juez penal o a un juez de instrucción.

Muchos "autos de falta de mérito" son revocados al recibir el juez instructor el dictamen médico legal, al conocer detalles que provocan tal claridad, que obligan a procesar o a sobreseer.

En esta fase procesal, las partes pueden lograr que las pericias médico legales adquieran tal profundidad, al solicitar ampliaciones o impugnar los dictámenes ante el Consejo Médico Forense.

IV. EL MÉDICO FORENSE EN EL DEBATE.

El Código Procesal Penal, regula la participación de los peritos en el juicio oral y público:

Artículo 379. El Presidente hará leer la parte sustancial del dictamen presentado por los peritos, y si éstos hubieran sido citados responderán bajo juramento a las preguntas que se les formularen (artículo 351).

El tribunal podrá disponer que los peritos presencien los actos del debate.

La participación del médico forense en el juicio oral y público, puede tener tres diversos grados:

a) Lectura e incorporación del dictamen al debate.

b) Declaración pericial, con la consecuente respuesta a los interrogatorios de las partes y jueces.

c) Presenciar todos los actos del debate, desde la lectura del requerimiento fiscal, la indagatoria del imputado, las declaraciones de los testigos y la incorporación de prueba documental.

Esta última forma de participación resulta muy enriquecedora, porque siendo el perito el último en declarar, no sólo se referirá a los aspectos científicos de su dictamen, sino que podrá referirse a la verosimilitud de las versiones rendidas por el imputado y los testigos.

V. CONCLUSIÓN.

Incuestionablemente el médico forense en todas y cada una de las fases del proceso penal costarricense, tiene la categoría indiscutible de perito, y no de testigo.

Sin embargo la participación del médico forense en la escena del crimen, puede convertirlo en un testigo, sobre algunas circunstancias no directamente vinculadas con el objeto fundamental de su peritación.

"Miramos en las primeras bañeras, que estaban vacías. Solo la última, oculta tras una cortina, estaba llena, y junto a ella se veían en desorden, unas ropas. A primera vista, a la luz de nuestra lámpara, solo vimos la superficie en calma del líquido. Pero, cuando la iluminamos desde arriba, vislumbramos en el fondo, exánime, un cuerpo humano, desnudo. Lentamente, lo sacamos del agua: era Berengario. Como dijo Guillermo, su rostro sí era el de un ahogado. Las facciones estaban hinchadas. El cuerpo, blanco y fofo, sin pelos, parecía el de una mujer, salvo por el espectáculo obsceno de las flácidas partes pudendas". (Eco, Umberto, En el nombre de la rosa).

VI. ANEXO.

Marco jurídico del Departamento de Medicina Legal y el Consejo Médico Forense.

La Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, número cinco mil quinientos veinticuatro, del siete de mayo de mil novecientos setenta y cuatro, regula en su capítulo octavo, lo relativo al Departamento de Medicina Legal y el Consejo Médico Forense.

Artículo 31. El Departamento de Medicina Legal será el encargado de efectuar los exámenes y evacuar las respectivas consultas médico-forenses, en los casos cuyo conocimiento corresponda al Organismo.

Artículo 32. El Jefe del Departamento, los Jefes de Sección y los demás médicos del Organismo deberán ser especialistas en medicina legal salvo casos de inopia, en que esos puestos pueden ser ocupados por módicos especializados en otras ramas de la medicina, afines al respectivo cargo.

Artículo 33. Corresponderá al Jefe del Departamento dar instrucciones acerca de los métodos para llevar a cabo las distintas labores, y refrendar los informes y dictámenes que rindan los médicos de las diferentes secciones.

Artículo 34. Habrá un Consejo Médico Forense, al cual corresponderá dictaminar en grado de tales las cuestiones médico-legales que se susciten en los procesos, cuando para ello sea requerido por los Tribunales de oficio, o a solicitud de parte. Esto último deberá hacerse a través del respectivo recurso de apelación, el cual se interpondrá ante el mismo Tribunal que conoce la

causa, dentro de los ocho días siguientes a aquel en que se notifique el dictamen a las partes.

Artículo 35. El Consejo Médico Forense estará integrado por el Jefe del Departamento, quien lo presidirá, y por los Jefes de la Sección. Cuando el número de sus miembros no fuere impar, el

Consejo se integrará, además, con uno de los restantes médicos del Departamento, designado periódicamente por sorteo.

Artículo 36. Las decisiones se tomarán con la concurrencia de todos sus miembros y por mayoría absoluta de votos. Si no hubiere voto de mayoría, el resultado se comunicará al respectivo tribunal.

Artículo 37. Los médicos forenses que formen parte de las delegaciones regionales del Organismo serán los encargados de efectuar, bajo su exclusiva responsabilidad profesional, los exámenes y evacuar las consultas médico-legal en los asuntos que conozcan los tribunales del circuito respectivo.

Si en la respectiva Delegación no hubiere Jefe Médico, sus informes y dictámenes no requieren refrendo alguno, pero en todo caso, deben ser expedidos a través de la Jefatura de la Delegación.

De esos dictámenes e informes conocerá el Consejo Médico Forense, cuando para ello sea requerido por el tribunal competente, conforme a la regla general.

b) El Objeto De La Prueba Por Medio De Dictamen De Peritos

[Font]²

El objeto de la prueba por medio de dictamen de peritos tiene el mismo alcance que el objeto de la prueba en general, dado que pueden ser objeto de prueba por medio de dictamen de peritos los hechos controvertidos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso, salvo que gocen de notoriedad absoluta y general, el derecho extranjero, la costumbre (art. 281 LEC) y las máximas de experiencia con la significación y reservas a las que aludiremos.

1. Hechos

1. Las más de las veces la prueba mediante dictamen de peritos versará sobre hechos o afirmaciones de hechos que hayan resultado controvertidos. A este objeto es al que alude claramente el art. 335.1 LEC: hechos o circunstancias relevantes en el asunto. La actividad pericial en torno a hechos es la más habitual.

Por hechos o circunstancias hay que entender toda clase de hechos, con tal de que puedan integrarse en el supuesto de hecho de la norma, que el litigante pretende que se actúe en la tutela judicial que solicita.

2. Pero los hechos objeto del dictamen de peritos, como hemos analizado al tratar de la especificidad de este medio de prueba, son siempre hechos complejos para personas con una cultura general o común. La LEC reserva la prueba pericial para aquellos hechos o circunstancias relevantes que deban ser conocidos o valorados mediante conocimientos científicos, artísticos,

técnicos o prácticos.

La complejidad de los hechos objeto de la prueba mediante dictamen de peritos radica en que deben utilizarse máximas de experiencia especializadas para conocer o apreciar su exacta significación. La valoración o la certeza del hecho sólo la pueden dar a conocer personas especialistas que posean aquellas máximas de experiencia.

3. Para que los hechos puedan ser examinados, a través de las máximas de experiencia de los peritos, y mediante el examen o reconocimiento de cosas o personas cuando sea preciso, deben ser hechos presentes y perceptibles. A veces se tratará de hechos que no resultan discutidos en su certeza, sino sólo en su valoración técnica. En otras ocasiones serán hechos de discutida certeza que, analizados por los peritos en todas sus posibles hipótesis, podrán esclarecerse.

4. De lo anterior resulta que los hechos que son objeto de la prueba mediante dictamen de peritos presentan importantes peculiaridades respecto a los que son objeto de los demás medios de prueba. A diferencia de otros medios de prueba, que dan a conocer hechos desconocidos, el perito interviene, por regla general, cuando ya se conocen, aunque sean superficialmente, los hechos. Los demás medios personales de prueba refieren hechos pasados, la prueba mediante dictamen de peritos versa sobre hechos presentes y perceptibles en el momento del proceso, pero sólo para personas con conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos.

2. El derecho extranjero

1. Como regla, el derecho no es objeto de prueba. El tribunal debe conocerlo. El iura novit curia significa el conocimiento y aplicación del derecho por el tribunal. Ahora bien, como el tribunal sólo tiene el deber de conocer las normas de derecho interno, escrito y general, y no se le permite el non liquet, ni siquiera cuando deba aplicar derecho extranjero, se acude a la ficción legal de considerar el derecho extranjero como un hecho y se exige que sea probado por el que lo invoque. Así lo disponía el derogado art. 12.6 CC, y así lo establece el art. 281.2 de la nueva LEC.

El art. 12.6 CC planteaba, de todos modos, entre otros, bastantes problemas en torno a la carga de invocar y probar el derecho extranjero. Uno de ellos era que el precepto, además de disponer que quien invocara el derecho extranjero debía acreditar su contenido y vigencia, también establecía que los tribunales debían aplicar de oficio las normas de conflicto del derecho español. Este problema era resuelto por la jurisprudencia entendiendo que, al no deberse aplicar de oficio el derecho extranjero al que la norma remitía, sino sólo la norma de conflicto, eran las partes las que debían invocar y probar el derecho extranjero.

El art. 281.2 de la nueva LEC, evita toda referencia a la norma de conflicto, limitándose a establecer que el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

2. En lo que atañe a la prueba del derecho extranjero, la doctrina jurisprudencial relativa al art. 12.6 CC, que resulta aplicable al art. 281.2 de la nueva LEC puede sintetizarse del siguiente modo:

1.º Objeto de prueba es la existencia del derecho extranjero, su contenido y su aplicación del mismo modo que es aplicado en el sistema extranjero, de forma que su aplicación no suscite la menor duda razonable:

STS 16 julio 1991 (Actualidad Civil 929/1991): «... pero es que, además, se razona correctamente su denegación en la sentencia recurrida, teniendo en cuenta sin citarla, la doctrina de esta Sala, referente a la aplicación del derecho extranjero; legislación considerada como cuestión de hecho, y como tal alegada y probada por la parte que la invoque, siendo necesario acreditar la exacta entidad del derecho vigente, y también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable en los tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente —sentencias 1 febrero 1934 (RAJ 1934/227); 9 enero 1936 (RAJ 1936/49); 30 junio 1962 (RAJ 1962/3322); 28 octubre 1968 (RAJ 1968/4850); 4 octubre 1982 (RAJ 1982/5537); 12 enero 1989 (RAJ 1989/100); 11 mayo 1989 (Actualidad Civil 847/1989); etc. —».

