



Universidad San Gregorio de Portoviejo

Departamento de Posgrado

Programa de Maestría en Derecho Penal

Artículo profesional de alto nivel

**DICOTOMÍA SOBRE EL MÉRITO PROBATORIO DEL PERITAJE
JUDICIAL EN EL PROCESO PENAL DE CORTE ADVERSARIAL**

Autor:

Jack Albert Castro Alarcón

Tutora:

Dra. Gyomar Pérez Cobo

Portoviejo, 2021

Dicotomía sobre el mérito probatorio del peritaje judicial en el proceso penal de corte adversarial

Autores: Jack Albert Castro Alarcón¹
Dra. Gyomar Pérez Cobo²

RESUMEN

La dicotomía sobre el mérito probatorio del peritaje judicial en el proceso penal de corte adversarial es el objeto de esta reflexión científica. La actualidad del tema se refleja en las distintas corrientes del pensamiento jurídico contemporáneo que se esbozan para sustentar la naturaleza de esta actividad como medio de prueba y su contribución para los fines de la administración de justicia. La investigación se basa en una revisión bibliográfica de corte documental con apoyo en el método inductivo-deductivo. Los resultados permitieron sistematizar el objeto de la controversia que se cierne respecto del reconocimiento del peritaje judicial como medio de prueba o como fuente de conocimiento técnico o científico directo de los órganos de la función judicial. Se concluye que el peritaje judicial mantiene el carácter de un medio probatorio que al mismo tiempo funge como auxilio idóneo de la administración de justicia, en virtud de que el perito judicial actúa apegado a la ciencia y a los criterios éticos de imparcialidad y competencia técnica. Esta posición ecléctica acerca del mérito probatorio del peritaje judicial, que surge de la reflexión de los autores, no implica dejar de lado los controles del Sistema Adversarial, para dotar de valor a este medio.

Palabras clave: Pericia; Peritaje judicial; medio de prueba; auxilio judicial.

ABSTRACT

Dichotomy on the probative merit of the judicial expert opinion in the adversarial criminal process

The dichotomy on the probative merit of judicial expertise in adversarial criminal proceedings is the object of this scientific reflection. The topicality of the subject is reflected in the different currents of contemporary legal thought that are outlined to support the nature of this activity as a means of proof and its contribution to the purposes of the administration of justice. The research is based on a documentary literature review supported by the inductive-deductive method. The results made it possible to systematize the object of the controversy that looms regarding the recognition of judicial expertise as a means of evidence or as a source of direct technical or scientific knowledge of the organs of the judicial function. It is concluded that the judicial expert opinion maintains the character of an evidentiary means that at the same time serves as an ideal aid to the administration of justice, by virtue of the fact that the judicial expert acts in accordance with science and the ethical criteria of impartiality and technical competence. This eclectic position on the probative merit of the judicial expert opinion, which arises from the reflection of the authors, does not imply leaving aside the controls of the Adversarial System, to give value to this medium.

Keywords: Expertise; Judicial expertise; means of proof; judicial assistance.

¹ Abogado. Ingeniero Civil. Perito Judicial. Cursante del Programa de Maestría en Derecho Penal de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, Manabí, Ecuador. Correo electrónico: jackcastroalarcon@ymail.com.

² Abogada. Doctora en Derecho. Magister en Ciencias Penales y Criminológicas. Docente investigadora de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, Manabí, Ecuador. Correo electrónico: gyomar@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6037-4253>.

Introducción.

La pericia en el ámbito penal se encuentra taxativamente dispuesta en el artículo 499 del Código Orgánico Integral Penal, con vigencia desde el 10 de febrero del año 2014, reformado el 24 de diciembre del año 2019, dentro de los medios probatorios, de ahí que inmediatamente se asocie esta actividad con el mecanismo que coadyuva en la comprobación de los hechos sometidos al escrutinio del juez.

Esta lectura la extraemos de la finalidad de la prueba que predica el Código Orgánico Integral Penal (2019), bajo el Título IV denominado “Prueba”. Particularmente, el Capítulo Primero de las “Disposiciones Generales”, en su artículo 453, precisa que sirve para: “llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada”.

En este sentido, el legislador se aparta de la discusión académica latente acerca del carácter de la prueba como medio para llegar a la verdad de los hechos. Verdad cuya pretensión, para una parte de la doctrina especializada representada por Taruffo (2010) es una quimera. Debate en el que no nos pretendemos embarcar, por no estar relacionado directamente con el objeto de nuestra reflexión.

Dicho esto, el Capítulo Tercero, artículo 498 del texto penal integral en examen, expresa que: “Los medios de prueba son: 1. El documento; 2. El testimonio; 3. La pericia”, mismos que se estiman de gran valor para lograr la aludida finalidad, verbigracia, dotar al juez/a del convencimiento acerca de la existencia del hecho, las circunstancias en el que este se produce, y especialmente sobre la responsabilidad de quienes están sometidos al proceso.

Conforme a lo expuesto, la prueba pericial, ocupa un lugar privilegiado en el proceso penal, por el carácter técnico y científico que la distingue. Ciertamente, su utilización en el mundo jurídico contemporáneo globalizado, dota de mayor seguridad a las partes que lo promueven al momento de plantear sus argumentos o hipótesis, pero también aporta al juez/a información relevante para la resolución del caso. Esta es la verdadera distinción entre la pericia como medio de prueba de los demás, ya que por intermedio de esta se intenta lograr la convicción del tribunal respecto de hechos técnicamente complejos.

