

glas de la sana crítica, pudiendo separarse de aquellos dictámenes aunque fueran conformes. Mas cuando el punto exigiese conocimientos que se considerasen dar resultados exactos, y los peritos llamados á emitir el dictámen fueran personas acreditadas en aquellos y estuvieren todos unánimes, debe atenderse el juez á su parecer, pues que así lo aconsejan las reglas de la sana crítica. Si hubiese discordancia, dichas reglas aconsejan al juez inclinarse al dictámen del mayor número, y siendo el número igual, al de los mas inteligentes, ancianos ó prácticos en la materia; y en igualdad de circunstancias, á los que favorecen al demandado. Adviértase que aquí tratamos de la apreciación del juez aplicada solamente al dictámen general de los peritos, pues que este perdería mas ó menos de su fuerza, según que fuese mas ó menos desvirtuado por las demás pruebas, puesto que es regla que el juicio de peritos deja entera libertad á la defensa. — (A. del T.)

#### JUICIO PERICIAL EN LO CRIMINAL.

##### SUMARIO.

123. Aplicación del juicio pericial á la instrucción preparatoria.  
 124. Al debate público.  
 125. Nombramiento de peritos. Hasta dónde llega el poder discrecional del presidente.  
 126. ¿Es obligatorio en lo criminal el ministerio del perito?  
 127. Modo de oírse á los peritos.  
 128. Fé de su dictámen.  
 129. Importancia dada en Alemania á la medicina legal.

123. En las legislaciones en que, como la de Austria (Cod. de proc. pen. de 1853, §. 253) se sujeta al juez al juicio pericial, se ha debido someter á reglas precisas los dictámenes dados por los peritos en materia criminal. En Francia, donde esta prueba no puede formar mas que un elemento de convicción, no la encontramos mencionada sino en lo concerniente á la instrucción preparatoria.

Ya hemos visto, que según los términos del art. 43 del Código de instrucción ó procedimiento criminal, el magistrado encargado de efectuar las primeras diligencias del sumario se hace acompañar en caso

preciso, por una ó dos personas á quienes se presume, por su arte ó profesion, capaces de apreciar la naturaleza y las circunstancias del delito. Así, cuando se trata de uso de llaves falsas, fractura, etc., deberá llamar á albañiles ó cerrajeros para que caractericen bien los hechos

El art. 44 del Código, reproduciendo la ordenanza de 1670 (tit. 4, art. 1º), así como una declaración del 5 de Setiembre de 1712, quiere que siempre que se trate de muerte violenta ó de una muerte cuya causa es desconocida y sospechosa, den uno ó dos ayudantes de médico su dictámen sobre las causas de la muerte y el estado del cadáver (1). Aquí, á diferencia de los dictámenes mandados dar en juicio, no es necesario que asista un doctor, porque puede no encontrarse ninguno en la población. Pero siempre que esto sea practicable, como lo es por lo comun en las ciudades, convendrá llamarle con preferencia. Así se evitará el peligro que indica M. Orfila, en su Tratado de medicina legal (cuarta edición, tomo 1º, pág. 37). "La experiencia demuestra, dice, que la mayor parte de juicios periciales médico-legales, aparecen incompletos y mal producidos, solo porque los primeros peritos á quienes se llama, por falta de conocimientos suficientes han descrito mal los hechos ó descuidado comprobar cierto número de otros, que no es posible consignar mas adelante." Las personas así llamadas prestan juramento de hacer su relato y de dar su dictámen en honor y conciencia. Una sentencia del 16 de Julio de 1829 decidió que la fórmula de este juramento no es sacramental y puede suplirse con espresiones equivalentes. Esta decision razonable parecería deber aplicarse á todo juramento que se presta de buena fé; pero desgraciadamente veremos en otros casos exigir la ley, armándose con un rigor exagerado, ciertas palabras determinadas, bajo pena de nulidad.

1. En Inglaterra se encarga á un magistrado elegido por los propietarios del condado que haga consignar por un jurado los casos de muerte violenta, ó por lo menos que se presumen tales. Llámase á aquel magistrado *coroner* [coronator] porque sus funciones se refieren principalmente á las causas de la corona.