2.º Para la prueba del derecho extranjero debe acudirse a los medios de prueba que establece nuestro ordenamiento procesal:

STS 31 diciembre 1994 (Actualidad Civil 305/1995): «... la Sala de instancia se basa en el artículo 12.6 CC, en el sentido de que el derecho extranjero deberá ser acreditado —en lo que a su contenido y vigencia se refiere— por los medios de prueba admitidos por la ley española, por la parte que pretende su aplicación...».

3.º Para la acreditación del contenido y vigencia del derecho extranjero puede acudirse al dictamen de jurisconsultos:

STS 3 marzo 1997 (Actualidad Civil 557/1997): «En consecuencia, los informes periciales (aparte las posibles informaciones testificales) que sirvan a este fin no tienen necesariamente que ajustarse, en su práctica, a las reglas de procedimiento de estos medios de prueba, como así resulta, también, del dictamen pericial atípico que regula el Convenio Europeo acerca de la información del Derecho extranjero, de 7 junio 1968, al que se adhirió España en 19 de noviembre de 1973. Consecuentemente, no se pueden aducir infracciones probatorias respecto de la libre admisión y valoración realizada por el órgano a quo, en el presente caso, del dictamen de los jurisconsultos de Derecho Marítimo Norteamericano, cuya especialización se justificó, con certificación de la Asociación Norteamericana de Derecho Marítimo, formalizada ante el Cónsul español en Nueva York sobre la aplicable normativa norteamericana en torno a la cuestión debatida y acompañado de textos legales, doctrina y jurisprudencia, en particular sobre los straight bill of lading, non negotiable bill of lading y non negotiable seawaybill, dictamen que, además, coincide con el de los profesores juristas españoles que igualmente constan en autos».

Y, a este respecto, hay que indicar que, al permitirse en la nueva LEC la prueba pericial mediante dictámenes elaborados por peritos designados por las partes, la aportación de dictámenes de jurisconsultos para acreditar el contenido y vigencia del derecho extranjero, deja de ser una pericia documentada o pericia extrajudicial, debiendo recibir el tratamiento procesal de la prueba mediante dictamen de peritos.

3. Hay que poner de manifiesto, en todo caso, que la prueba del derecho extranjero, a través de los medios de prueba que se consideren pertinentes —entre ellos la aportación de dictámenes de jurisconsultos con la demanda y la contestación— por aquel que lo invoca, tiene un significado muy distinto de la prueba de los hechos:

En primer lugar porque el derecho extranjero debe ser necesariamente probado y no puede entenderse exento de prueba porque haya sido admitido por las partes. En otras palabras, mientras



los hechos están exentos de prueba si son admitidos, e incluso el silencio o las respuestas evasivas pueden comportar la admisión, esta regla no se puede aplicar al derecho extranjero, pues podría llevar a aplicar un derecho inexistente y, obviamente, las partes pueden disponer de los hechos, pero no del derecho.

Después, porque la carga de la prueba no tiene el mismo significado respecto a los hechos que respecto al derecho. Si al llegar al momento de dictar sentencia existen hechos no probados, el tribunal, aplicando las reglas de la carga de la prueba, entenderá que la falta de prueba perjudica al que debía probar los hechos. En cambio en lo que afecta al derecho extranjero, el tribunal no tiene por qué dejar de aplicar el derecho extranjero, aplicando el derecho español —aunque un sector de la jurisprudencia defienda esta postura (31)—, por el hecho de no haber resultado probado el derecho extranjero, ya que el art. 281.2 LEC, lo mismo que el derogado art. 12.6 CC, le faculta para valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios:

STS 3 marzo 1997 (Actualidad Civil 557/1997): «Aunque, en sentido genérico se habla, en efecto, de la prueba del derecho extranjero, criterio que responde en España a una tradición legal que arranca de la Ley 18, Título 14 de la Partida 3.a, la evolución doctrinal y jurisprudencial nunca equiparó en sentido estricto la prueba del derecho extranjero con la prueba de los hechos, pues se ha entendido que no son supuestos idénticos la justificación o acreditamiento de la norma extranjera y la prueba de los hechos. Se ha hecho notar, en este sentido, que el iura novit curia, aun atenuado respecto del derecho extranjero no se excluye como principio en cuanto al conocimiento de las normas no nacionales, si bien las partes deben cooperar con el juez en la busca de la norma extranjera suministrándole los medios de conocimiento, de manera que más que una actividad probatoria en sentido estricto se trata de una colaboración entre las partes y el órgano. En nuestro sistema procesal vigente, tras la redacción dada al Título preliminar del CC por Decreto 1836/1974, de 31 mayo, el artículo 12.6 deja claro: a) que la norma extranjera se acredita; b) que, en su función aplicadora, el juzgador puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere oportunos. El término acreditar no está empleado de manera vulgar, sino en sentido técnico, lo cual significa que no es necesario que la verificación o comprobación del contenido y vigencia de la norma extranjera se ajuste a las reglas de la prueba rigurosa, sino que responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente libre, o, en otras palabras, prueba que presupone la libertad de medios probatorios (siempre que sean lícitos y se obtengan por medios no prohibidos), y la libertad de valoración o apreciación. Si el juzgador, con la aportación de las partes, no se considera suficientemente ilustrado, debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable».

Se comprende así, que Carnelutti piense que, cuando se acude a un perito para que emita dictamen sobre el derecho extranjero, se ofrece un mecanismo procesal que puede parecerse al verdadero mecanismo probatorio, pero la semejanza es más aparente que real, ya que el juez, al servirse del perito para fijar la existencia de la norma extranjera, no queda vinculado a las mismas reglas a las que está subordinado en la prueba en torno a la existencia de los hechos.

3. La costumbre

1. La costumbre es también objeto de prueba en nuestro ordenamiento, pues así lo disponen los arts. 1.3 CC y 281.2 de la nueva LEC. Según el primero, la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable y, según el segundo, también será objeto de prueba la costumbre, aunque la prueba de la misma no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus

normas no afectasen al orden público.

2. Como la necesidad de prueba de la costumbre, al igual que ocurre con la del derecho extranjero, surge en razón de que el tribunal suele desconocerla, al ignorar los hechos particulares que la configuran —es imposible que el juez conozca todas las costumbres—, la jurisprudencia viene exigiendo que la costumbre se pruebe acreditando la existencia de situaciones fácticas constantes, dimanantes de actos uniformes durante un largo periodo de tiempo y, además, que se acredite también la convicción de que tales actos obedecen a una razón de derecho, es decir, no basta probar la realidad de una conducta repetida, sino también la *opinio iuris seu necessitatis*:

STS 4 octubre 1982 (RAJ 1982/5537): «... toda vez que siendo la costumbre una cuestión de hecho para poder apreciar su existencia, en tanto no venga reconocida por la ley la institución a que afecte, se precisa que se alegue y pruebe por la parte que sostenga un derecho, con relación de sus circunstancias, alcance, y demás preciso para deducir las consecuencias pretendidas, según tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 25 junio 1920, 5 diciembre 1925, 26 febrero 1926, 14 enero 1928, 23 diciembre 1943 (RAJ 1943/1323), 24 marzo 1947 (RAJ 1947/448), 8 febrero 1951 (RAJ 1951/586) y 21 febrero 1957 (RAJ 1957/401)... la costumbre de vigencia consuetudinaria, esto es, la existencia de situaciones fácticas constantes dimanantes de actos uniformes a través de un período de tiempo suficiente para calificar su permanencia, con convicción de que la observancia reiterada de una determinada norma en esos actos obedece a una razón de derecho (*opinio iuris*), o sea, con alcance de racionalidad jurídica, y no que pudiera provenir de meros usos, que solamente pueden ser generadores de eficacia jurídica cuando por vía de ley son consolidados al respecto...».

3. La costumbre puede acreditarse en el proceso, según la sentencia que acabamos de transcribir, a través de personas que conozcan, «la existencia de situaciones fácticas constantes dimanantes de actos uniformes a través de un período de tiempo suficiente para calificar su permanencia, con convicción de que la observancia reiterada de una determinada norma en esos actos obedece a una razón de derecho». Estas personas, según un sector de la doctrina procesal intervendrán en el proceso como testigos.

A nuestro entender, el medio de prueba más adecuado para dar a conocer la costumbre es la prueba mediante dictamen de peritos. Téngase en cuenta que individualizar una costumbre lleva consigo el conocimiento de hábitos, de técnicas productivas o mercantiles, de la historia del lugar e, incluso, a veces, del dialecto que se hable, es decir, un complejo de saberes, que al no hallarse en el patrimonio cultural del común de las gentes, hacen necesaria la prueba por medio de dictamen de peritos.

4. La existencia y contenido de las máximas de experiencia

1. Las máximas de experiencia, en cuanto son utilizadas por los peritos para sus operaciones de percepción y deducción, se aportan, en todo caso, al proceso, a través de la prueba por medio de dictamen de peritos. Se transmiten aplicadas a los hechos que son objeto de prueba con el dictamen pericial.

Pero también es posible que la prueba por medio de dictamen de peritos tenga por objeto



exclusivamente dar a conocer la existencia y contenido de algunas máximas de experiencia. Como puso de manifiesto Stein, el dictamen pericial puede tener por objeto suministrar al juez máximas de experiencia, para que el juzgador pueda conocer o apreciar los hechos o afirmaciones de hechos controvertidos que sólo pueden ser conocidos o valorados utilizando máximas de experiencia especializadas.

Para afrontar este tema de la prueba de las máximas de experiencia, es imprescindible diferenciar, en primer lugar, las diversas categorías de máximas de experiencia que podrán ser utilizadas por el juzgador en el proceso para integrar sus juicios de hecho y de derecho, y examinar, posteriormente, cuáles de esas categorías de máximas pueden ser objeto de prueba por tratarse de máximas de experiencia que el tribunal no debe conocer y aplicar de oficio.