Es por esta razón, que le ha sido concedido a las partes en un proceso apelar a este mecanismo para sustentar sus alegaciones, pero también, le está permitido al juez contar con este auxilio idóneo. Así lo expresa el portal web del Consejo de la Judicatura del Ecuador, organismo que ha creado un Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial en el año 2014, parcialmente reformado en el año 2016. Es aquí donde ingresamos al campo del peritaje judicial, cuya función recae en el denominado perito judicial que centrará la atención en el desarrollo de esta reflexión.

En efecto, en distintos ordenamientos jurídicos, se concibe al perito judicial como un asesor de la administración de justicia e incluso como un servidor público, que en su función de tal informa al juez, y en el orden jurídico ecuatoriano al fiscal, quienes lo nombran con independencia de la voluntad de las partes, sobre algún tema del que no tiene suficiente preparación. Los cuestionamientos a la forma y dinámica en que se produce esta contribución terminan por afectar el reconocimiento que se le ha dado como medio de prueba.

A partir de este planteamiento, se constata un debate sobre la naturaleza de la esta prueba, admitiendo que, la doctrina especializada mayoritaria lo concibe como un medio de prueba del que se valen las partes y el juez para probar los hechos que afirman, empero, otra parte, estima al perito judicial como un asesor de la administración de justicia o la función judicial que le aporta

al juzgador y al fiscal una información útil que permite la concreción de una opinión más exacta sobre aspectos propios de una ciencia que desconoce, pero no como un medio de prueba.

Desde la experiencia personal de uno de los autores³ del estudio, se emprendió esta reflexión acerca de la naturaleza del peritaje judicial, convirtiéndose este propósito en el objetivo superior del estudio, que se desarrolla con la intención de despejar la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuál es el mérito probatorio del peritaje judicial en el proceso penal de corte adversarial?

A esta interrogante se une el cuestionamiento acerca del carácter de esta prueba, lo que lleva a preguntarnos sobre ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la pericia judicial en el proceso penal?

Metodología.

En este estado de cosas, la reflexión sobre la dicotomía del mérito probatorio del peritaje judicial en el proceso penal de corte adversarial, es el objetivo general de esta investigación de carácter documental, que centra su atención en el acervo teórico existente, que perfila la actual discusión en el plano nacional e internacional.

El examen de los criterios doctrinarios, preliminarmente reseñados, que dan cuenta de la controversia acerca de la naturaleza de este medio de prueba nos lleva a reflexionar sobre su valor, asumiendo al final del estudio una posición de carácter ético-científica que tiene su asidero en las fuentes examinadas. Especialmente, se ha realizado un contraste del contenido de los textos doctrinarios, normativos, y jurisprudenciales, que corresponden al ámbito nacional e internacional, cuya base descansa en la utilización del método de análisis comparativo.

El estudio científico de carácter doctrinal, no se circunscribe a ningún ámbito espacial, ya que, al despejar esta incógnita, con el apoyo de la revisión de la literatura más significativa del tema a nivel nacional e internacional, aspiramos contribuir a despejar la naturaleza o el valor de este medio de prueba en el campo de la Ciencias Jurídicas. Controversia que, a pesar de que toma como base la legislación ecuatoriana, escapa de las fronteras de cualquier nación.

La técnica empleada fue la de observación documental y el análisis de contenido, que respaldan los aportes presentados por los investigadores sobre el tema objeto de estudio, pretendiendo que estos puedan servir de texto de consulta de los operadores de justicia, abogados litigantes, peritos y estudiosos del derecho, aportando al desarrollo de la academia y de una sana administración de justicia.

Resultados y discusión.

La pericia como medio de prueba.

La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo, así lo dispone el numeral 6 del artículo 168 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), de donde se extraen los elementos del Sistema Adversarial que soporta el enjuiciamiento de la conducta humana.

Del mismo modo, en esta norma subyace el aspecto medular del proceso como mecanismo para dirimir los conflictos humanos. Observamos que, los principios que alude el texto fundamental de la nación, implican que el juicio se desarrolle con total transparencia y legalidad. Precisamente, la prueba debe quedar sometida a los criterios de licitud, de libertad y de pertinencia, cuyo reconocimiento se perfila a partir de la contradicción, concentración y

³ El abogado Jack Castro, quien es un Perito de la Función Judicial acreditado por el Consejo de la Judicatura.

disposición a la que quedan sometidos estos medios, como una impronta del Estado garantista que propugna Ferrajoli (1995).

Se suma a esta exigencia, lo expresado en el artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), el cual agrega que el sistema procesal, como un todo, es un medio para la realización de la justicia, en razón de esto, las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, como efectivas garantías del debido proceso, en razón de lo cual no se admite sacrificar la justicia por la omisión de formalidades no esenciales. Consideraciones que están presentes en el Código Orgánico de la Función Judicial del año 2009, con última reforma en el año 2020, verbigracia, lo expresado en el artículo 130.

Se avistan dos elementos sustanciales del contenido normativo que antecede, el primero que se expresa en términos de uniformidad de todos los procesos que se dispongan en la República del Ecuador, y el segundo, la adición de otros principios que conjuntamente con el de concentración, contradicción y dispositivo, se convierten en las garantías de un juicio justo y del ejercicio efectivo de los derechos, que se expresa en cada uno de los numerales y literales que contiene el artículo 76 de la Carta Constitucional.