124. En lo relativo á los debates, aun en los crímenes enormes, guardan silencio nuestros Códigos sobre el juicio pericial; pero no por eso deja de tener gran uso é importancia en ellos. Debe recurrirse á él, bien sea que no haya tenido lugar el juicio pericial en la instrucción preparatoria, bien que haya sido juzgado insuficiente, pero no es necesario que se proceda á dicho juicio pericial en presencia de las partes, como en materia civil, (sent. de cas. de 2 de Enero de 1838.) Además, en ciertos casos, aunque no exija la apreciación del hecho conocimientos especiales, convendrá, por razon de la publicidad de los debates, tomar este camino cuando se opusiere á la decencia un exámen ó reconocimiento directo. Así, es censurable la conducta de un presidente del tribunal criminal del Sena, que en 1826 ordenó á una señora descubrirse el pecho en plena audiencia para consignar las señales que habia causado en él la inyección de una agua corrosiva.

125. Cuando se requieren conocimientos en la medicina, el artículo 27 de la ley de 19 ventoso, año XI, no permite confiar las funciones de peritos ante los tribunales sino á médicos ó cirujanos que habian recibido sus títulos según las formas antiguas, ó á doctores recibidos, según las establecidas por esta misma ley. Fuera de esta hipótesis, el juicio pericial, no hallándose reglamentado por el Código de procedimiento criminal, no es mas que un modo de que se usa en virtud del poder discrecional (1) (Cód. de instr., artículo 268) para conseguir el descubrimiento de la verdad. Así debe admitirse como se ha juzgado por los intérpretes (sent. deneg. de 2 de Marzo de 1827), que en lo criminal puede desempeñar las funciones de perito toda persona, aunque sea un extranjero, puesto

1. Este poder atribuido espresamente por la ley al presidente del tribunal criminal existe en las jurisdicciones inferiores, sino respecto del presidente, al menos del tribunal? Puede adoptarse la afirmativa en el sentido de que se pueda mandar siempre de oficio lo que puede ilustrar al tribunal, pero no en el sentido de que éste se pueda desviar de las formas ordinarias, por ejemplo, de la obligación de hacer prestar juramento á los peritos [sent. de cas. de 23 de Enero de 1841].

que el presidente del tribunal tiene el derecho de hacer oír á toda persona (*ibid.*, art. 269). Y se ha aplicado á los peritos lo que dice la ley sobre los testigos, decidiendo, que las personas así llamadas podrían dejar de prestar juramento (art. cit. 269). Pero si se comprende que sea útil dispensar del juramento á testigos que, según veremos, fueran tachables en principio, no se vé tan claramente qué ventaja ofrezca oírse á los hombres de arte sin esta garantía.

El poder discrecional tiene, no obstante, sus límites; aunque el texto que prohíbe nombrar intérprete de entre los jurados ó entre los jueces (*ibid.*, art. 222) no se aplique literalmente á los peritos, parece que esta es simplemente una aplicación del principio constante que no permite á una misma persona acumular dos cualidades contradictorias. Háse juzgado, sin embargo, (sent. dec. de 26 de Junio de 1828), que el presidente de un tribunal criminal pudo levantar por sí mismo y presentar en los debates un plano que figurase los sitios donde se cometió el crimen. Pero esta decision nos parece difícil de admitir; ¿por qué acaso debe entenderse el poder discrecional en el sentido de que el presidente pueda, no solamente ordenar, sino hacer él mismo (lo cual es por lo menos extraño) las operaciones que crea útiles para que aparezca la verdad?

126. El ministerio del perito facultativo en materia civil, ¿no debe ser obligatorio en materia criminal, en razon de la gravedad de las cuestiones que se trata de resolver? En vano se dice que á diferencia del testigo, el perito puede ser reemplazado (V. Mittermaier, cap. 28, n.º 7); porque hay tal persona que tiene conocimientos especiales, y que por lo mismo, se encuentra mejor que otra alguna en el caso de dar noticias preciosas sobre el punto litigioso. Así, la antigua jurisprudencia era demasiado severa con los médicos y cirujanos que desobedecían la orden del juez rehusándole su ministerio, puesto que según ella podían perder por esto sus gra-