2. Siguiendo a Serra Domínguez es posible diferenciar las siguientes categorías de máximas de experiencia:

1.a Las que son utilizadas para la valoración probatoria de determinadas circunstancias de hecho.

2.a Reglas necesarias para la determinación de algunas consecuencias jurídicas, cuya determinación haya sido dejada al prudente arbitrio del juzgador (por ejemplo, medida de alimentos).

3.a Reglas que hacen referencia a ciertos conceptos de uso común empleados por la ley (buena fe, buenas costumbres, etc.).

4.a Reglas necesarias para la determinación de algunas expresiones legales (de medicina, de agricultura, de ingeniería, de química, etc.).

3. Indudablemente, para conocer la existencia y contenido de las máximas enumeradas en segundo y tercer lugar (reglas necesarias para la determinación de consecuencias jurídicas, cuya determinación haya sido dejada al prudente arbitrio del juzgador, y reglas relativas a conceptos de uso común empleados por la ley) no hará falta prueba. Se trata de máximas o *standars* que se hallarán en el acervo del juez y que, además, deberán ser necesariamente aplicadas.

4. No ocurre, en cambio, lo mismo o, al menos, no ocurre siempre lo mismo, cuando se trate de las máximas de experiencia enumeradas en primer y cuarto lugar.

A) Así, para la valoración probatoria de determinadas circunstancias de hecho calificadas científica, artística, técnica o prácticamente o, mejor dicho, para averiguar la significación de tales circunstancias fácticas, son necesarias máximas de experiencia desconocidas por el tribunal y que no deben ser necesariamente aplicadas por el mismo, salvo que se aporten al proceso mediante la prueba.

Por esto, en estos casos, cabrá que el interesado solicite prueba por medio de dictamen de peritos:

— Bien sea, para que los peritos emitan un dictamen en el que aporten las máximas de experiencia aplicadas a los hechos que sean objeto de prueba (por ejemplo, un dictamen que dé a conocer los errores en la contabilidad de una empresa).

— Bien sea, para que se emita un dictamen que dé a conocer la existencia y contenido de las máximas de experiencia que debe aplicar el tribunal (por ejemplo, un dictamen que dé a conocer las reglas que debe emplear el juzgador para comprobar aquellos errores en la contabilidad).

En el segundo de estos dos supuestos, la prueba mediante dictamen de peritos tiene sólo por objeto dar a conocer la existencia y contenido de las máximas de experiencia, para que el tribunal pueda conocer o apreciar. De ahí, que Beling pueda afirmar que al juez le puede bastar, a veces, la mera comunicación o prueba del contenido y existencia de las reglas de experiencia, si cree que él

mismo podrá obtener las conclusiones oportunas.

B) Algo similar ocurre con las máximas de experiencia que enumerábamos en cuarto lugar, es decir las reglas necesarias para la determinación de algunas expresiones legales. Lo que se ha denominando, a veces, pericia para la interpretación del significado literal de la ley o, también, pericia exegetica.

La razón de ser de esta clase de pericia se halla en que las máximas de experiencia no se relacionan tan sólo con los posibles hechos acaecidos, sino también con los hechos abstractos supuestos por la norma sustantiva. La ley puede establecer, como condición de hecho de una norma, no simples hechos o conceptos comunes, sino conceptos del saber especializado.

Desde luego, como regla, la interpretación del significado de los preceptos legales corresponde al tribunal, pero cuando una norma jurídica contenga una expresión técnica que no esté en el acervo cultural del tribunal, no deberían existir obstáculos para acudir a la prueba por medio de dictamen de peritos. Se tratará de supuestos poco frecuentes, pero posibles.

5. En suma, también las máximas de experiencia, con el alcance que hemos analizado, pueden ser objeto de la prueba mediante dictamen de peritos. De todos modos, al igual que respecto al derecho y a la costumbre, cuando se trata de fijar o determinar la existencia y contenido de las máximas de experiencia, el juez no queda vinculado a las mismas reglas a las que está subordinado en la prueba en torno a la existencia de los hechos.

3 Jurisprudencia

a) Dictamen médico legal en materia penal

Jueza que incorpora en sentencia consulta aclaratoria realizada a doctor de hospital

[Tribunal de Casación Penal]³

Voto de mayoría

“1.- [...] Aunque es cierto que la jueza penal juvenil incorporó, en su sentencia, una consulta personal hecha al Coordinador del Servicio de Emergencias en Ginecología (ver folio 251 vuelto), en definitiva, eso no tiene el peso suficiente para invalidar la resolución. Esto es así porque la prueba realmente estaba constituida por el dictamen médico que se le practicó a la ofendida, más la propia versión de los hechos que ella brindó en el debate. De manera que bastaba el análisis de credibilidad que se hizo, respecto a su dicho, para descartar la tesis de la defensa en el sentido de que las excoriaciones que presentaba en su área anal fueran producto de algo más que la agresión sexual que sufrió. Sin embargo, tan solo para mayor claridad de los interesados, la jueza acudió a realizar la consulta aludida, que le sirvió para comprender o aclarar el resultado de la pericia



médica que se incorporó al debate. En otras palabras, no fue una prueba, sino una inquietud que despejó la juzgadora, por ese medio, y respecto de prueba que sí se incorporó válidamente al proceso. Sin embargo, es importante aclarar que el procedimiento empleado no fue el correcto, en tanto se hizo a espaldas de las partes, sin que pudieran interrogar o refutar porque resultó sorprendente pero, por su irrelevancia, se puede suprimir hipotéticamente sin que se afecte lo resuelto. Lo que se debió haber hecho fue que si la defensa técnica tenía alguna duda respecto de las conclusiones de la pericia médica, tendría que haber gestionado que el especialista que la practicó se presentara al debate a informar de manera oral, conforme lo permite el artículo 218 del Código Procesal Penal. De esta forma, habría podido ampliar los aspectos de su interés y no, en la fase de los alegatos finales, pretender hacer derivaciones diversas en torno a la pericia médica. Asimismo, la jueza tampoco debió haber procurado un conocimiento privado de su parte que no pudo ser, por esta razón, sometido al escrutinio de todos los que intervinieron en el debate. Bastaba con que valorara la versión de la víctima, más la prueba documental incorporada, para descartar la tesis expuesta por la defensora. Es más, es posible eliminar hipotéticamente el contenido de la consulta que hizo la juzgadora, porque la sentencia sí hace ese análisis de credibilidad. A folios 249 vuelto y 250 frente y vuelto, aparecen las valoraciones de los testimonios recibidos en el debate. En particular, en relación con lo que dijo la ofendida se anota lo siguiente: ***"Para finalizar con la prueba testimonial, lo dicho por la ofendida, pese a que se quiso desacreditar por parte de la defensa del imputado, resulta coherente, razonable, no contradictorio, pese, a que la ofendida dice distintas algunas cosas a mi criterio sin significancia (sic), tales como: que la pastilla que le dieron era verde o blanca, que le pidieron que se quitara la ropa y luego, a la fuerza se la arrancaron violentamente apenas entró a la casa o si fue luego de intercambiar algunas palabras con ella, si ella les practicó sexo oral a sus agresores o no..."***, ninguna de estas situaciones modifica el fondo del asunto, además, es normal que una víctima de abuso con el paso del tiempo y ante la negación que hacen como mecanismo de defensa olviden, borren por completo o ya no precisen algunos detalles, la misma ofendida nos lo dice en el Juicio"... ***Yo no me acuerdo si yo a ellos les tuve que hacer algo -se refiere a si les hizo sexo oral ante una pregunta de la defensa-, ya con el paso del tiempo y uno trata de irse olvidando de esas cosas, ya no preciso todas las cosas que pasaron ahí. Yo estoy hablando con la pura verdad y quiere que se haga justicia, por mí y por mi bebé que se me pudo morir..."***

Contrario a lo que la defensa quiso (sic) hacer ver el testimonio de H. si (sic) me parece que está bien hilado, con detalles muy relevantes, ella describe bien la ubicación de la casa, ella da detalles de los valdes como eran (color y material) en el que ella tuvo que depositar su ropa rota y ensangrentada, así como del que sirvió para que L. le consumiera su cabeza, con lo que le golpeó la cara, producto de ello, los hematomas que presentaba en su cara y es congruente, esos golpes al lado de su ojo, perfectamente, si pueden ser producto de golpes contra los bordes de ese tarro o valde plástico... La prueba documental es contundente y como lo indiqué antes, resulta congruente completamente con lo que la ofendida nos narró en la Sala de Juicio."