En franca sintonía con lo expuesto, el Código Orgánico Integral Penal (2019), contempla todo un título para las pruebas, concibiéndolas como los medios necesarios para comprobar la comisión de un delito, que dotan al juez/a de los criterios necesarios para formar su convicción al realizar el examen del material probatorio. Dicha ponderación, conforme a la sana crítica se reflejará en la decisión sobre la existencia de los hechos y la responsabilidad de su autor o autores.

Con esto, la prueba es el eje temático donde se desarrolla el estudio sobre la pericia, ya que tal y como lo ilustran Cafferata y García (2003), es el medio o mecanismo que sirve para “producir un conocimiento cierto o probable de lo analizado en un determinado caso” (p. 17).

Así lo interpreta el Código Orgánico Integral Penal (2019), al estimar a las pruebas documentales, testimoniales y periciales como medios a través de los cuales el juez/a obtiene su convencimiento sobre la comisión de un delito, es decir, la prueba tiende o busca como fin llegar a incidir en la convicción del juez conocedor de la causa. Destacamos que medio es la terminología técnica que utiliza el texto legal en examen.

Asumimos igualmente como válida la concepción sobre la prueba como el medio que permite formar la convicción del juez, y nos alejamos de la discusión que se cierne sobre la postura que refiere que su finalidad es confirmar la verdad de los hechos. Verdad que genera grandes controversias en el ámbito científico jurídico, como ya lo destaca Taruffo (2010), en varias de sus obras jurídicas.

El perito como órgano y la pericia como actividad.

Respecto del perito, se concibe como el experto profesional o técnico, que cuenta con conocimientos amplios sobre una determinada ciencia, arte u oficio.

Para Cabanellas (2003) el perito es “un especialista, conocedor, práctico o versado en una ciencia, arte u oficio. Quien posee título estatal de haber hecho determinados estudios o de poseer experiencia en una rama del conocimiento, en una actividad cualquiera” (p. 241).

Es particular la forma como el autor define a los peritos, al considerar que estos “son asesores o auxiliares de la justicia, por cuanto contribuyen a formar el criterio de los jueces en materias pertenecientes a otras especializaciones, y por esa razón los peritos están excluidos en cuestiones jurídicas, que es un conocimiento potestativo de los juzgadores” (p. 241).

Precisamente, esta concepción reconoce las dos posturas principales que se debaten en torno a este tema, verbigracia, el reconocimiento de su dictamen como medio de prueba o aquellos que limitan esta actuación y lo estiman como un asesor y auxiliar de la justicia.

Vale mencionar en este acápite, lo que señala el artículo 221 del Código Orgánico General de Procesos (2018), que define al perito como: “la persona natural o jurídica que, por razón de sus conocimientos científicos, técnicos, artísticos, prácticos o profesionales, está en condiciones de informar a la o al juzgador sobre algún hecho o circunstancia relacionado con la materia de la controversia”.

Ciertamente este enfoque pertenece al Código Orgánico General de Procesos (2018), pero no podemos descuidar el carácter unitario que demanda la teoría general del proceso, que también considera la Constitución de la República del Ecuador (2008), cuando en sus artículos 168 y 169 hace referencia al proceso y al sistema procesal de forma general, de ahí la pertinencia de realizar este puntual acercamiento.

Conforme a este contenido, encontramos en el portal web del Consejo de la Judicatura (s/f), la definición del perito, en los términos que siguen:

la persona natural o jurídica que, en razón de sus conocimientos científicos, técnicos, artísticos, prácticos o profesionales está en condiciones de informar a la o al juzgador sobre algún hecho o circunstancia relacionado con la materia de la controversia. Aquellas personas debidamente acreditadas por el Consejo de la Judicatura estarán autorizadas para emitir informes periciales, intervenir y declarar en el proceso.

Se extrae de la norma una exacta correspondencia con la definición contenida en el artículo el artículo 221 del Código Orgánico General de Procesos (2018), lo cual consideramos un acierto de técnica legislativa que reconoce al orden jurídico como una estructura coherente y armónica. Pero también se extrae de la norma la referencia al perito de la función judicial, que se convierte en el centro de esta reflexión.

Del mismo modo, el perito, aun cuando no está definido en otros textos legales, su actividad se encuentra regulada en textos normativos, como el Código Orgánico de la Función Judicial (2020), y el Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, sancionado en el año 2014, y parcialmente reformado en el año 2016.

Finalmente, se estima la prolífica tipología y clasificación que hace la doctrina de los peritos, entre los que se encuentran aquellos que distinguen a los peritos designados por el juez (denominados peritos judiciales) o los designados por las partes (perito de partes), a esto se suma el perito dirimente que puede ser designado de oficio por el juez para solventar la problemática que genera los informes periciales controvertidos. Todas estas clases aparecen reguladas en los instrumentos legales internos y en algunos textos de Latinoamérica, entre los que destacan, Colombia, Chile, Argentina.

Una vez que se han esbozados algunos criterios relativos al perito, es relevante distinguir a este de la actividad que produce. Así, la prueba pericial tiene como finalidad, aportar la experiencia técnica o científica a las partes en el proceso, para que el órgano de la función judicial obtenga de este medio probatorio el conocimiento para entender la realidad que va a examinar, y que en todo caso constituye la materia objeto de la controversia.

