

ASPECTOS GENERALES SOBRE LA TEORIA DE LA PRUEBA Y LA PRUEBA PERICIAL

Presentación del Lic. Eduardo Rodríguez Jr.

A. GENERALIDADES.

Mucho se ha dicho y escrito sobre la teoría general de la prueba en los procesos jurisdiccionales. Reconocidos autores se han referido a la cuestión probatoria, no sólo con una preocupación de los procesalistas sino también, en épocas más recientes, como una materia de interés de los estudiosos de la Jurisprudencia y de la Doctrina Constitucional, toda vez que se trata de un elemento integrante de la tutela judicial y del debido proceso, por lo cual se explica que hoy haya despertado el interés de los juristas desde una óptica constitucional.

Por otra parte, la prueba que fue considerada por mucho tiempo sólo como una carga o deber de las partes, en su concepción actual rebasa el concepto de carga para constituirse en un derecho de carácter fundamental que incluye entre otros:

- a. El derecho a proponer y obtener pruebas**
- b. El derecho a objetar e impugnar las pruebas**
- c. El derecho a participar en la práctica de pruebas**
- d. El derecho a que el Juez valore en las sentencias las pruebas aportadas en el proceso, según la regla de la sana crítica o libre convicción.**

e. Finalmente, el derecho a costas cuando las partes no rindan ninguna prueba para acreditar los hechos de la Demanda o de la Contestación de la Demanda. (Art. 1071 del C. J.)

Reconocido el amplio universo de la cuestión probatoria, nos limitaremos a señalar que en su concepto más abstracto **se reconocen como medios de prueba los diversos instrumentos o elementos utilizados dentro del proceso y dirigidos a producir el convencimiento del Juez respecto a las aspiraciones de las partes.** Es decir, que en la indagación de los hechos controvertidos, la prueba es un aspecto esencial de la función jurisdiccional, ya se trate de un procedimiento ordinario civil, penal o dentro del Proceso Arbitral.

Como señala el autor, Dr. Jorge Fábrega en su obra “**Teoría de la Prueba**”, el proceso normalmente tiene varias fases principales, entre las cuales **destacan la fijación del objeto del proceso; la prueba; los Alegatos; la decisión; las impugnaciones y la decisión en firme.** Es en esta estructura, reconocida como proceso, es que la prueba adquiere una importancia determinante.

Dentro de esta visión del proceso, se reconocen como medios de prueba el testimonio, el documento, la inspección judicial, la confesión, el indicio y **el peritaje**, además de otras por enumerar.

Desde una perspectiva muy actualizada, se identifican como sistemas de prueba más reconocidos los siguientes:

- a. **El sistema tradicional de numerus clausus, que tuvo sus orígenes en Roma, pasando por España al derecho patrio.**

- b. **Otros más evolucionados, que sin mantener el carácter taxativo, amplían mediante interpretación analógica otros medios acordes con el avance y descubrimientos tecnológicos, reconociendo como medio de prueba las cintas magnetofónicas, los videos y otros medios hablados y escritos, sin excluir a recientes métodos científicos.**

- c. **Sistema de numerus a pertus, que según los códigos procesales modernos, admiten cualquier tipo de prueba que no esté prohibido por la Ley, no viole derechos humanos ni sean contrario al orden público.**

En el Derecho Positivo Panameño, si bien es cierto, el Código Judicial establece un **Sistema de numerus a pertus** sobre medios de prueba, consignando como referencia un listado prolijo de medios de prueba, a juzgar por algunos autores como excesivos, amplía los medios de prueba a cualquier otro medio racional que sirva a la formación o convicción del juez siempre que no esté prohibido por la Ley o sea contrario al orden público.

B. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PERICIA.

Las posiciones doctrinales en torno a la naturaleza jurídica de la **pericia** son controvertidas, como lo es también la **inspección judicial** y la **prueba indiciaría**.

Un sector de los autores considera que la pericia constituye un medio de prueba mientras que otros, incluyendo algunas legislaciones como la Italiana, consideran que más que un medio de prueba, el Perito actúa como un auxiliar de Juez y por lo tanto, le niegan el carácter de medio de prueba.

Para algunos autores la Pericia más que un medio de prueba representa un elemento subsidiario para la evaluación de la prueba o para la solución de una duda. Para otros, la Pericia no hace más que integrar una posibilidad científica a la actividad del Juez y por lo tanto, no la consideran como fuente o medio de prueba.

