

# PERITO Y TESTIGO: GEMELOS HETEROCIGÓTICOS DEL PROCESO PENAL

Dr. Álvaro Burgos M.1

*Hereditas non heredis personam sed defuncti sustinet...*  
*La herencia representa la persona del difunto, no la del heredero...*  
*Frase latina de autor desconocido.*

## Introducción

Este artículo tiene como motivo plasmar los lineamientos generales contenidos en la disertación a la que el autor fue invitado por el Departamento de Trabajo Social y Psicología a través de la Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia. Este es tendente a establecer las similitudes y diferencias fundamentales entre la labor del perito y la del testigo dentro del proceso penal, con especial referencia a la tarea que realizan los psicólogos y trabajadores sociales del Poder Judicial, específicamente dentro del campo penal.

Como justificación al título, se debe aclarar el término 'heterocigoto', el cual proviene del griego heteros, que significa 'diferente'; es decir, alude genéticamente a la presencia de alelos distintos en el mismo locus de cromosomas homólogos manifestados en el proceso de gestación. Así, de la misma forma que ocurre con los gemelos heterocigóticos en la concepción, pese a que el testigo y el perito provienen de una misma raíz común, sea en este caso el proceso penal, a la hora de su evolución, nacimiento y desarrollo particular. La proyección de cada uno de ellos mantendrá una individualidad genotípica y procesal tal, que será capaz de generar indudablemente de una forma simple de identificar diferencias obvias que servirán para distinguir uno del otro con facilidad, sin desmérito alguno de la multitud de similitudes y paralelismos intrínsecos a la naturaleza misma de ambos.

## I. La prueba y sus componentes utilitarios

No hay duda de que frecuentemente existen abundantes y recurrentes confusiones de los operadores del sistema de administración de justicia en cuanto a lo que se podría denominar los componentes utilitarios de la prueba; es decir, las distintas manifestaciones para introducir la prueba al proceso, en este caso el penal.

### 1. El elemento de prueba

Es el dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de crear un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva. Por ejemplo, el tipo de sangre obtenido en el escenario del crimen, o que la causa de muerte de la víctima fuera el suministro de un poderoso veneno que ingirió horas antes de su deceso.

Dentro de sus características se cita:

#### 1.1 Objetividad

Proviene del mundo externo al proceso, por medio de auto fundado, aun incluso si el juzgador tiene conocimientos en la materia, y sin perjuicio de que se le considere el perito de peritos en definitiva. Esto es, podrá apartarse de la recomendación o determinación pericial.

#### 1.2 Legalidad

Tanto en su obtención como en su incorporación, el elemento de prueba obtenido debe responder a criterios de legalidad. De lo contrario podría aplicarse lo relativo a la Teoría de los frutos del árbol envenenado<sup>2</sup>, y en todo caso la prueba obtenida podría devenir eventualmente en espuria, lo cual impediría su incorporación efectiva al debate para la resolución del caso en cuestión.

#### 1.3 Relevancia y pertinencia

A este respecto, el artículo 183 del C.P.P. señala:

Artículo 183: Admisibilidad de la prueba:

Para ser admisible, la prueba deberá referirse, directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y deberá ser útil para descubrir la verdad.

Los tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando resulten manifiestamente superabundantes.

El Tribunal puede prescindir de la prueba cuando esta sea ofrecida para acreditar un hecho notorio.

## **2. El órgano de prueba**

Es el sujeto que porta un elemento de prueba y lo trasmite al proceso, su función consiste en ser intermediario entre la prueba misma y el juez. El dato conviccional que ofrece al proceso penal, puede haber sido conocido accidental o fortuitamente (testigo), o bien, por encargo judicial (perito).