También la doctrina distingue las clases de prueba pericial existentes, asumiendo los mismos criterios esbozados para la definición del perito. Entre estas se encuentran la prueba pericial de parte, que es el mecanismo tradicional de realizar esta clase de prueba, enmarcado en el hecho que son precisamente las partes en el proceso las que deben probar lo que afirman. Como

observamos, esta tipología se enmarca en la exigencia del sistema procesal de corte adversarial adoptado en la Constitución de la República del Ecuador (2008).

Por su parte, la prueba pericial de oficio, que procede cuando el órgano de la función judicial requiere del auxilio de un experto que lo instruya en un conocimiento especial que escapa de su dominio, particularmente, cuando los hechos o circunstancias han sido controvertidos y se requiere de una explicación que permita la comprensión de la realidad en examen, es utilizado este medio.

La distinción que antecede, también hace alusión a las formas de producción de este tipo de pruebas.

Cuando se alude a la prueba pericial de parte, la norma general del proceso, conforme lo previsto en el artículo 227, impone a las partes adjuntar el informe pericial, el cual debe ser anunciado y agregado a la demanda, contestación a la demanda, reconvencción o contestación a la reconvencción, con la salvedad de que el informe deberá ser realizado por un perito acreditado por el Consejo de la Judicatura.

En el ámbito penal, no son marcadas las diferencias entre la tipología dispuesta acerca del perito, la actividad pericial y la forma de producción de esta prueba, sin embargo, todos estos criterios deberán enmarcarse en los principios y garantías del sistema de corte adversarial que asume el proceso penal.

El peritaje judicial en el marco del Sistema Adversarial.

La promulgación de la Constitución de la República del Ecuador en el año 2008, cambia radicalmente el Sistema de Administración de Justicia, incorporando los principios de inmediación, concentración y contradicción, propios del sistema oral adversarial, donde las decisiones deben tomarse en la audiencia y en el marco de las garantías del debido proceso, que se materializan mediante el ejercicio idóneo del Derecho a la Defensa.

En este contexto, el Código Orgánico Integral Penal (2019), dispone como medios probatorios, los documentos, los testimonios y la prueba pericial, como mecanismos para que las partes procesales que se encuentran en una contienda judicial, puedan sustentar sus alegaciones.

Estos medios, dispuestos en el proceso penal ecuatoriano, se convierten en verdaderas garantías del debido proceso, que conjuntamente con los principios supra señalados, dotan a las partes de la posibilidad de controvertir las invocaciones expuestas, a través de los mecanismos que lícita y oportunamente se hayan incorporado al proceso.

Es así que el principio de contradicción, que sirve de sustento para declarar el mérito de la prueba, alude a la denominada bilateralidad de la que Couture (1998) precisa, consiste en el conocimiento de las partes sobre la producción de la prueba y la posibilidad de formular su oportuna oposición.

Así, el numeral 13 del artículo 5 de Código Orgánico Integral Penal (2019), contempla los principios procesales en el debido proceso, ubicando el principio de contradicción que a la letra señala: “Contradicción: los sujetos procesales deben presentar, en forma verbal las razones o argumentos de los que se crean asistidos; replicar los argumentos de las otras partes procesales; presentar pruebas; y, contradecir las que se presenten en su contra.”.

Se replica este contenido en los términos del numeral 3 del artículo 454 Código Orgánico Integral Penal (2019), que dispone: “Las partes tienen derecho a conocer oportunamente y controvertir las pruebas, tanto las que son producidas en la audiencia de juicio como las testimoniales que se practiquen en forma anticipada”, donde encuentra su asidero lo dispuesto en el artículo 505 del texto penal integral que consagra el testimonio de peritos, ordenando que

estos: “sustentarán oralmente los resultados de sus peritajes y responderán al interrogatorio y al contrainterrogatorio de los sujetos procesales”.

La única excepción a todas estas exigencias la encontramos en el numeral 15 del artículo 643 eiusdem. Norma que es objeto de interesantes polémicas en el foro jurídico penal, por la exclusión de estos últimos requerimientos en el caso de los informes que presentan los “profesionales que actúan en las oficinas técnicas de los juzgados de violencia contra la mujer y la familia”, expertos que, según la norma, no requieren rendir su testimonio en la audiencia, lo cual difiere de los aspectos antes anotados, que recordemos son de orden constitucional y legal.

El carácter científico del peritaje judicial.

El primer elemento que se desprende del medio probatorio en análisis, es el carácter científico del cual goza la pericia, ya que independientemente de su origen, sea este propuesto por las partes o por el juez o fiscal para formar su juicio, se le reconoce un alto nivel de confiabilidad, en virtud de que aporta una serie de conocimientos de orden científico, técnico o artístico, relacionados con la materia objeto de la controversia y que por su especialidad escapan del dominio de las partes.

Ahora bien, estas condiciones no exoneran al perito y al informe que este produce de ser sometido a los controles propios del sistema adversarial, precisamente, del riguroso escrutinio de este medio es que se desprende su valor probatorio.

Bajo este marco de análisis, el informe que recoge la actuación del perito judicial es un medio de prueba en el proceso, pero también se constituye en un valioso auxiliar de la función judicial, porque ilustra a los sujetos procesales sobre los hechos objeto de la controversia. Sin embargo, esta posición, si se quiere ecléctica, que asumimos los autores, no es compartida por una parte de la doctrina especializada, la cual no admite el carácter de prueba a la contribución que realiza el perito judicial, cuando sirve únicamente para ilustrar a las partes.