(Resaltado pertenece al original). De manera que no se modifica en nada lo resuelto si se elimina, hipotéticamente, la exposición que se incluyó de la consulta hecha por la juzgadora. En consecuencia, aun cuando la defensa tiene razón en que no se debió haber hecho, la sentencia se mantiene incólume en todas las otras consideraciones de manera que el vicio carece de interés y, por esto, se declara sin lugar el motivo."

b) Prueba pericial en materia penal: Análisis sobre su naturaleza con respecto a las funciones del juez

[Sala Tercera]⁴

Voto de mayoría

“II.- [...] La sentencia carece de suficiente fundamentación sobre el punto de la capacidad de culpabilidad del imputado. La culpabilidad es una noción central del Derecho Penal, que tiene dos acepciones principales, una general, como principio básico del Derecho Penal, según el cual nadie puede ser condenado a un delito sin previa demostración de su culpabilidad, que se sintetiza con la antigua locución latina: “*Nulla poenasine culpa*”, y que es recogida en el artículo 39 de nuestra Constitución Política: “*A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.*”. Por su parte, la segunda acepción tiene un sentido dogmático restringido, que se refiere a la culpabilidad como último elemento de la teoría del delito. Sobre éste último, que es el relevante para la resolución del caso, la Sala Tercera recientemente ha dicho: “*Como bien se sabe, el concepto de culpabilidad, entendido en sentido estricto, es decir, como componente del concepto técnico jurídico de delito, es un concepto compuesto por 3 elementos: 1.- La capacidad de culpabilidad (o imputabilidad como se le conoce en nuestro medio), 2.- El conocimiento actual o potencial de injusto, es decir, el conocimiento de que una conducta particular se encuentra prohibida y penada por el ordenamiento jurídico. 3.- La exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho. Por ser el tema sometido a consideración de esta Sala, se hará referencia, brevemente, solo al contenido y al tratamiento que hace nuestra legislación del primer componente citado. Para poder formular un juicio de reproche a quien ha cometido un acto ilícito (típico y antijurídico), es necesario que el autor posea capacidad de culpabilidad, es decir, es necesario que el autor tenga una capacidad psíquica que le permita disponer de un cierto grado o ámbito de autodeterminación.*” (Sentencia No. 2010-0957, de las 16:30 horas, del 14 de septiembre de 2010). Al igual que en el precedente anterior, en este caso es el primer elemento de la culpabilidad en sentido estricto –la capacidad de culpabilidad (también llamada imputabilidad)–, el que tiene relevancia para el caso, y que no fue suficientemente analizado por el *a quo*. Es cierto que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, existe una presunción general de imputabilidad de las personas mayores de edad sometidas a un proceso penal; correspondiendo entonces a la defensa demostrar cualquier limitación en ese sentido, o al Tribunal que aprecie que la inimputabilidad puede ser un factor, ordenar los peritajes correspondientes. Sin embargo, esa presunción no elimina el deber de fundamentación al momento de analizar el elemento de culpabilidad del delito. Los juzgadores siempre deben explicar las razones que respaldan su decisión. Este deber de fundamentación resulta todavía más importante, cuando existe prueba que sugiere la posibilidad de que el imputado sea inimputable o presenta una imputabilidad disminuida, como ocurre en este asunto. Dicho de otra forma, si se hizo llegar prueba al proceso para demostrar la imposibilidad de culpabilidad del imputado, esta debe ser analizada de acuerdo con las reglas de la sana crítica (aunque sean peritajes científicos), y las conclusiones que se extraigan de ella deben estar motivadas con amplitud suficiente. En este sentido, aunque la prueba pericial suele ser la determinante en esta materia, el Tribunal no podría simplemente adscribirse sin más a un dictamen médico, sino que debe analizar dicha probanza a la luz de las



otras existentes, y siempre justificando porque se adhiere o no al criterio de los peritos. Como bien señala Cafferata Nores: *“Está claro que como el perito no es un oráculo, ni hay ciencias, técnicas y artes ocultas, las conclusiones a que llegue el dictamen tienen que ser motivadas... La motivación consistiría en una explicación destinada a demostrar por qué el perito concluye como lo hace, fundada en principios, argumentos o deducciones de carácter científico, técnico o artístico, según el caso...”* (Cafferata N., José. (2008). **La Prueba en el Proceso Penal**. Buenos Aires: Lexis Nexis. p. 90). Por esta razón, porque los dictámenes científicos no son simples artilugios reveladores de la verdad, es que el artículo 218 del Código Procesal Penal establece que *“El dictamen pericial será **fundado** ...”*, de manera que los peritos también deben fundamentar los dictámenes científicos, especialmente en materias como la psicología y la psiquiatría, en las que los resultados de los exámenes no presentan el grado de exactitud que pueden tener algunas pruebas biológicas o químicas. Es precisamente el Tribunal, como ente que decide sobre la prueba en general, quien esta llamado a servir de contralor de la fundamentación de los peritajes, para determinar si se ajustan a las reglas de la sana crítica. *“A los fines de una correcta valoración de los dictámenes periciales, se ha enunciado una serie de pautas y advertencias: a) Se ha recomendado, desde el punto de vista subjetivo, la valoración ético-psicológica de la personalidad del perito... Se ha señalado también, como fuente de posibles errores del perito, los defectos de percepción de los hechos sobre los cuales basará sus conclusiones, sus deficiencias de raciocinio (las conclusiones lógicamente correctas pueden no ser verdaderas), su oscilación entre posiciones científicas diversas y el nivel de sus conocimientos. b) Desde el punto de vista objetivo, se han señalado como pautas de valoración la autenticidad de los hechos que fundan la conclusión... el sustento de los métodos científicos empleados; el grado de desarrollo alcanzado por la respectiva ciencia, arte o técnica; **‘ si entre las premisas y conclusiones hay un necesario nexo lógico; si el informe es en sí mismo preciso o indeciso, coherente o contradictorio, concluyente o inconcluyente’** . También se podrá atender a la firmeza o calidad de los fundamentos la uniformidad o disconformidad de las conclusiones (si hubiese varios dictámenes) y los demás elementos de prueba obrantes en el proceso.”* (Cafferata N., José. (2008). **La Prueba en el Proceso Penal**. Buenos Aires: Lexis Nexis. p. 95. En un sentido similar ver el texto clásico: Mittermaier, Karl. (2006). **Tratado de la prueba en materia penal**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. Capítulo V). Precisamente a esta función de contralor de la fundamentación de los peritajes, es a la que remite la expresión latina *peritos peritorum*, pues aunque el Juez no puede sustituir al perito en su ciencia u arte, sí puede y debe examinar el apego de sus razonamientos a las reglas de la sana crítica, especialmente de la lógica, pudiendo en última instancia llegar a apartarse de aquel criterio, mientras de razones válidas para ello. En este caso, el análisis del Tribunal sobre la fundamentación de los dictámenes es claramente insuficiente, sobre todo si consideramos que existen pericias contradictorias, ya que el dictamen No. SPPF-2007-2746 (folio 65) y su ampliación, No. SPPF-2008-0170 (folio 78), señalan que el imputado presenta abolición de sus capacidades mentales superiores, por la presencia de un retardo leve y una lesión cerebral, lo que le dificulta comprender la licitud o ilicitud de sus actos; mientras que el dictamen No. SPPF-2009-1677 (folio 278), señala que el encartado se encontraba capacitado en todas sus facultades superiores el día de los hechos; y una tercera pericia, la No. DML-2010-0540 (folio 330), que resolvió la apelación de los peritajes anteriores, emite un tercer criterio distinto a los precedentes. Esta multiplicidad de dictámenes con conclusiones contradictorias, exigía una valoración minuciosa, y el *a quo*, en su lugar, se limitó simplemente a citar extractos de las tres pericias, para luego “adherirse” a una, sin dar argumentos razonables para ello, incumpliendo con su deber de contralor de la prueba. Veamos la fundamentación desplegada por el Tribunal sobre la capacidad de culpabilidad del imputado: *“Esta Cámara de manera unánime, considera que el aquí encartado se encuentra en pleno uso de sus capacidades mentales superiores, por lo tanto conoce la diferencia entre el bien y el mal y puede, en base a esa capacidad, adaptar su conducta a las normas de convivencia humana, pese al leve retardo mental que mencionó su madre.- A tal*



convicción llega este Tribunal luego de analizar que, si bien en un principio se realizó valoración pericial psicológica forense visible a folios 194 a 200 la cual en sus conclusiones indica textualmente "...Es así que en lo que compete estrictamente a esta pericia, el evaluado presenta abolición de sus capacidades mentales superiores (cognitivas, volitivas y judicativas), por lo que se le dificulta entender el carácter lícito e ilícito de sus actos y poder actuar en función de ese entendimiento. A su vez dicha condición mental lo incapacita para poder defenderse a través de su discurso en un juicio.", cierto es también que mediante dictamen pericial psiquiátrico forense de folios 278 a 281 se llegó a la siguiente conclusión: "Por tanto, se considera que el señor J., es una persona que a pesar de sus leves dificultades superiores, principalmente su capacidad de juicio, ellos (sic) como para comprender el carácter lícito e ilícito de su actuar.", y posteriormente mediante la última valoración forense realizada por el Consejo Médico Forense en pleno, se emite el dictamen visible a folios 330 a 332 el cual es contundente en sus conclusiones al indicar expresamente "1.- Al momento de la valoración el señor J., mantiene sus capacidades mentales superiores. 2.- Se encuentra en capacidad de apersonarse al proceso judicial. 3.- Puede ser remitido a un Centro Penitenciario, donde deberá continuar recibiendo el tratamiento psiquiátrico que tiene prescrito. 4.- Se considera que el evaluado es una persona de alto nivel de peligrosidad, en especial en medios extra institucionales (nivel comunal)".- Analizando estas pruebas en conjunto, es criterio unánime de esta Cámara penal que el encartado J., si bien presenta un leve retardo mental, es una persona imputable. Las valoraciones que en forma unipersonal se realizaron al evaluado fueron aclaradas en forma total por un órgano colegiado de honorables profesionales, pericia que nunca fue cuestionada o rebatida por la defensa del imputado, mostrándose más bien conforme con tales resultados pese a que tuvo las oportunidades procesales para dar a conocer su inconformidad si es que la hubo, entonces este Tribunal no tiene razones para restar credibilidad a tan claro documento y por tanto hace suyas las conclusiones del distinguido colegio médico. (Folio 474). Esta argumentación no constituye una argumentación válida y suficiente para determinar la imputabilidad del justiciable. En primer lugar, se trata de simples transcripciones, sin valoración alguna de lo transcrito. En segundo lugar, no es cierto que el dictamen del Consejo Médico Forense "aclarara las pericias anteriores", ya que ni siquiera las menciona expresamente, siendo imposible determinar cuáles aspectos de aquellas fueron respaldados y cuáles no, lo que en última instancia imposibilita tener por aclaradas las dudas que generan sus conclusiones contradictorias. En tercer lugar, aunque el último dictamen fue emitido por el Consejo Médico Forense, como resolución de una apelación de las pericias anteriores, esto no significa que aquel se imponga sin más sobre los otros. El carácter jerárquico administrativo del Consejo Médico Forense, no lo exime de su deber de fundamentar los dictámenes, ni al Tribunal de controlar dicha motivación (así como tampoco lo hace el hecho de que la defensora no lo objetara, como adujeron los Juzgadores en la sentencia). Esto implica a su vez que el Tribunal, al valorar la razonabilidad del último peritaje, que resuelve la apelación de los precedentes, debe analizarlos todos íntegramente, no pudiendo simplemente adscribirse al último por un criterio de autoridad, como bien señala la defensora parece hacer el *a quo* en este caso. Pero el vicio argumentativo más grave en el que incurre el *a quo*, es extraer conclusiones que no se desprenden del dictamen. Concretamente, los Jueces concluyeron que de acuerdo con el último peritaje, el encartado era completamente imputable el día de los hechos, sin embargo, el Consejo Médico Forense nunca emitió esa afirmación, indicando únicamente que J. mantenía sus capacidades mentales superiores al momento de la valoración (ver la primera conclusión). En suma, la fundamentación del Tribunal sobre la capacidad de culpabilidad presenta importantes deficiencias que impiden comprender las razones que respaldan la decisión de considerar al encartado como imputable. Por otra parte, al carecer la sentencia de un apropiado análisis de la culpabilidad, las sanciones impuestas devienen sin sustento. Así las cosas, se anula parcialmente la sentencia únicamente en cuanto a la fundamentación sobre el elemento de culpabilidad y las penas impuestas, y se ordena al Tribunal que resuelva el punto cumpliendo con todos los requisitos de motivación mencionados en este considerando."