## **3. El medio de prueba**

Consiste en el procedimiento establecido por la ley, tendente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso; por ejemplo, un reconocimiento en rueda de personas practicado al imputado, o un examen físico de la supuesta víctima que alude haber sido violada. El medio de prueba deberá ser evidentemente desarrollado de manera legal, puesto que tanto la Constitución Política<sup>3</sup>, al contener una prohibición expresa en su artículo 40 a la utilización de los tratos crueles y degradantes, como la ley común en igual sentido<sup>4</sup>, impiden que los elementos de prueba introducidos en aras de la averiguación de la verdad real, o al menos procesal de los hechos, hayan sido obtenidos en forma ilegal, como el uso de tortura física o psicológica, etc. Al respecto, el artículo 181 del C.P.P. indica:

Artículo 181: Legalidad de la prueba:

Los elementos de prueba solo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código.

A menos que favorezca al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas...

## **4. El objeto de prueba**

El objeto de prueba es aquello susceptible de ser verificado y en él debe o puede recaer la prueba. Por ejemplo, un revólver decomisado al imputado, un cadáver encontrado en un lote baldío, o un cargamento de posible cocaína hallado en un furgón abandonado en un puesto fronterizo. Dentro del proceso penal todo se puede probar y por cualquier medio de prueba legal, salvo prohibición expresa. Así, el artículo 182 del C.P.P. dispone:

Artículo 182: Libertad probatoria: Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la Ley...

# **II. La pericia**

Consiste en el medio probatorio a través del cual se intenta obtener para el proceso un informe o dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos; útil para el descubrimiento o valoración de un elemento de prueba. No se podrá evitar su elaboración, aun cuando el juez cuente con el entendimiento especializado requerido en la materia<sup>5</sup>.

## **1. Procedencia**

Podrá ordenarse un peritaje cuando, para descubrir o valorar un elemento de prueba, sea necesario poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica (art. 213 del C.P.P.). Y es en absoluto claro que precisamente el juez no encarga labores periciales a alguien cuya función primordial sea limpiar las oficinas, o recoger por escrito manifestaciones de los testigos, o vender alimentos en un lugar aledaño a la oficina judicial, sino a un sujeto que gracias a sus conocimientos particulares, innatos o profesionalmente adquiridos, puede vertir asesoramiento y luz al proceso penal y, en concreto, a la administración de justicia sobre aspectos determinados por ser sometidos a su consideración.

## **2. Nombramiento**

Corresponde al Ministerio Público, durante la investigación preparatoria, o al tribunal competente, la selección de los peritos: el número de ellos, el tema de la pericia y el plazo para la presentación de su dictamen, según la complejidad, ya sea de oficio o por petición de una parte (véase art. 215 del C.P.P.). Si no cumplen con su tarea, se procederá a su sustitución (art. 217).

Artículo 217: Ejecución del peritaje:

El Director del procedimiento resolverá las cuestiones que se planteen durante las operaciones periciales.

Los peritos practicarán el examen conjuntamente, cuando sea posible. Siempre que sea pertinente, las partes y sus consultores técnicos podrán presenciar la realización del peritaje y solicitar las aclaraciones que estimen convenientes, deberán retirarse cuando los peritos comiencen la deliberación.

Si algún perito no cumple con su función, se procederá a sustituirlo.

### **3. Nuevos peritos**

Cuando los informes sean dudosos, insuficientes o contradictorios, ya sea de oficio o por petición de la parte, y en caso que el tribunal o el Ministerio Público lo consideren necesario, se podrá nombrar uno o más peritos nuevos, para ampliar o repetir el peritaje (art. 219).

### **4. Condiciones especiales**

Los peritos deberán poseer título habilitante en la materia sobre la cual rendirán su dictamen, siempre que la ciencia, el arte o la técnica esté reglamentada; de lo contrario, se podrá nombrar a una persona con idoneidad manifiesta (art. 214 del C.P.P.).

### **5. Incompatibilidades**

Rigen las mismas causas de excusa y recusación de los jueces (art. 215 del C.P.P.).

Artículo 215: Nombramiento de peritos:

El Ministerio Público, durante la investigación preparatoria y el tribunal competente seleccionarán a los peritos y determinarán cuántos deban intervenir, según la importancia del caso y la complejidad de las cuestiones por plantear, atendiendo a las sugerencias de los intervinientes. Al mismo tiempo, fijarán con precisión los temas de la peritación y deberán acordar con los peritos designados el plazo dentro del cual presentarán los dictámenes.