Precisamente, las discusiones sobre la naturaleza del peritaje judicial, no son de reciente data. Se sitúan algunos hallazgos en el siglo 18, en las consideraciones de Heusler (citado por Viada, 1951), que desde este tiempo advertía sobre esta dicotomía que se cierne respecto de la condición de perito y de su actuación como medio de prueba o como auxiliar del juzgador, tomando en consideración aspectos relativos a la dependencia del sistema de nombramiento (designación del juez o de las partes), ante lo cual concluye Viada (1951): que no hay una solución única para este problema, pero afirma que si el mismo es designado por las partes, entonces debe ser considerada su actuación como un medio de prueba; sin embargo, si es designado por el juez, entonces al tener una función de asesoramiento de oficio, podría considerarse como auxiliar.

Esto ha llevado a considerar a Echandía (2014) que la contribución del perito judicial al proceso, se trata de una verdadera declaración de ciencia porque es el resultado de la aplicación de estos criterios, con lo cual se estima que no se trata de un medio de prueba ya que con el informe el perito no pretende producir consecuencias legales, sino esclarecer al juez sobre determinado criterio. Ni siquiera puede ser tomado como una expresión de la verdad de los hechos, porque el perito no es un ser infalible. Su dictamen debe ser tomado como la exposición de un criterio que encuentra su validez en los aspectos técnicos o científicos que han servido de base en su construcción, de ahí la importancia de que este informe quede sometido a los principios que uniforman el Sistema Adversarial.

Corolario, la pericia judicial, actúa como un medio de prueba que permite dotar de conocimientos técnicos científicos al juzgador y a las partes del proceso, y que incide

directamente en la formación del convencimiento de estos sobre algunas condiciones del objeto de controversia que escapan del campo de su dominio o saber.

Como se instrumenta la pericia como medio probatorio en el ámbito penal

La forma como se instrumenta la prueba pericial en el proceso penal, sustenta la naturaleza de esta actuación. Particularmente, en el proceso penal se privilegia la elección del perito por las partes, y la forma de producción en la fase de juicio donde destaca la necesidad de que el experto rinda su testimonio, y se someta al escrutinio de las partes del proceso. Desde esta visión, no existen mayores cuestionamientos sobre el carácter de medio de prueba.

Empero, el cuestionamiento sobre su condición de prueba aparece cuando es la autoridad judicial o fiscal, los que requieren a una persona con conocimientos especiales para asistirlos u orientarlos porque se trata de hechos o circunstancias que ameritan ser aclarados o explicados a través del tamiz de la ciencia.

Respecto de esta controversia, la primera consideración que se esboza para evitar su cuestionamiento, es que el peritaje judicial quede sometido al examen de las partes, ya que de esta manera se controla el aspecto de la imparcialidad del dictamen, que como explica Vázquez (2018): “En los sistemas de tradición romano-germánica uno de los criterios más usados tanto para decidir la admisión de pruebas periciales como para su valoración ha sido la imparcialidad del perito entendida, en términos sumamente generales, como la ausencia de cierta relación del experto con las partes” (p. 69).

Estas relaciones implican una valoración de la actividad del juez, quien en muchos sistemas procede a nombrarlo con independencia de la voluntad de las partes, es decir, de oficio, lo cual aviva la dialéctica acerca de la idoneidad del dictamen que, no ha sido considerado o puesto a disposición de las partes, pero de donde el juez obtiene su convencimiento. En este sentido, se erigen algunas propuestas para que se establezcan controles que permitan instrumentar de manera adecuada esta facultad.

Entre las propuestas, se dispone el acompañamiento de los antecedentes que acreditan la idoneidad técnica de la persona del perito, especialmente se hace alusión a la rigurosidad de los mecanismos de designación del experto, y la previsión de algunos controles que permitan acreditar la objetividad e imparcialidad de la prueba pericial. En este particular consideramos que es vital, el sometimiento del dictamen pericial al examen de las partes, recordemos que a partir de este informe se produce el convencimiento o criterio del juez/a.

Así lo dispone el numeral 7, literal j del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), que textualmente demanda que: “Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo”, sin que distinga la norma alguna clase o tipología de pericia, de las previamente enunciadas. Adicionalmente, el artículo 505 del Código Orgánico Integral Penal (2019), refiere el testimonio de peritos señalando que, éstos tienen el deber de sustentar de forma oral los resultados de sus peritajes, y de responder al interrogatorio y al contrainterrogatorio de los sujetos procesales.

De igual forma, el párrafo tercero del texto integral penal, en su artículo 511 contempla una serie de reglas para la práctica de la prueba pericial, entre las cuales destacan algunas condiciones del perito, entre estas los conocimientos que se deducen de su especialidad, pero también la exigencia de estar acreditados por el Consejo de la Judicatura, lo cual implica que estos deberán desempeñar su función de forma obligatoria una vez que sea designado y

notificado del cargo para la realización de la actividad pericial. Actividad que también está sometida a una serie de condiciones que se expresan en los términos del ordinal 6 de esta norma.