c) Medicina legal: Dictámenes que emite, distinción con los elaborados por el Equipo Interdisciplinario del Departamento de Trabajo Social y Psicología, plazo para ponerlos en conocimiento y medios de impugnación

Examen mental del (a) ofendido (a): Delitos sexuales

[Sala Tercera]⁵

Voto de mayoría

"PRIMERO.- Esta Sala conoce conjuntamente de los motivos de casación primero y segundo formulados por la recurrente, toda vez que guardan entre sí íntima relación. En primer lugar, reclama la defensora haberse violado el derecho de defensa, conformador del derecho al debido proceso, por cuanto el Tribunal Penal de Juicio durante el debate declaró inadmisibles el recurso de apelación que la misma interpusiera contra el dictamen pericial psicosocial forense número 31-2005 evacuado durante el juicio oral y público como prueba para mejor proveer. En segundo lugar, alega quien impugna que, igualmente, se conculcó el derecho de defensa al rechazar el Tribunal la petición que hiciera la impugnante para que se nombrara un nuevo perito o nuevos peritos, a partir de que el recurso indicado fuera declarado inadmisibles, con el fin de que se valorara otra vez a la persona menor de edad M.G.V.V., se ampliara el peritaje y se evacuaran las dudas que sobre el primer dictamen exponía la defensa técnica. En consecuencia, la recurrente estima que se inobservaron los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, el artículo 34 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial y el artículo 219 del Código Procesal Penal. **Sólo el segundo motivo se declara con lugar por lo siguiente.** l) Deben tomarse en consideración los antecedentes del caso que se dirán. Durante la etapa de investigación y ante la denuncia formulada por una agresión sexual, se concedió cita al menor de edad M.G.V.V. para ser valorado el 20 de noviembre de 2000 en la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense del Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial, en el Complejo de Ciencias Forenses, según se aprecia a folio 156 del expediente. Sin embargo, consta a folios 173 y 174 que el menor de edad no se presentó a la cita indicada. Con posterioridad, el 7 de mayo de 2001, se tramitó la concesión de una nueva fecha para ser examinado, pero esta vez en la Unidad Médico-Legal de Cartago del Organismo citado en atención al folio 175; mas no consta en el expediente que se haya asignado la misma. Ya en la etapa de juicio, de conformidad con lo señalado en el acta del debate de 6 de agosto de 2002 visible a folio 205 del expediente, el Tribunal ordena realizar esa valoración en los siguientes términos: "...es importante determinar sobre la credibilidad de su contenido psicológico, por lo que se ordena remitirlo al examen psicológico a la Clínica Médico Legal de Cartago, para determinar la veracidad de lo que está diciendo en su declaración". Según la constancia de 9 de agosto de 2002, a folio 211, y emitida por el Tribunal el menor de edad M.G.V.V. no podía ser valorado por la Unidad Médico-Legal de Cartago, siendo que, a la vez, en la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense advertían que el examen debía realizarse en la mencionada Unidad de Cartago. Por resolución del 14 de agosto de 2002, que se observa a folio 215, el Tribunal decide anular el debate ante la imposibilidad de recabar la prueba de comentario. Luego, ante una nueva gestión, la Unidad Médico-Legal de Cartago otorga una cita para el 21 de



octubre de 2002, sin que el menor de edad M.G.V.V. hubiera acudido, lo que consta a folios 227 a 229 del expediente. El 9 de marzo de 2005 el Tribunal Penal de Juicio estima siempre pertinente la evaluación psicológica y ordena su realización, como se indica en el acta del debate de folio 243. Finalmente, dicha exploración se practica el 10 de marzo de 2005, observándose una fotocopia certificada del dictamen pericial psicosocial forense número 31-2005 a folios 251 a 262 y su original a folios 305 a 316 del expediente, documento que fue debidamente incorporado al debate. Este dictamen no fue elaborado por la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense del Departamento de Medicina Legal en Heredia, ni por la Unidad Médico-Legal ubicada en Cartago, sino por el Equipo Interdisciplinario del Departamento de Trabajo Social y Psicología, en Pérez Zeledón. Durante la audición de la cinta magnetofónica número 1 que registró la audiencia del 9 de marzo de 2005 del debate se extrae que la razón por la cual el menor de edad M.G.V.V. no había acudido a las citas previas residía en las dificultades económicas que para su familia suponía los costos de los traslados, por lo que en ese acto el Tribunal ordenó que fuera el Equipo Interdisciplinario de la localidad el que procediera a la pericia. Durante la siguiente audiencia del 16 de marzo de 2005 del juicio oral y público, según consta en el acta de folio 248, se lee: “...*Asimismo indica [la defensa] que con respecto a las pericias psicológicas solicita se le pongan en conocimiento para poder analizarlas con detenimiento... El Tribunal resuelve... en cuanto a las pericias psicológicas, éstas serán puestas en conocimiento de las partes una vez que lleguen a nuestro despacho*”. En la audiencia del 30 de marzo de 2005 y según el acta visible a folios 249 a 250 del expediente se refiere: “*Seguidamente la Defensora indica al Tribunal que la Pericia Psicológica del menor ofendido no se a [sic] puesto en conocimiento de dicha representación por lo que insiste en que la misma sea puesta en conocimiento por el termino [sic] de ley... En cuanto a la **Pericia Psicológica**; lleva razón la Defensa ya que no se cuenta con el documento original y en razón de ser una omisión del despacho, se procede en este momento a ponerlo en conocimiento de la Defensa, por el término de ocho días, a efecto de que pueda estudiarlo, por lo que **se suspende el debate para continuarlo una vez que venza el término**. El representante del Ministerio Público solicita que en caso de que el dictamen psicológico sea **apelado** por parte de la Defensa, se le comunique a su persona, lo anterior con el fin de poder avisarle a los testigos si deben o no comparecer a la continuación del debate... La Defensora indica que se compromete a avisarle al Fiscal, en caso de presentar la **apelación del dictamen**...*” [la cursiva no pertenece al original]. Esta Sala cotejó el acta con la grabación existente en la cinta magnetofónica número 1 de la cual se desprende que el a-quo resolvió la petición de la defensa específicamente en los siguientes términos: “...*con respecto a la gestión inicial del **dictamen pericial** que tengo aquí a la vista... este Tribunal ha decidido, pues, ponerle en conocimiento en este momento, a partir de este momento, y darle el término de ley para que la señora defensora pueda hacer el análisis correspondiente del mismo y **eventualmente impugnarlo si ese es su deseo** y vamos a suspender entonces este debate...*” [la cursiva no pertenece al original]. Ante lo resuelto la hoy recurrente solicitó se aclarara si el “término de ley” referido por el Tribunal consistía en tres u ocho días, resolviéndole el órgano jurisdiccional que: “...*son ocho días, para dictámenes médicos...*”. También se comprueba en dicha grabación que, ciertamente, el Ministerio Público externó de forma expresa al Tribunal su preocupación por el eventual retraso procesal que podría suponer la interposición de un recurso de apelación por parte de la defensa técnica. En ese momento el a-quo aseveró: “*Bueno, esa es una situación que se escapa de las manos del tribunal, es un derecho que tiene la defensa, no se puede predecir*”. Dentro del plazo de ocho días conferido por el Tribunal la defensora interpuso un recurso de apelación, visible a folios 263 a 268, contra el dictamen pericial número 31-2005. Sin embargo, una vez que se reanuda el debate, el a-quo no admite ese medio de impugnación expresando que el documento que se pretendía impugnar es sólo un “informe”, no un dictamen pericial, respecto del cual no cabe dicho recurso. La defensa solicita de conformidad con el artículo 219 del Código Procesal Penal, entonces, que se nombre un nuevo perito con el propósito de que se evaluara de nuevo al menor de edad M.G.V.V., se ampliara el peritaje y se evacuaran las dudas