Serán causas de excusa y recusación de los peritos, las establecidas para los jueces.

En todo lo relativo a los traductores e intérpretes, regirán análogamente las disposiciones de este apartado.

### **6. Notificación acerca del peritaje**

De manera previa a la realización del peritaje, se notificará al Ministerio Público y a las partes, salvo motivos de urgencia o simpleza. Dentro de dicho plazo se podrá proponer nuevos peritos para actuar en lugar del anterior o dictaminar conjuntamente, sugerir otros temas para el peritaje u objetar los admitidos o propuestos por las otras partes (art. 216 del C.P.P.).

### **7. Modo de ejecución**

Los peritajes serán practicados conjuntamente en casos que sean posibles y pertinentes; las partes y sus consultores técnicos los podrán presenciar y solicitar aclaraciones, pero deberán retirarse cuando el(los) perito(s) comience(n) la deliberación (art. 217). El perito debe guardar reserva de cuanto conozca con motivo de su actuación (art. 223).

### **8. Características del dictamen pericial**

El dictamen pericial fundamentará clara y precisamente las operaciones practicadas y sus resultados, las observaciones de las partes o sus consultores técnicos y las conclusiones acerca de cada tema en estudio. Se podrá presentar el informe por separado, ante la diversidad de opiniones entre los peritos, por escrito, firmado y fechado, sin perjuicio del informe oral en la audiencia respectiva (art. 218 del C.P.P.).

### **9. Objetos y personas necesarios para el peritaje**

Podrá ordenarse la presentación o el secuestro de cosas o documentos, así como la comparecencia de personas para efectuar las operaciones periciales (art. 221) en tanto se hicieran necesarios.

Artículo 221: Peritajes especiales:

Cuando deban realizarse diferentes pruebas periciales, como las psicológicas y las médico legales, a mujeres y a menores agredidos, o a personas agredidas sexualmente, deberá integrarse, en un plazo breve, un equipo interdisciplinario, con el fin de concentrar en una misma sesión las entrevistas que requiera la víctima. Antes de la entrevista, el equipo de profesionales deberá elaborar un protocolo de ella y designará, cuando lo estime conveniente, a uno de sus miembros para que se encargue de plantear las preguntas.

Salvo que exista un impedimento insuperable, en la misma sesión deberá realizarse el examen físico de la víctima.

### **10. Equipo interdisciplinario**

Cuando deban realizarse varios tipos de peritajes como el psicosocial y forense a menores ofendidos, o víctimas de delitos sexuales, habrá de integrarse un equipo interdisciplinario, que elaborará un protocolo para trabajar con la víctima, y designará a uno de sus miembros para preguntar según se estime conveniente. Salvo impedimento insuperable, se realizará en dicha sesión también el examen físico de la víctima.

### III. El testimonio

Constituye la declaración de una persona, dentro de un proceso penal, acerca de lo que conoce por percepción de sus sentidos sobre los hechos investigados, con el propósito de contribuir a la reconstrucción conceptual de estos.

#### 1. Características

**a)** Persona física. No será aceptable el testimonio de un humanoide o de un animal entrenado, etc.

**b)** Por regla general, el testimonio se rendirá de forma oral, salvo impedimento físico.

**c)** La declaración será obtenida dentro del proceso respectivo y ante autoridad competente.

**d)** Testificará acerca de lo que le conste. No son de relevancia para el proceso penal los denominados un testigo de referencia; es decir, a quienes no les consta por sí mismos, sino a través de terceros, los aspectos sobre los que ha tenido conocimiento.

**e)** Su declaración versará sobre el hecho delictivo, sus agravantes, atenuantes, justificantes, autores, cómplices, partícipes, daño causado, etc.