Otro sector de la doctrina científica, considera al Perito como un auxiliar de los jueces en el Proceso y la pericia como un medio de integración de la verdad, calificando como un verdadero medio de prueba.

De acuerdo a nuestro Código Judicial y lo expresado por la Jurisprudencia nacional, el Peritaje constituye un medio de prueba, mediante el cual la partes se valen de una persona, el Perito, es

decir de un particular considerado por la ley como un auxiliar de los Tribunales, tal como lo establece el Artículo 221 del Código Judicial, mismo que posee conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos para asesorar al Juez y facilitar sus conocimientos para decidir sobre hechos controvertidos.

C. CONSIDERACIONES SOBRE LA PRUEBA PERICIAL

Con la evolución de los sistemas económicos, la complejidad de las transacciones financieras y comerciales, la aplicación de tecnologías de punta en distintos campos del quehacer humano, entre otras particularidades de la vida moderna, han hecho que las relaciones contractuales de cualquier tipo o naturaleza versen sobre especialidades complejas y sofisticadas, que en su momento se trasladan a las divergencias que surgen entre las partes contratadas, produciendo el carácter técnico de numerosos procesos.

Esta realidad de nuestros tiempos ha impuesto la necesidad de que los Juzgadores se valgan del auxilio de profesionales y especialistas en determinadas materias o disciplinas del entendimiento humano, a efectos de recibir de éstos la debida asesoría sobre temas que no corresponden a la materia de su especialización.

En cuanto a la función que cumplen los Peritos en la instrumentación de la Prueba Pericial en los procesos jurisdiccionales, ya hemos comentado sobre las dos posiciones principales respecto al **Peritaje, Peritazgo o Pericia** como también se denomina.

1. Cuándo se requiere la actuación de un Perito en un proceso Jurisdiccional

En los juicios arbitrales en derecho, donde se plantean cuestiones ajenas a la Ciencia Jurídica y, por ende no son materia del conocimiento

de abogados y juzgadores, es muy dable que las partes pretendan probar algunos hechos de la controversia mediante el auxilio de Peritos que puedan orientar al Tribunal sobre materia de determinada especialidad y que sirva para orientar la decisión de los juzgadores.

También ocurre que en los Procesos Arbitrales en Equidad, donde el Tribunal está conformado por especialistas interdisciplinarios, las partes de igual manera pueden acudir a la Prueba Pericial para llevar a la convicción de los juzgadores, la prueba sobre hechos que se disputan y que tengan que ver con materia especializada, disciplinas o ramos de la actuación humana.

2. Posiciones Doctrinales frente al Peritaje

Existen en la Doctrina dos posiciones prevaletes respecto al peritaje (Peritazgo o Pericial como también se le denomina).

La primera, que considera la **práctica pericial** como un medio para aportar cierto tipo de datos de carácter científico, técnico o especializado al proceso, aunque la fuente misma de dichos datos no conste en el proceso.

Una segunda posición doctrinal, sostiene que **el Perito debe limitarse a ofrecer a los juzgadores el asesoramiento necesario para la constatación o mejor esclarecimiento de la cuestión fáctica o de algún suceso de influencia que conste en el proceso**, y que haga necesario o conveniente su asesoramiento científico, artístico o práctico.

Esta segunda posición o sistema lo sigue el Código Judicial Panameño, según se interpreta el Artículo 973 del Código de Procedimientos Nacional.

Con relación a esta disposición, observamos que la misma contiene elementos de suma importancia entre los cuales se destacan los siguientes:

- 1. La obligación del perito de estudiar personalmente la materia del dictamen.**
- 2. La facultad de solicitar aclaraciones de las partes, requerir informes, visitar lugares y realizar, inclusive, experimentaciones requeridas por su dictamen.**
- 3. Exigir la colaboración de las partes y solicitar el acceso a los lugares que considere necesario para los fines de su dictamen.**
- 4. La opción de solicitar al Juez que ordene a las partes su colaboración en el caso de que deliberadamente impidan la práctica del dictamen.**

Un sector mayoritario de la Doctrina considera la Prueba Pericial como un verdadero medio de prueba y como tal, lo regula entre los medios de prueba, por lo cual se le aplican en su práctica las mismas normas que regulan el resto de las pruebas.

En este aspecto, el Código Judicial Panameño, se separa de la corriente inspirada en el Código Italiano que califica la Prueba Pericial como una consultoría Técnica del Juez y de otros sistemas que no regulan la prueba pericial entre los medios de prueba sino entre los medios auxiliares del Juez.