que sobre el dictamen existían a criterio de la defensora del imputado Beita Méndez. El Tribunal rechazó ambas peticiones de la siguiente manera, según el acta de la audiencia del 14 de abril de 2005 del debate, existente a folios 269 a 273: *“Una vez que a [sic] estudiado el caso de forma pormenorizada y a pesar de que se hizo un poco de prisa ya que la apelación fue presentada en los últimos días del plazo que había sido concedido, de ocho días, para el análisis del documento. No obstante es menester hacer ver que el Tribunal en pleno a [sic] considerado que el remedio que la defensa a [sic] incoado en el documento no es procedente por las siguientes razones: En primer término debe recalcar que el documento que esta [sic] siendo atacado por la defensa técnica es un informe vertido por la Unidad Interdisciplinaria la cual [sic] no reviste las características de una pericia científica y mucho menos un dictamen médico legal, los cuales como se sabe pueden ser objeto de alzada durante cualquier etapa del proceso de acuerdo a la reglamentación vigente, los alegatos de la defensa se fundamentan principalmente en la aplicación del ordinal 34 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, el cual permite que las partes puedan apelar los dictámenes médicos y aquellas pericias que tengan las características de forenses, no así el informe que como se dijo no se trata de una pericia sino de un informe de un Grupo Interdisciplinario... Pérez Zeledón cuenta con el citado Equipo Interdisciplinario que es conocido también en donde se reúnen varios profesionales en psicología, psiquiatría, trabajo social y otros saberes del conocimiento de la ciencia actual para analizar los pormenores de la victimología en nuestro país y verter un informe que pueda ser de ayuda a los Tribunales... que conocen de esos asuntos en donde está involucrado un menor de edad y que ha sido objeto de abuso sexual... Se debe enfatizar que no se trata de una pericia sino de un informe en donde este equipo interviene, los cuales de acuerdo a la ley, actúan en forma conjunta y son funcionarios judiciales que supervisan los informes o pericias que así se le solicitan... De modo que se puede decir que dicho grupo, por imperativo legal de la Corte Suprema de Justicia, y por ende, no cuenta con el remedio procesal que la señorita defensora a [sic] planteado ni en cuanto al artículo 34 de la Ley Orgánica del O.I.J., ...no tiene apelación ningún recurso ulterior, toda vez que no existe un órgano superior que pueda conocer en alzada lo que el Equipo Interdisciplinario pueda resolver. De manera que se rechaza la solicitud de apelación incoada por la defensa...Esta autoridad considera oportuno hacer ver de que la pieza atacada por la defensa no es un peritaje de acuerdo a lo establecido en el artículo 221 del Código Procesal Penal, incluso este Tribunal le otorgó un plazo diferente al que establece la ley, para el estudio de dicha pieza, toda vez que este informe que está siendo atacado debió haber sido puesto en conocimiento por tres días y no por ocho días, de acuerdo al artículo 222 del Código Procesal Penal y no al artículo 34 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial... Es claro que en razón de ello y si lo consideramos como una pericia igualmente debe rechazarse la gestión de la defensa tanto de la Actividad Procesal Defectuosa como la petición de nombramiento del nuevo perito, toda vez que en este momento se le a [sic] vencido el plazo correspondiente al peritaje común y corriente que podría ser aplicado en el caso de que lo que se esta [sic] discutiendo es un peritaje común donde se pueda aplicar la norma del 219, lo cual el Tribunal tiene su reserva, ...El Tribunal refiere que solo para aclarar no es que se está cambiando el término, ya que el término dado fue por ocho días y se mantiene pero igualmente se venció este plazo”* [la cursiva no pertenece al original]. II) Comete el a-quo un grave error al estimar que no constituyen peritajes, sino meros informes, los dictámenes elaborados por el Equipo Interdisciplinario del Departamento de Trabajo Social y Psicología. Del artículo 213 del Código Procesal Penal deriva, que el peritaje consiste en un informe que realiza una persona a partir de sus especiales conocimientos teóricos y/o prácticos aplicados al estudio o evaluación de un particular asunto de interés para el proceso. Por ello, los artículos 214, 218 y 219 del Código Procesal Penal utilizan el término “informe”, pues los dictámenes periciales constituyen, en realidad, una de sus modalidades: un informe especializado. Ante la confusión del a-quo debe tenerse claro lo que de seguido se expone: El Departamento de Trabajo Social y Psicología existe



desde la extinta Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores (Ley número 3260 de 21 de diciembre de 1963) y su reforma (Ley número 7383 de 24 de febrero de 1994). Este Departamento surge, en ese momento, como parte del ámbito administrativo del Poder Judicial. Con la promulgación de la vigente Ley de Justicia Penal Juvenil el Departamento de Trabajo Social y Psicología siguió manteniendo su vigencia. De modo concreto, su artículo 93 establece: “*Estudio psicosocial. Admitida la procedencia de la acusación, en los casos en que ‘prima facie’ se estime posible aplicar una sanción privativa de libertad, el Juez Penal Juvenil deberá ordenar el estudio psicosocial del menor de edad. Para tal efecto, el Poder Judicial deberá contar con unidades de profesionales en psicología y trabajo social... Las partes podrán ofrecer a su costa pericias de profesionales privados. Ese estudio es indispensable para dictar la resolución final, en los casos señalados en el párrafo primero de este artículo*” [la cursiva no pertenece al original]. Al preverse la posibilidad de que las partes puedan ofrecer sus pericias privadas junto al estudio psicosocial, queda claro que éste constituye un peritaje. Asimismo, dicho departamento asumió más funciones que derivaron de exigencias legales como, por ejemplo, de la Ley contra la Violencia Doméstica, del Código de la Niñez y la Adolescencia y del Código Procesal Penal, sin perjuicio de los servicios que presta en otros casos respecto de los cuales la literalidad de la norma permita entender que resulta factible la intervención del mismo. El Departamento de Trabajo Social y Psicología no está reconocido formalmente en el artículo 149 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como un órgano auxiliar de la administración de justicia, como sí lo están el Ministerio Público, el Organismo de Investigación Judicial, la Defensa Pública, la Escuela Judicial, el Centro Electrónico de Información Jurisprudencial y el Archivo y Registro Judiciales. En consecuencia, ese formalismo legalista estructura al Departamento de Trabajo Social y Psicología como perteneciente al **ámbito administrativo** del Poder Judicial, a la vez que sitúa al Departamento de Medicina Legal (y su Sección de Psiquiatría y Psicología Forense) como parte del **ámbito auxiliar de la administración de justicia** del Poder Judicial, al estar adscrito al Organismo de Investigación Judicial en virtud del artículo 11 de la Ley Orgánica del citado Organismo. Sin embargo, ello en absoluto impide estimar que en su esencia el Departamento de Trabajo Social y Psicología ayuda a los tribunales de justicia, por ejemplo, aportando a través de sus dictámenes elementos de prueba que son valorados en la función que a dichos órganos jurisdiccionales le encomienda el artículo 153 de la Constitución Política. La paridad valorativa de algunos dictámenes elaborados por ambos departamentos se observa en la circular número 42-2005 de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia sobre: “*Delimitación en la Atención de las Diferentes Materias que atienden el Departamento de Trabajo Social y Psicología y la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense del Departamento de Medicina Legal*”, publicada en el Boletín Judicial, número 84 de 3 de mayo de 2005. En la misma, el Consejo Superior del Poder Judicial aclara los supuestos en los que según las diferentes leyes debe intervenir el Departamento de Trabajo Social y Psicología o el Departamento de Medicina Legal (Sección de Psiquiatría y Psicología Forense), así como aquellos en los cuales los textos legales permiten que resida en el arbitrio de la autoridad ordenar la valoración de la persona en uno u otro departamento. Igualmente, se hace una constante alusión a peritos especializados y peritajes, con referencia al Departamento de Trabajo Social y Psicología, en la circular número 50-2005 de la mencionada Secretaría General sobre: “*Reglas Prácticas para reducir la Revictimización de las Personas Menores de Edad en los Procesos Penales*”, publicada en el Boletín Judicial número 98, de 23 de mayo de 2005 (circular que reitera la número 80-2003 publicada en el Boletín Judicial número 161, de 22 de agosto de 2003, la que a su vez insiste en la número 81-2002 publicada en el Boletín Judicial número 137, de 17 de julio de 2002). Ahora bien, los Equipos Interdisciplinarios están adscritos al Departamento de Trabajo Social y Psicología mediante acuerdo del Consejo Superior del Poder Judicial tomado en el artículo III de la sesión número 90-98 de 12 de noviembre de 1998. El artículo 221 del Código Procesal Penal determina que estos equipos realizan **pruebas periciales** a personas que, en principio, figuren en un proceso penal como víctimas de una agresión sexual. Estos supuestos específicos que motivan la