#### 2. Deber de testificar

El principio general es de que toda persona tiene la obligación de testificar, salvo disposición en contrario. Deberá el testigo además declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado, y no ocultarla total o parcialmente, o podría incurrir en el delito de falso testimonio. No estará en obligación de declarar sobre hechos autoincriminantes (art. 204):

Artículo 204: Deber de testificar:

Salvo disposición en contrario, toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y de declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado; así mismo, no deberá ocultar hechos, circunstancias ni elementos, sin perjuicio de la facultad del juez para valorar el testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

El testigo no estará en la obligación de declarar sobre hechos que le pueden deparar responsabilidad penal.

#### 3. Facultad de abstención

El cónyuge o conviviente, con más de dos años de vida en común, del imputado y sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales, hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, deberán ser informados de la facultad de abstención que les cobija (art. 205 del C.P.P.):

Artículo 205: Facultad de abstención:

Podrán abstenerse de declarar, el cónyuge o conviviente, con más de dos años de vida común, del imputado y sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales, hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.

Deberá informarse a las personas mencionadas de la facultad de abstención, antes de que rindan testimonio. Ellas podrán ejercer esa facultad aún durante su declaración, incluso en el momento de responder determinadas preguntas.

Si el testigo teme por su integridad física o la de otra persona, podrá autorizársele para no indicar públicamente su domicilio y se tomará nota reservada de él, pero el testigo no podrá ocultar su identidad ni se le examinará de comparecer en juicio. A continuación, se le interrogará sobre el hecho.

#### 4. Deber de abstención

Cuentan con un deber de abstención los ministros religiosos, abogados y notarios, médicos, psicólogos, farmacéuticos, enfermeros y demás auxiliares de las ciencias médicas, sobre hechos secretos que hayan llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, así como funcionarios públicos sobre secretos de Estado. Salvo los ministros religiosos, los demás mencionados con anterioridad deberán testificar si son liberados por el interesado de su deber de guardar silencio (art. 206 del C.P.P.).

#### 5. Forma de la declaración

De previo, el testigo será instruido acerca de sus obligaciones y de las responsabilidades por su incumplimiento, prestará juramento y será interrogado sobre sus datos personales (no podrá ocultar su identidad ni será eximido de asistir al juicio), eventual vínculo con las partes, interés directo en el asunto y luego sobre el hecho que se investiga.

## **6. Recepción en privado del testimonio**

El testimonio podrá recibirse de forma privada, y así lo acordará el Tribunal o juez respectivo cuando por ejemplo el testigo sea una mujer o un menor agredido; o cuando por motivos de pudor se quiera eximir a un ofendido de un delito sexual de una posible revictimización aún mayor al obligarle a contar ante una audiencia pública su relato.

Para dichos casos, el Tribunal podrá contar con el auxilio de familiares o peritos especializados en el tratamiento de esas personas, algo que en el caso de las personas menores de edad es un imperativo legal y no una decisión facultativa del juzgador, conforme lo disponen el Código de la Niñez y la Adolescencia y las Directrices para evitar la revictimización de las personas menores de edad en los procesos penales.

## **7. Consecuencias penales del falso testimonio**

Quien a pesar de haber entendido las previsiones expuestas por la autoridad competente para efectos de la configuración del delito respectivo, incumpliere con su obligación de decir verdad, podrá hacerse acreedor de la persecución penal por un delito de falso testimonio, penado con prisión de uno a cinco años, aplicable tanto al testigo como al perito (también al intérprete o traductor), que afirmare una falsedad, negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición o informe, hechos ante autoridad competente. Cuando el delito se comete en un proceso penal, en perjuicio del acusado, la pena será de dos a ocho años de prisión. Además, las penas se aumentan en un tercio cuando el delito es cometido mediando soborno.

## **IV. ¿Peritos o no?**

A manera de conclusión, luego de haber delineado anteriormente las diferencias fundamentales entre la participación del testigo y/o del perito dentro del proceso penal, se hace necesario externar la posición personal del autor ante la controversia que ha emergido a nivel del Departamento de Trabajo Social y Psicología acerca de si la labor que realizan dichos profesionales puede ser considerada o no como pericial.