En nuestro caso, el Código Judicial panameño configura al Perito como un especialista independiente, como un auxiliar del Órgano Judicial que ejerce funciones públicas, no obstante, en la práctica judicial existe una marcada tendencia a que los Peritos asuman virtualmente una función de colaborador de la parte que los designa, **situación que se evidencia de la revisión de las actuaciones periciales en distintos procesos donde es fácil advertir, que salvo contadas excepciones, el Perito contravenga los intereses de la parte que lo propuso.**

D. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE INTERES SOBRE LA PRUEBA PERICIAL.

1. Diferencias entre el Testigo y el Perito

Finalmente, hemos considerado importante presentar las distinciones que existen entre la figura del Perito y del testigo como dos de los medio más reconocidos en materia de prueba.

Hasta mediados del siglo XIX prevaleció el criterio de dar al Perito el carácter de testigo. En el derecho común el dictamen pericial tenía valor de testimonio.

Más allá y muy cerca de nuestros tiempos, a pesar de mantenerse la distinción entre el Perito y el Testigo, éstos se aproximan nuevamente cuando se habla del “Testigo Técnico”.

Hoy día existen claras distinciones entre la figura del Testigo y la del Perito, estableciéndose claras distinciones entre los mismos.

En este caso, el testigo se distingue del Perito en lo siguiente:

- a. Como regla el testigo declara, relata sobre hechos pasados, en tanto el perito dictamina, opina sobre hechos pasados, presentes o futuros, como por ejemplo en el caso de este último concepto, la determinación de lucro cesante o de eventuales perjuicios.**
- b. El testigo declara sobre hechos extra procesales; el perito dictamina como regla sobre hechos extra procesales, sin perjuicio que pueda valerse de datos fuera del proceso.**
- c. Otra de las reglas apreciables nos dice: que el testigo no puede emitir opiniones, mientras que el objeto del dictamen es precisamente el de formular juicios sobre la materia objeto de la pericia.**
- d. El perito estudia los hechos en atención a encargo previo y sobre la base de cuestionario que se le formula, lo cual no ocurre en el caso de los testigos.**

e. El perito puede ser sustituido, lo cual no puede hacerse con relación al testigo.

Más allá de las diferencias comentadas, surge la interrogante si una persona puede actuar como testigo y como perito, a lo cual respondemos que necesariamente no son funciones intrínsecamente incompatibles, pero que pueden dar lugar a dudas sobre la imparcialidad de esta persona al ejercer ambas condiciones.

Finalmente, mientras que al perito se le prohíbe revelar su futuro informe, dicha prohibición no existe en el caso de los testigos a quien nada le prohíbe referirse a su testimonio de manera previa a su comparecencia ante el Tribunal.

2. El Peritaje como medio de introducir pruebas al Proceso.

Por considerarlo de gran interés, en la actividad practica de los Peritos, concluyo mi intervención tratando brevemente, un tema controversial que guarda relación con la introducción de pruebas al Proceso mediante anexos contenidos al Informe Pericial.

Sabido es que los peritos pueden acompañar como Anexo copia de opiniones doctrinales, documentos públicos e información de terceros, en cuyo caso si el Juez lo considera necesario, podrán recibir los testimonios correspondientes.

En cuanto a la posibilidad de introducir nuevas pruebas al proceso mediante anexos incorporados al informe pericial, se han producido algunas discusiones en la práctica judicial. Sobre este controvertido, la normal es clara en cuanto a la posibilidad de incorporar al dictamen pericial documentación, información y referencias adicionales, pero entendiendo el carácter no vinculante de la pericia y la determinación del valor del dictamen pericial, entre otras cosas, en concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica.

E. CONSIDERACIONES FINALES.

En coordinación con los organizadores de este Seminario, consideramos la importancia de iniciar las exposiciones programadas para el mismo, con una breve relación de la teoría general de la prueba, para luego referirnos brevemente a aspectos generales de la prueba pericial en los Procesos Jurisdiccionales. Cumplido este objetivo corresponderá a los destacados panelistas que nos acompañan, tratar otros aspectos puntuales de este medio de prueba.

Espero haber cumplido con este cometido, como bien lo harán los expositores que intervendrán a continuación.

Agradezco la oportunidad que me brindaron los organizadores del evento para participar y ofrecer estos modestos aportes al mejor entendimiento de la Institución Arbitral.

Muchas Gracias.