intervención del Equipo Interdisciplinario conducen a concebir sus dictámenes como “**peritajes especiales**”, tal cual son denominados por el mismo precepto. Además, las funciones periciales de estos equipos se evidencian claramente en el acuerdo de la Corte Plena tomado en su sesión número 17-98 de 15 de junio de 1998, artículo XXXIII, contenido en la circular número 13-98 de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia sobre “*Reglas Prácticas con ocasión de la Promulgación del Código de la Niñez y la Adolescencia*” publicada en el Boletín Judicial número 147 de 30 de julio de 1998. Se lee en lo que interesa: “I.- *Reglas sobre conformación y funcionamiento de los Equipos Interdisciplinarios (E.I.) previstos en el Código Procesal Penal (C.P.P.) y el Código de la Niñez y la Adolescencia (C.N.A.). 1°.- Con fundamento en el artículo 221 del C.P.P. y los artículos 105, 107 c., 112 párrafo 2°, 120-123 y Transitorio II del C.N.A., los ‘Equipos Interdisciplinarios’ (E.I.) son **grupos de técnicos y profesionales en ciencias médicas, psiquiatras, psicólogos forenses, trabajadores sociales y, en general, expertos en el tratamiento de víctimas.** 2°.- La población-meta a que está dirigida la atención de los E.I. son: menores y mujeres víctimas de cualquier tipo de agresión y, en general, personas víctimas de delitos sexuales. 3°.- Los E.I. deben realizar las distintas **pruebas y prácticas periciales interdisciplinariamente...** 5°.- Son atribuciones y obligaciones de los Equipos Interdisciplinarios:... a. Atender, asistir y **reconocer pericialmente** a la población-meta legalmente definida (Art. 221 C.P.P.). b. Prestar apoyo a las autoridades judiciales que lo requieran dentro de los propósitos para los que han sido constituidos...6°.- Estas atribuciones y obligaciones corresponden a los Equipos Interdisciplinarios cuando actúan en conjunto. Son independientes de las labores que, en tanto peritos, puedan desempeñar sus miembros como funcionarios del Poder Judicial. La intervención en un E.I., sus pronunciamientos o decisiones, **inhibe al técnico o profesional participante de intervenir de nuevo en el mismo proceso como perito independiente...** II.- Reglas sobre actuaciones de autoridades judiciales y administrativas en asuntos relacionados con menores. ...5°.- Cuando en una causa penal sea necesario una **pericia determinada** y el caso no esté comprendido dentro de la población-meta legalmente definida, deberá solicitarse el peritaje genérico previsto por el Título IV, artículos 213-224 del Código Procesal Penal. **El reconocimiento de menores y mujeres agredidos o el reconocimiento de personas en general agredidas sexualmente constituyen un peritaje especial**(artículo 221 C.P.P.), en tanto que los demás han de entenderse **genéricos**” [la cursiva no pertenece al original]. Por lo indicado, los dictámenes que emiten los Equipos Interdisciplinarios al amparo del artículo 221 del Código Procesal Penal sí constituyen peritajes, de tal modo que el dictamen pericial psicosocial forense número 31-2005 elaborado por el Equipo Interdisciplinario del Departamento de Trabajo Social y Psicología cuestionado en la presente causa es, sin lugar a dudas, un informe pericial, máxime que en él se observa que tanto una trabajadora social como una psicóloga, con fundamento en sus conocimientos especializados, procedieron a valorar mediante diversa metodología al menor de edad M.G.V.V. (entrevista psico-social, observación conductual y pruebas psicológicas -test gestáltico vasomotor, test del dibujo de la figura humana, test del dibujo kinético de la familia, test de inteligencia y dibujo del monigote-) con el propósito de auxiliar al Tribunal en la resolución del caso que estaba bajo su conocimiento. En consecuencia, el a-quo desmerecidamente infravaloró el dictamen rendido por el Equipo Interdisciplinario al calificarlo simplemente como un informe sin valor pericial. III) Debe tenerse presente que a la fecha no existe un cuerpo normativo autónomo que regule de manera exclusiva el funcionamiento del Departamento de Trabajo Social y Psicología, sino sólo diversos preceptos contenidos en varias leyes. Aunado a lo anterior, la posición administrativa que dentro del Poder Judicial ocupa el Departamento de Trabajo Social y Psicología hace que éste no esté supeditado a un órgano superior en lo técnico-profesional, por lo que sus peritajes no son apelables, por respeto al principio de legalidad y seguridad jurídica propio de un Estado de Derecho. Sólo está subordinado al Consejo Superior en lo administrativo, con base en el artículo 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por ello, en el presente asunto que se conoce en esta sede casacional, al no estar adscrito el Departamento de Trabajo Social y*



Psicología al Organismo de Investigación Judicial, no era aplicable el artículo 34 de la Ley Orgánica del citado Organismo que prevé el recurso de apelación como medio de impugnación de los dictámenes que emitan las diversas secciones del Departamento de Medicina Legal, recurso que debe interponerse dentro de los ocho días siguientes a la notificación de los mismos y que resolverá el Consejo Médico-Forense como superior jerárquico en lo técnico-profesional. Por ello, en el caso concreto que ahora se resuelve, tanto las partes procesales como el a-quo incurrieron en una inexactitud al admitir la concesión de ocho días a partir de la puesta en conocimiento del dictamen pericial número 31-2005 del Equipo Interdisciplinario para que la defensa ejerciera un supuesto y eventual derecho de impugnación a través de un recurso de apelación. Resulta indudable para esta Sala, tanto a partir de la lectura de las actas del debate como de la audición de la cinta magnetofónica aludida, que el Tribunal Penal de Juicio consideró de manera errada en un inicio que tal dictamen estaba supeditado a las normas de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, al margen de la posterior equivocación al estimar en otra audiencia del debate que tal dictamen ya no constituía ni siquiera un peritaje. Por consiguiente, no lleva razón la recurrente cuando considera que se violentó el derecho de defensa del imputado Beita Méndez al no haber sido admitido su recurso de apelación contra el dictamen pericial número 31-2005, pues al ser emitido por un Equipo Interdisciplinario del Departamento de Trabajo Social y Psicología carecía de tal medio de impugnación. IV) Debe esclarecerse que los mecanismos que las partes procesales tienen a su disposición para hacer valer sus derechos frente a los dictámenes periciales del Equipo Interdisciplinario del Departamento de Trabajo Social y Psicología se rigen por las normas generales contenidas en los artículos 216, 217, 218, 219 y 222 del Código Procesal Penal. Así, si la autoridad respectiva no ha notificado a las partes de forma previa la realización del peritaje concediendo un plazo para que éstas propongan un perito nuevo para reemplazar al ya designado o dictaminar conjuntamente con él, o para que planteen puntos a valorar según sus particulares y legítimos intereses (artículo 216 del Código Procesal Penal), el dictamen rendido en un informe pericial debe ponerse en conocimiento de las partes por tres días (artículo 222 del Código Procesal Penal), para que cualquiera de ellas (Ministerio Público, querellante, actor civil, defensa o demandado civil) pueda cuestionar el mismo mediante la solicitud de su aclaración (artículo 217 del Código Procesal Penal) o a través de la petición del nombramiento de uno o más peritos nuevos para que se evalúe, amplíe o repita el examen (artículo 219 del Código Procesal Penal), con fundamento en el principio de audiencia, contradicción e igualdad procesal entre las partes que inspira al Ordenamiento jurídico procesal penal costarricense. La inexistencia de un recurso de apelación como medio de impugnación de los peritajes del Departamento de Trabajo Social y Psicología (así como de otras muchas peritaciones no elaboradas por tal departamento), en definitiva, no coloca a las partes del proceso en desventaja de cara a objetar la prueba, pues existen los remedios procesales citados que hasta la fecha dispone la ley, sin que sea obstáculo para tal afirmación que dicho recurso sí esté previsto por disposición expresa de ley contra los peritajes que rinde el Departamento de Medicina Legal, a resolver por el Consejo Médico-Forense, ni que, siguiendo esta última estructura organizacional, se haya recomendado dentro del Poder Judicial contar con un órgano superior al Departamento de Trabajo Social y Psicología que pudiera resolver recursos de apelación que se interpusieran contra sus dictámenes periciales, como se aprecia en el informe número 207-DO-2004-13 de la Sección de Desarrollo Organizacional, sobre la estructura formal que debe poseer el Departamento de Trabajo Social y Psicología, y que fuera remitido a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia mediante oficio número 2153-PLA-2004, de 29 de noviembre de 2004 por parte de la Jefatura del Departamento de Planificación. Dicho informe fue conocido por el Consejo Superior del Poder Judicial, en cuya sesión de 15 de marzo de 2005, acta número 19-05, artículo LV, acordó: "...9). *En lo relativo a la necesidad planteada de contar con un Órgano Superior que valore las apelaciones o impugnaciones de los dictámenes, se dispone que en este tipo de peritajes la ley no contempla tal recurso, lo que procede es la reconsideración, ampliación, aclaración, o bien, el derecho de proponer un nuevo*

perito". V) En el presente caso objeto de conocimiento de esta Sala, el a-quo debió dar audiencia del dictamen pericial número 31-2005 del Equipo Interdisciplinario a las partes procesales por tres días, de conformidad con el artículo 222 del Código Procesal Penal. Ahora bien, el a-quo no debió rechazar la petición de la defensa sobre el nombramiento de un nuevo perito de conformidad con las facultades que a las partes concede el artículo 219 del Código Procesal Penal. La negativa se fundamentó en refutar la cualidad de peritaje del dictamen y, subsidiariamente (de considerar que se estaba en presencia de un peritaje -lo que el Tribunal no estimaba-), en declarar extemporánea la gestión por haber sobrepasado los tres días, a pesar de que inicialmente se habían concedido ocho días bajo la creencia de que cabía recurso de apelación. Por un lado, resulta incuestionable que aquel dictamen constituye, en efecto, un peritaje. Por otro lado, advertido el error en la concesión de los ocho días, el a-quo debió permitir a la defensa ejercitar su derecho contemplado en el artículo 219 del Código Procesal Penal, aún más allá de los tres días, toda vez que este plazo no lo observó a los efectos concretos del aludido artículo 219 por causas atribuibles al Tribunal, de conformidad con el artículo 170 del Código Procesal Penal. Esta decisión constituyó un acto procesal defectuoso de carácter absoluto, según el artículo 178 inciso a) *ibídem*, por cuanto implicó la inobservancia del derecho de la defensa de contradecir, cuestionar o impugnar la prueba por los cauces legales previstos en el artículo 219 de la mencionada ley procesal. En atención al artículo 179 de ésta última se debió dar trámite en el mismo acto a la gestión de la recurrente al proponer el nombramiento de uno o más peritos nuevos para examinar otra vez al menor de edad M.G.V.V., ampliar el peritaje y evacuar las dudas sobre el dictamen número 31-2005, en los términos que exponía la defensa. En este caso, la realización del nuevo peritaje podría haber recaído tanto en otros profesionales del Departamento de Trabajo Social y Psicología (Equipo Interdisciplinario) como en funcionarios del Departamento de Medicina Legal (Sección de Psiquiatría y Psicología Forense), tal cual lo permite el artículo 221 del Código Procesal Penal, y según la ya referida circular número 42-2005 de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia. VI) Por lo expuesto, el a-quo al negar a quien impugna las facultades que le garantizaba el artículo 219 del Código Procesal Penal, perjudicó el derecho de defensa del imputado Victoriano Beita Méndez contemplado en los artículos 1 y 12 párrafo segundo del Código Procesal Penal y en el artículo 39 de la Constitución Política, así como su derecho a la objetividad judicial previsto en el artículo 6 del Código Procesal Penal y en los artículos 11 y 154 de la Constitución Política. De conformidad con los artículos 443 párrafo segundo y 450 del Código Procesal Penal se declara la nulidad de la sentencia impugnada así como del debate que lo precedió, y se remite el expediente al Tribunal competente para la reposición del juicio, previa concesión a las partes de una audiencia por el plazo de tres días sobre el dictamen pericial psicosocial número 31-2005 elaborado por el Equipo Interdisciplinario del Departamento de Trabajo Social y Psicología sobre el menor de edad M.G.V.V., para que ejerzan, si lo estiman oportuno, los derechos que le confiere la relación de los artículos 219 y 222 del Código Procesal Penal."