Lo anterior, por supuesto sin aclarar que se considera al Departamento de Trabajo Social y Psicología como una especie de oasis dentro del árido laberinto judicial que significa muchas veces el Poder Judicial, y dentro del cual siempre se ha encontrado a profesionales de primera línea y a amigos de siempre que han nutrido la visión del autor, fundamentalmente jurídica con sus aportes valiosos en las áreas de su conocimiento especializado.

A criterio del autor, el asunto ha sido zanjado ya de todas maneras, por lo menos desde la perspectiva administrativa y laboral, por un acuerdo del Consejo de Personal acogido por el Consejo Superior en la sesión del 19/4/01, artículo LXXI, el cual es retomado igualmente en Sesión de Corte Plena 14-01 del 23/4/01, en donde se establece que los trabajadores sociales deben ser tomados para el pago de las denominadas clases anchas como peritos especializados y no como otro tipo de funcionarios comunes y corrientes, e incluso a estas alturas se les paga efectivamente como tales, por lo que sería imposible dudar que materialmente se les ha tenido como peritos a dichos profesionales en Trabajo Social.

Ahora bien, en razón del principio de igualdad, si el argumento del Consejo de Personal, avalado tanto por el Consejo Superior como por Corte Plena ha sido el que a los trabajadores sociales se les debía de pagar un plus, siendo que su labor resulta de carácter pericial. Es evidente que por la misma línea de pensamiento a los psicólogos del mismo departamento que también en la práctica realizan labor pericial, les sea reconocido dicho pago, y además que se les reconozca precisamente el que desempeñan como una labor de peritos, al igual que se hace con los trabajadores sociales.

Por otra parte, es importante dejar planteada otra situación relativa al tema de la consideración de los trabajadores sociales y de los psicólogos adscritos al Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial como peritos. Al realizar función pericial, sus informes y dictámenes deberían de ser susceptibles como pasa en el caso de los demás peritos del Organismo de Investigación Judicial, por ejemplo, de ser impugnados, sea a través de recursos de ampliación y aclaración, de revocatoria y, desde luego también de apelación, lo cual podría solucionarse sin mayor problemática institucional de dos vías: Encargando a la Jefatura del Departamento de Trabajo Social y Psicología de la resolución de las eventuales apelaciones que se interpongan; o modificando la reglamentación que rige la Ley de creación del O.I.J., y asignándole un profesional en trabajo social y en psicología para efectos de conocer en carácter ad hoc, por medio del Consejo Médico Forense dichas impugnaciones en alzada. Todo lo anterior redundaría significativamente en un incremento del resguardo al derecho de defensa y al debido proceso en materia penal.

1 Juez Superior Penal Juvenil y Juez de Juicio del II Circuito Judicial de San José, Prof. Asociado de Derecho Penal Especial y encargado de la Cátedra de Criminología de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR.

2 En este sentido, para una mayor comprensión del tema en cuestión véase: FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Lógica de las pruebas en materia criminal. Editorial Temis, volumen I, Bogotá, Colombia, 1973, págs.155 y siguientes. BURGOS, Álvaro y otros. Cargas, fases y límites de la actividad probatoria. En Revista de Ciencias Jurídicas, número 77, San José, Costa Rica, enero-abril 1994, págs.19-62.

3 Asamblea Legislativa de Costa Rica. Constitución Política. Edición bilingüe, CONAMAJ, San José, Costa Rica, artículo 40, página 27, el cual consagra: ...Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes, ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula....

4 Incluso la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en sesión IXX-02, del 6 de mayo de 2002 aprobó las denominadas Directrices para reducir la revictimización de las personas menores de edad en proceso penales, en donde igualmente se plasman una serie de recomendaciones vinculantes para los operadores del sistema de administración de justicia ligados al Poder Judicial, tendentes a evitar, entre otras cosas, la ilegalidad de los medios de prueba por los cuales la misma es introducida al proceso penal.

5 En ese sentido, véase: BORJA OSORNO, Guillermo. Derecho procesal penal. Editorial Cajica S.A., Puebla, México, 3ª. edición, 1985.