dos. Nuestras leyes modernas no han dictado ninguna pena especial por semejante negativa, y este es uno de los casos en que hay que sentir la falta de toda jurisdicción disciplinal en el cuerpo de facultativos de medicina. Sin embargo, el tribunal de casación, con fecha 6 de Agosto de 1836, se ha creído autorizado para aplicar á un ayudante de médico, que se negó á hacer la inspección de un cadáver, el art. 475, núm. 2.º del Código penal, que impone una multa de seis á diez francos á los que, pudiendo, "rehusen ó descuiden hacer los trabajos, ó prestar los servicios ó auxilios á que hayan sido requeridos, en los casos de accidentes, tumultos, naufragios, inundaciones, incendios y otras calamidades, así como en los de salteamientos, pillaje, flagrantes delitos, asonada ó ejecuciones judiciales." Pero debe notarse que esta tasación es muy débil, y que, además, suponiendo urgencia el art. 475 del Código penal, no es susceptible de recibir su aplicación sino en la instrucción preparatoria ó sumario, cuando es de temer que hayan desaparecido, al verificarse la audiencia, los rastros de un crimen reciente; cuando se trata de una obra enteramente intelectual, de una especie de consulta, no hay ya peligro en la dilación, falta la sanción penal, y el deber de aceptar la misión del perito no se funda sino en las leyes del honor y de la moral.

127. Lo innegable es, que el oír á los peritos en la audiencia para explicar sus informes ó dictámenes, aunque es facultativo en lo civil, es necesario en lo criminal, en el hecho de requerirse (Sent. de cas. de 12 fruv., año XI). No se puede rehusar un debate oral sobre puntos tan graves, desde que este debate es provocado como necesario para la manifestación de la verdad (Cód. de inst., art. 408).

128. En cuanto á la fé que se debe á este informe, no es mayor en lo criminal que en lo civil. Es siempre permitido separarse del dictamen de los peritos, y la audiencia ó el tribunal tienen siempre la facultad de ordenar un nuevo informe

(1), facultad de que se hizo una aplicación notable en la causa de Lafarge. El principio sobre que el parecer ó dictamen de los peritos no puede sujetar al tribunal, si no se funda en razón y en verdad, aunque desechado por el Código de procedimiento penal austriaco de 1853 (§ 253), propende no obstante en el día á prevalecer en Alemania (Ord. crim. de Prusia, § 388: Cód. bavaro, art. 265). Pero conviene no separarse arbitrariamente de la opinión emitida por los hombres que tienen conocimientos enteramente especiales. Bajo este concepto, importa examinar sobre todo tres puntos (V. Mittermaier, cap. 30): 1.º Las leyes científicas en que se fundan los peritos, ¿son constantes ó sujetas á controversia? 2.º ¿Es la aplicación de estas leyes científicas conforme á las leyes de una sana lógica? 3.º ¿Están las declaraciones de los peritos en relación con las confesiones del acusado y con las declaraciones de los testigos? Agreguemos á esto, con la opinión de un jurisconsulto inglés (M. Löffl, citado por M. Greenleaf, tom. III, pág. 138, nota 1.ª), que la opinión de los hombres del arte merece mucha más fé cuando es afirmativa que cuando es negativa.

129. Se han quejado en Francia con frecuencia de lo que tiene de arbitrario en la práctica la elección de los peritos y de la inesperienza, no solamente de los jurados, sino de los magistrados en lo concerniente á las cuestiones de medicina legal. M. Mittermaier (nota final del cap. 20) hace observar, que en Alemania hay en cada tribunal un médico legal encargado de los juicios periciales, en cada provincia un colegio médico, ó al menos un relator perito, y en cada cabeza de gobierno un colegio médico superior. Además, todo estudiante de derecho está obligado á seguir un curso de medicina legal.

Siendo el juicio ó dictamen pericial tan útil y aun necesario en lo criminal como

1 Según la ley de Wurtemberg [arts. 101, 102, 294] es necesario segundo informe en lo concerniente á medicina legal, y en caso de duda, debe prevalecer la opinión favorable al acusado.