Enfatizamos el contenido del numeral 7 del artículo 511 del Código Orgánico Integral Penal, donde se reproduce la obligación constitucional de comparecencia del perito a la audiencia de juicio, lo que permitirá rendir su dictamen de manera oral, pero también contestar las preguntas propias del interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes. Así mismo, el artículo 457 del texto integral penal, establece como criterios de valoración de los medios de pruebas, la revisión acerca de “su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales”.

En este sentido consideramos un acierto someter al perito y al dictamen pericial al escrutinio que exige la constitución y leyes del Ecuador, ya que la virtud de la prueba deviene del acogimiento de los principios del sistema adversarial en su producción. Si este no se somete a los criterios de validez dispuestos en la ley, entonces si es cuestionable el carácter de prueba.

Una condición adicional que se impone en el Ecuador para asegurar los términos de objetividad e imparcialidad del medio de prueba, es el banco de elegibles de peritos acreditados por el Consejo de la Judicatura, de acuerdo a la especialidad, e incluso la forma de acceder a expertos o especialistas que no se encuentren en este registro, conforme con el Reglamento del Sistema Integral de Peritos, expedido por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 040-2014.

Resaltamos como un acierto lo dispuesto en el artículo 222 del Código Orgánico General de Procesos (2018), que instruye de forma obligatoria la declaración de peritos, advirtiendo como consecuencia de su incomparecencia injustificada, que el informe carecerá de eficacia probatoria y además que el perito perderá su acreditación en el Registro del Consejo de la Judicatura.

Ahora bien, si este comparece a la audiencia, la dinámica que se estila es que: “las partes podrán interrogarlo bajo juramento, acerca de su idoneidad e imparcialidad sobre el contenido del informe, siguiendo las normas previstas para los testigos”. También, señala que las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito en el orden determinado para el testimonio. Ciertamente, la prueba pericial se ajusta a las demandas del testimonio por la importancia que en el proceso adversarial tiene esta declaración.

Un elemento a considerar es que, al culminar el contrainterrogatorio, pudiera surgir una divergencia con otro peritaje, en este caso, el juez/a podrá abrir el debate entre peritos de acuerdo con lo previsto en el Código Orgánico General de Procesos (2018). Finalizado el debate entre las y los peritos de acuerdo con lo previsto en esta norma, procederá el juez/a, a abrir un nuevo interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes, pero este versará únicamente sobre las conclusiones divergentes de los informes.

Finalmente, el artículo 226 del Código Orgánico General de Procesos (2018), asume la tipología conocida en la dogmática como el peritaje dirimente, al señalar que si luego del debate, frente a dos informes periciales contradictorios o divergentes, persisten las dudas sobre sus conclusiones, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 268 del COGEP, se podrá ordenar la práctica de un tercer peritaje de oficio. Respecto de circunstancia, se impone que la designación sea realizada en la misma audiencia de juicio, mediante sorteo, preciando el objeto de la pericia y el término para la prestación de su informe, el mismo que será puesto inmediatamente a conocimiento de las partes; para la práctica de este nuevo peritaje el Tribunal se verá obligado a suspender dicha audiencia. En consecuencia, el informe pericial permite la debida orientación del juez para la toma de sus decisiones en temas de complejidad técnicas o científicas, según lo dispuesto en el artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Corolario, los jueces deben ponderar las pericias objetivamente, justificando en su sentencia la mayor fuerza probatoria de un determinado informe según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos, basando sus decisiones en conjunto de todos los medios probatorios que tenga a su alcance.

La prueba se forja al calor del debate, su sustento es el derecho a la defensa. La defensa es consustancial al principio de contradicción, que ciertamente puede encontrarse vulnerado al momento que se omite la comparecencia del perito a la audiencia de juzgamiento, en virtud de que las partes procesales están impedidas de refutar, contradecir, preguntar, contradecir, así como objetar y aclarar el contenido del dictamen.

Conforme a lo explicado, el principio medular de esta discusión descansa en la contradicción que supone la contienda entre partes, toda prueba debe quedar sometida a esta contienda. La ausencia de este principio impide la construcción adecuada del medio, donde el principio dispositivo y de aportación de parte, nos alejan del enjuiciamiento de corte inquisitivo, ampliamente superado.

Desde esta perspectiva, es viable la instrucción contenida en el numeral 7 del artículo 130 del Código de la Función Judicial (2020), al

Disponer la comparecencia de las partes procesales, testigos y peritos, cuya presencia sea necesaria para el desarrollo del juicio, por medio de la Policía Nacional. Esta medida no podrá tener una duración superior a veinticuatro horas, pero podrá reiterarse cuantas veces sea necesario hasta que se dé cumplimiento a la orden de comparecencia, sin perjuicio de que la jueza o juez imponga la multa de dos salarios básicos unificados del trabajador en general, salvo caso fortuito o fuerza mayor.

Se infiere de la norma la necesidad de comparecencia de estos sujetos, los cuales son vitales para el desarrollo del proceso, pero en el marco de nuestra reflexión, es un avance que se imponga la comparecencia obligatoria de los peritos, para garantizar los criterios previamente esbozados. Es así como el Consejo de la Judicatura tiene la facultad de llevar un registro de los peritos autorizados y reconocidos como idóneos, para coadyuvar en esta función.