**d) Prueba pericial en materia penal: Psiquiatra que se niega a comparecer en debate
Delitos sexuales: Padres que se niegan a que menor ofendida comparezca en debate**

[Sala Tercera]⁶

Voto de mayoría



"IV.- Según lo señalan los juzgadores, para salir de varias dudas que les surgieron en cuanto a la veracidad del testimonio de la víctima, a las que ya se hizo referencia en el anterior apartado, decidieron ordenar la presentación de la niña ofendida y de uno de los profesionales que estuvieron presentes en la tercera entrevista que a ésta se le practicó, "... sin embargo, se encontró con la negativa por parte de los padres de la niña, al no traerla, así como también una negativa de parte de la Dra. I.M.G., quien funge como jefe de la sección de psiquiatría y psicología forense, quien se negó a asistir al juicio a pesar del requerimiento que se le hizo, justificando su negativa como consta a folio 117 y 118, a (sic) que ese departamento no emitió documento de valoración alguno ya que eran anticipos jurisdiccionales, por lo que consideró no pertinente el que un profesional de la sección se apersona al debate, obviando de esta manera la solicitud que hizo esta autoridad, e incumpliendo con sus deberes y los que establece el artículo 121 del Código de la Niñez y la Adolescencia, situación que molestó en gran manera a este tribunal y que en este momento señala ..." (folio 143, línea 16 en adelante). En relación a este extracto del fallo, el fiscal estima que la actuación tanto de los padres de la menor como de la profesional en psiquiatría, en cuanto se rehusaron a cumplir con el requerimiento del órgano jurisdiccional, resulta válida y ajustada a derecho. Sin embargo, conviene hacer algunas consideraciones sobre estos extremos. Según se colige de lo antes transcrito, a pesar de que los miembros del tribunal de juicio se molestaron "en gran manera" con la referida situación, de manera pasiva simplemente se resignaron a no contar con los elementos que estimaban necesarios para resolver adecuadamente el asunto, sin ejercer las atribuciones que la ley les confiere a dichos efectos, todo lo cual viene a provocar que la decisión carezca de legitimidad. Para un mayor orden en la exposición, de seguido y por separado se analizarán la situación legal pertinente en lo que se refiere a la conducta de los padres de la ofendida, por una parte, y de la profesional en psiquiatría, por otra. (1).- Según se extrae de una relación de los artículos 204 y 253 del Código Procesal Penal de 1996, y sin que esta Sala entre a considerar ex post la oportunidad o esencialidad de la medida, si los jueces de mérito estimaban como absolutamente imprescindible -a efectos de evacuar sus dudas- la presencia de la menor agraviada en juicio, tenían toda la potestad (poder-deber) de ordenar de manera coactiva su presentación, ello aún contra el criterio expreso de sus padres, por lo que no podría admitirse ahora que, por no haber sido posible su evacuación, ante la duda debió absolverse al acusado (ver folio 143 del fallo, línea 32 en adelante). En efecto, el numeral 204 citado señala que, salvo disposición en contrario, toda persona tendrá la obligación de concurrir al allamamiento judicial y de declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado, mientras que el 352 prescribe que cuando el perito o testigo, oportunamente citado, no haya comparecido, quien preside ordenará que sea conducido por la Fuerza Pública. Como se colige de dichas normas, en el caso que nos ocupa los padres de la menor ofendida no tenían ningún derecho o facultad para irrespetar la orden emanada de una autoridad judicial en el ejercicio legítimo de su competencia, de donde incluso con su comportamiento contumaz pudieron haber incurrido en alguna conducta ilícita que prevé el numeral 305 del Código Penal, todo lo cual deberá ser investigado a efecto de establecer las responsabilidades que correspondan. (2).- La situación jurídica relativa a la conducta omisiva en la que incurrió la jefe de la sección de psicología y psiquiatría forenses no difiere mucho de la anterior, pues la misma no tenía ningún derecho u autorización para desacatar la orden emitida por el órgano de juicio. Tal conclusión se sustenta en las siguientes consideraciones: i) El hecho de que, en el caso que se ventila, los profesionales de la citada sección no hayan rendido ningún informe escrito, sino que su actuación se haya limitado a supervisar como especialistas en la materia la declaración rendida por la niña ofendida, no significa de ningún modo que los mismos no hayan actuado como peritos ni mucho menos que pudieran rechazar el llamado judicial. Nótese que, según lo dispone el artículo 212 del Código Procesal Penal, cuando -entre otros- deba recibirse testimonio de menores agredidos, el Ministerio Público o el tribunal, en su caso, podrán disponer su



recepción en privado y con el auxilio de familiares o peritos especializados en el tratamiento de esas personas, tal y como aquí se hizo mediante el trámite de anticipo jurisdiccional de prueba (ver actas de folios 56 y 57, y folios 74 y 75). Lo anterior significa que a los profesionales que hayan actuado en dicha diligencia les resulta aplicable toda la regulación que prevé el Título IV del Libro III del código citado, dentro del cual se incluye el numeral 218 párrafo 2º que les impone la obligación de informar oralmente si así se les fuere solicitado por parte de la autoridad competente. Adicionalmente, el artículo 31 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, N° 5524 del 26 de abril de 1974, que el Departamento de Medicina Legal (al que pertenece la sección que dirige la citada profesional) será el encargado de efectuar los exámenes y evacuar las respectivas consultas médico-forenses, en los casos cuyo conocimiento corresponda al Organismo, como es precisamente el que se comenta; (ii).- Por otra parte, siendo en realidad esto lo más importante, si bien es cierto el Código de la Niñez y la Adolescencia incorpora varios principios que tutelan el interés superior del niño (artículo 112), sobre todo el deber que tienen las autoridades administrativas o judiciales de evitar, en lo posible, los interrogatorios reiterados o persistentes a los menores víctimas de delitos (artículo 125), debe quedar muy claro que quien decide en qué casos se practicará determinada prueba, así como su pertinencia, no es el profesional en salud sino la autoridad jurisdiccional encargada de resolver el asunto, de tal modo que aquel deberá cumplir con las órdenes emanadas de ésta. En efecto, y aunque esta hipótesis no es exactamente aplicable al caso que nos ocupa, pues en la especie se presentó de una situación un poco diversa, el artículo 121 ibídem establece que el personal médico, así como los profesionales en psiquiatría y psicología forense, estarán obligados a acompañar a las víctimas menores de edad, en especial cuando se trate de delitos sexuales, cuantas veces la autoridad judicial lo estime pertinente. Se hace la aclaración de que en este caso la situación fue diversa, pues en realidad el requerimiento judicial no se centraba en el interés de que algún psicólogo (cualquiera) acompañara a la menor ofendida, sino que el interés concreto de los juzgadores era hacer comparecer a los profesionales que estuvieron presentes en la entrevista que se le practicó a la niña, específicamente el psicólogo M.G.H., ello a efectos de que se aclararan algunas dudas. No obstante lo anterior, lo que sí debe ser rescatado de la norma comentada es el principio de que quien valora y decide en el caso concreto la pertinencia de la evacuación de una determinada prueba pericial no es el médico forense sino el tribunal juzgador, de ahí lo impropio de la negativa de la funcionaria de la sección de psiquiatría y psicología forenses a atender el llamado judicial, quien adujo que en su criterio el pedido no era pertinente (ver folios 117 y 118), con lo que incluso pudo haber incurrido en alguna conducta previamente sancionada. Si la referida profesional en salud estimaba que existía alguna imposibilidad de brindar un criterio técnico, lo que debió hacer fue atender el llamado judicial y autorizar al psicólogo M.G.H. para que éste así lo expusiera oral y fundadamente en juicio, como era su obligación. Lo que resulta más asombroso aún fue la actitud pasiva y negligente del tribunal de instancia, el que no ejerció las potestades que le confería el artículo 353 para ordenar la comparecencia del citado perito aún coactivamente por medio de la Fuerza Pública, máxime si se considera la relevancia de la prueba que posteriormente echaron de menos y que justamente fue su ausencia la que motivó el dictado de la absolutoria por duda. La doctrina al respecto ha entendido que "... para ordenar la conducción por la fuerza pública debe haberse procedido antes a la citación del testigo o perito, ello como una consecuencia del principio de proporcionalidad..." Llobet Rodríguez Javier, "PROCESO PENAL COMENTADO", Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José. 1ª edición, 1988, pág. 708, lo que incluso se hizo de previo según consta a folios 124 y 125."



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Castro Fernández, J. D. (1989). El Médico Forense y El Juicio: ¿Perito o testigo?. Revista Medicina Legal de Costa Rica. Volumen 6. Números 1 y 2. Marzo-Junio 1989. San José, Costa Rica. Pp. 2-5.
- 2 Font Serra, E. (2000). El Dictámen de Perritos y el Reconocimiento Judicial en el Proceso Civil. Editorial La Ley. Madrid. España. Pp. 44-57.
- 3 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL.- Sentencia número 925 de las once horas veinticinco minutos del veintisiete de julio de dos mil once. Expediente: 11-001933-0042-PE.
- 4 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 375 de las nueve horas ocho minutos del ocho de abril de dos mil once. Expediente: 07-000534-0559-PE.
- 5 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 1440 de las diez horas del doce de diciembre de dos mil cinco. Expediente: 00-001041-0064-PE.
- 6 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 1423 de las nueve horas veintitrés minutos del doce de noviembre de mil novecientos noventa y nueve. Expediente: 99-001078-0006-PE.