## SEGUNDA PARTE.

## FUERZA O FE DEL TESTIMONIO.—PRUEBAS PROPIAMENTE DICHAS.

## SUMARIO.

130. Pruebas propiamente dichas que se apoyan en el testimonio.

131. De la prueba simple y de la prueba legal.

132. Utilidad de las pruebas preconstituidas.

130. Hemos terminado lo que teníamos que decir sobre la prueba directa que resulta de la experiencia personal, ya en cuanto á esta prueba misma, ya en cuanto al juicio pericial, que es su auxiliar. Las demás pruebas que no se refieren de esta suerte á la evidencia, tienen de común con ella que se aplican á hechos que han ocurrido fuera de la esfera del juez. Pero se distinguen por la vía que sigue el juez para apreciar estos hechos. Ya hemos visto que se llaman especialmente *pruebas* aquellas en las cuales apela al testimonio del hombre; y *presunciones*, aquellas en las cuales se apoya solo en hechos del orden físico ó del orden moral. En esta categoría nos ocupamos de las pruebas propiamente dichas, es decir, del uso que se hace del testimonio, tomando esta palabra en el sentido más lato (núm. 15), para llegar al conocimiento de la verdad.

131. En cuanto á la marcha que conviene seguir para adquirir testimonios sobre los hechos pasados, se pueden concebir dos sistemas absolutos. El primero de estos sistemas consiste en consignar un hecho judicial, lo mismo que un hecho de cualquier otra naturaleza, investigando sin

en lo civil, se halla también prescrito por la legislación y jurisprudencia española, tanto en los reconocimientos ó inspección ocular que verifica el juez cuando para ello se requieren conocimientos facultativos por lo común, al formar el sumario, v. gr., para examinar y reconocer heridas, instrumentos, armas y demás necesario para descubrir el cuerpo del delito, como en el curso del proceso, para que den su dictamen ó ilustren los hechos sobre que versa la causa criminal en lo que requiera conocimientos facultativos.

Respecto á la cuestión que suscita Mr. Bonnier en el núm. 126 sobre si el ministerio de los peritos es obligatorio en lo criminal, por derecho español, no puede menos de ser obligatorio, atendiendo á la importancia del asunto de que se trata, y así como lo es la comparecencia como testigo, según el real decreto de 11 de Setiembre de 1820 restablecido en 30 de Agosto de 1836 que previene en su artículo 1.º, que todos sin distinción alguna están obligados en cuanto la ley no les excusa, á ayudar á las autoridades, cuando sean interpellados por ellas para el descubrimiento, persecución y arresto de los delincuentes, y el artículo 2.º que toda persona de cualquiera clase, fuere y condición que fuese, cuando tenga que declarar como testigo en una causa criminal está obligada á comparecer para este efecto ante el juez que conoce de ella, luego que sea citada (Véase, no obstante, sobre este punto, lo que decimos al tratar de la prueba de testigos).

Acercas de la fuerza de la prueba pericial en las causas criminales, rige la misma doctrina que en los pleitos civiles sobre que el juez no está sujeto al dictamen pericial, con tanta mayor razón cuanto es más delicada y de mayor importancia y trascendencia esta clase de prueba en materia criminal que en materia civil. "Aunque por lo común son muy atendidas en todos asuntos las declaraciones de los peritos, dice un profundo escritor, deben mirarse, no obstante con mucho cuidado y reserva, los dictámenes dados sobre estas materias tan delicadas y trascendentales en que es tan fácil y de tanta consecuencia el error. De aquí es, que está en manos de los jueces conformarse con tales pareceres ó desecharlos, según las circunstancias y demás adinículos. Y cita en apoyo de esta doctrina la misma ley 118, tit. 18, Part. 3, ya mencionada. Véase la A. al núm. 122.—(N. de C.)

El art. 1.º del Código penal fracción 2.ª impone á todos los habitantes del Distrito federal y territorio de la Baja California el deber de dar auxilio á las autoridades

des para el descubrimiento de los delitos. La ley transitoria de 7 de Diciembre de 1871 hablando de los peritos en medicina, dispone que cuando no haya más que un médico en las poblaciones de la Baja California este hará los reconocimientos que fueren necesarios en las causas criminales dando las certificaciones convenientes para que pasándose al médico más inmediato dé su parecer, y si este no estuviere de acuerdo con el primero, se pasará á otro facultativo cuyo parecer servirá de base al proceso. Donde no hubiere médicos titulados, los reconocimientos y calificaciones se harán por el práctico del lugar, teniendo el juez cuidado de que haga una descripción de todas las circunstancias del caso para que los facultativos á quienes se les pase, puedan fundar su opinión. Si hubiere discordia se pasará la causa á otro médico [art. 3.º y 4.º]—[N. de los EE.]