En fin, el valor probatorio de la prueba dependerá de factores tales como suficiencia, metodología, aplicación, aceptación de la comunidad, calificaciones, parcialidad y discrecionalidad del tribunal para aceptar la prueba y adjudicarle su justo valor. Aun cuando se estima el carácter científico de la pericia, la esencia de esta actividad como prueba se ubica en la posibilidad de que esta pueda estar sometida al escrutinio de las partes en el proceso, por lo que es imperativo que el informe se encuentre a disposición plena de las partes y con anterioridad a la celebración de la audiencia de juicio.

Reflexiones finales acerca de la dialéctica sobre el mérito probatorio del peritaje judicial.

Uno de los mayores exponentes acerca de la dicotomía sobre el mérito probatorio del peritaje judicial es sin duda Picó i Junoy (2001), quien ilustra sobre las distintas concepciones en torno a la prueba pericial como medio de prueba o como auxilio de la función judicial.

En este sentido, el autor expone que, ciertamente debe considerarse como un medio de prueba, y este es el carácter que históricamente se le ha concedido, en la consideración acerca de que la finalidad del dictamen emitido por el experto es incidir en el convencimiento del juez sobre los elementos, circunstancias o condiciones que han sido dictaminados, y es en este sentido, que la actividad de estos profesionales expertos, está dirigida a demostrar o probar que un hecho ocurrió de una u otra forma, logrando con ello fijar una certeza científica sobre el objeto de la controversia.

Respecto de la segunda concepción, que no la estima a la prueba pericial como medio de prueba sino como un mecanismo auxiliar del juzgador, que está condicionado por la forma en que ingresa este conocimiento al proceso, en virtud de entender que, si sirve únicamente para ilustrar o complementar el conocimiento del juez, sin que sea posible dar un debate acerca de su idoneidad, entonces cumple una función de asesoramiento o de auxilio restándole el valor de medio de prueba.

Compartimos en esta reflexión la posición de Schönke y Viada (1951), que considera que esta institución puede ser un medio de prueba en el sentido técnico del término, pero que igualmente puede desarrollarse como una actividad auxiliadora del juzgador en torno a la valoración fáctica de la prueba.

Solo que, en nuestra percepción sobre esta dialéctica, que involucra más de tres posturas al respecto, agregamos la necesidad de que la misma quede sometida a los principios del Sistema Adversarial, ya que el dictamen pericial puede no solamente ser el sustento de la sentencia, sino que del mismo pueden deducirse consecuencias importantes para el proceso, lo cual es una de las condiciones que caracterizan a los medios de pruebas.

La eficacia de la pericia judicial radica entonces en que la convicción del juez se forme a partir de la construcción de este conocimiento luego que las partes puedan escrutar el contenido y la idoneidad del informe. Antes de que se produzca este examen, no puede valorarse como medio de prueba. Recordemos que, la labor del perito, independientemente de cuál sea su calificación jurídica, está orientada a colaborar con el proceso en el esclarecimiento de los hechos objetos de la contienda.

Dentro de esta apreciación, existen innumerables reglas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que buscan dotar de eficacia a este medio de prueba, entre las cuales destacan que el informe pericial deberá ser conducente, pertinente y útil para el objeto de la controversia, debe ser practicado conforme a la ley, y el perito debe actuar en todo momento con lealtad procesal y veracidad, pero además debe sustentarse en la audiencia de juicio, donde las partes podrán realizar un examen exhaustivo de su contenido, momento que servirá para el esclarecimiento de sus pretensiones.

Para Etxeberria (2003), son los principios dispositivos y de intermediación en materia probatoria, los que dotan de validez a los medios dispuestos en la ley, ya que se obliga las partes y no al juez a aportar la prueba.

En consecuencia, el peritaje judicial como fuente de conocimiento técnico-científico del juez es un medio de prueba idóneo, a pesar de esta consideración, la valoración que el juez efectúa del dictamen de estos expertos debe atender a las reglas de la sana crítica, donde ilustra Orellana (2017), el juez debe entender que esta prueba no debe prevalecer sobre el resto de las pruebas incorporadas en el proceso, requiriéndose un razonamiento y motivación sobre el aporte de cada uno de los medios a la formación de su convencimiento.

Finalmente, con Botter (citado por Vázquez, 2018), asumimos las grandes ventajas que tiene un perito imparcial de designación judicial, entre las cuales se encuentran:

- ayuda al juez de los hechos a llegar a un resultado correcto, aumenta la predictibilidad de las decisiones, ayuda en la valoración del caso, pone a disposición expertos cualificados y fiables que, de otra manera, se rehusarían a participar y provee de un peritaje que disminuirá el tiempo del proceso (p. 70)

Con esto queda claro que, el perito judicial como auxiliar de la Administración de Justicia, contribuye de forma idónea a la finalidad que le ha sido encomendada a la prueba, esto es, de acuerdo con el artículo 453 del Código Orgánico Integral Penal (2019), “llevar a la o al juzgador

al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada”, para esto se deben cumplir todas las formalidades y requisitos que exige la ley.

Conclusiones.

En torno a la dicotomía sobre el mérito probatorio del perito judicial, que ha sido el objeto de esta reflexión, los autores asumen la posición de que el peritaje judicial, tal y como lo expresa el Código Orgánico Integral Penal con vigencia desde el año 2014, reformado en el año 2019 debe considerarse como un medio de prueba aun cuando el perito sea nombrado por el juez/a para formar su convicción a partir del conocimiento científico o técnico que le aporte el dictamen. Lo cual lo convierte en un asesor idóneo de la administración de justicia.

El valor de este medio se soporta en la contribución que brinda al Sistema de Administración de Justicia, y en especial al juez/a sobre algún conocimiento científico o técnico que sirva para establecer ciertos hechos controvertidos, pero también en el cumplimiento de una serie de requisitos que aseguren el contenido de los principios de orden constitucional y legal que lo sustentan, los cuales fungen como mecanismos de control sobre la idoneidad y objetividad de esta prueba.

Insistimos que, el carácter científico de este medio de prueba aunado al control que pueden ejercer las partes acerca de los términos de su producción, lo aleja de toda pretensión de subjetividad, convirtiéndolo en un medio determinante en la comprobación de los hechos sometidos a la consideración del juez/a y para garantizar las resultas del proceso. En este sentido asumimos una posición ecléctica que encuentra su asidero en la contribución científica del medio, que adquiere el carácter de prueba una vez que se acredite el cumplimiento de los estándares del Sistema Adversarial, que se recoge en los distintos instrumentos legales que rigen su producción en el Ecuador.

Referencias bibliográficas.

- Aguirrezabal, M. (2012). Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 19(1), 335-351. Recuperado de <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532012000100010>>
- Asamblea de la República del Ecuador (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito, Ecuador. Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.
- Asamblea de la República del Ecuador (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito, Ecuador. Diario Oficial. Registro Oficial 180. 10 de febrero de 2014. Primer Suplemento N° 107, del 24 de diciembre de 2019. Estado: Reformado.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2014). Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial. Edición Especial N° 125. 28 de abril de 2014. Estado: Reformado..
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2018). Reformatoria del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial. Resolución 075A-2018. Registro Oficial 353. 23 de octubre de 2018.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2015). Código Orgánico de la Función Judicial. Ecuador. Ley 0. Registro Oficial Suplemento 544. 09 de marzo de 2009. Última modificación: 22 de mayo de 2015. Estado: Vigente.

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2018). Código Orgánico General de Procesos. Ecuador. Ley 0. Registro Oficial Suplemento 506. 22 de mayo de 2015. Última modificación: 21 de agosto de 2018. Estado: Reformado.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2019). Código Orgánico Integral Penal. Ecuador. Diario Oficial. Registro Oficial 180. 10 de febrero de 2014. Última modificación anotado en Registro Oficial 107. 24 de diciembre de 2019. Estado: Reformado.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2020). Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico de la Función Judicial. Ecuador. Registro Oficial Suplemento 345. 8 de diciembre de 2020. Estado: Vigente.
- Benigno, E. (2012). Consejo Nacional de Competencias - Senplades Plan Nacional de Descentralización 2012-2015. In Relaciones Internacionales.
- Cabanellas, G. (2003). Diccionario Jurídico Elemental (Nueva Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas). Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.
- Cafferata Nores, José (2001). La Prueba en el Proceso Penal, Ediciones Jurídicas Times, Bogotá Colombia.
- Cafferata, J y García, G. (2003). *La prueba en el proceso penal con especial referencia a la ley 23.984*. Buenos Aires: Lexis Nexis Depalma.
- Carrara, F. (1993). Programa de Derecho Criminal, Parte General. Sección III, Volumen III, Bogotá: Editorial Temis.
- Consejo de la Judicatura (s/f). Sistema Pericial. Consulta de Peritos Acreditados. Recuperado de < https://appsj.funcionjudicial.gob.ec/perito-web/pages/peritos_nacional.jsf >
- Consejo de la Judicatura (s/f). El Perito de la Función Judicial. Recuperado de < <https://www.gob.ec/cj/tramites/perito-funcion-judicial> >
- Couture, E. J. (1998). Estudios de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Culzoni, J. (2007). Tratado de la prueba judicial: El testimonio. Bogotá: Biblioteca Ref.
- Echandía, H. D. (2014). Teoría General de la Prueba Judicial Tomo II (sexta edición). Bogotá: Editorial Temis.
- Etxeberria, J. (2003). Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ferrajoli, L. (1995). Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta.
- Framarino Dei Malatesta, N. (2002). Lógica de las pruebas en materia criminal. Bogotá. Colombia: Temis, 4ª edición.
- Gascón Abellán, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Número 28.
- Nieva- FenollJ. (2020). Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. *Estudios De Derecho*, 77(170), pp. 117-148. Recuperado de <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n170a05>
- Orellana, R. (2017). “Un estudio crítico sobre los diferentes sistemas de designación de peritos y sobre las listas de peritos de la lec ” en Joan Picó i Junoy (dir.) “Peritaje y prueba pericial”, J.M. Bosch Editor, 1ª edición.
- Picó i Junoy, J. (2001). La prueba pericial en el derecho civil español: Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Madrid: J. M. Bosch Editor
- Richard, M. (2017). “Problemas de la prueba pericial en el proceso penal” en Joan Picó i Junoy (dir.) “Peritaje y prueba pericial”, J.M. Bosch Editor, 1ª edición.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El Juez y la reconstrucción de los hechos*. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

- Vázquez, C. (2018). La im/parcialidad pericial y otras cuestiones afines. Confiabilidad, desacuerdos y sesgos de los expertos. *Isonomía*, (48), 69-107. Recuperado en 09 de mayo de 2021, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182018000100069&lng=es&tlng=es.
- Viada, C. (1951). Naturaleza jurídica de la pericia. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo IV (1), pp. 43-68. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2770980.pdf>.