

LA PERICIA MÉDICO-LEGAL EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL*

OSVALDO ROMO PIZARRO**
Universidad de Chile

RESUMEN

Con la libertad de prueba determinada en la nueva legislación procesal penal, la prueba pericial especialmente médico-legal, se ve enfrentada a situaciones problemáticas que dicen relación con su procedencia, forma y postulados que deben ser cumplidos para que ésta tenga calidad de prueba científica. Por una parte, queda entregada a la decisión del Fiscal en su necesaria investigación y por otra, a la del Juez de Garantía que autorizará su práctica, siempre en el cumplimiento de condiciones que esta nueva legislación señala, lo que en ciertos casos resulta difuso en cuanto su determinación y cumplimiento en la práctica de la gestión pericial de especialidad. Así también, otras disposiciones de este procedimiento no conciden con principios tan caros a la cien-

ABSTRACT

With the freedom of evidence determined in the new judicial system, the expert proof, in particular the medical-legal one, faces problems related to its legal basis and tenets that must be adhered to so that it has the quality of scientific proof. On the one hand, it is the prosecutor's decision to look into the proof and, on the other, it is the Juez de Garantía (*Juez de Garantía* is a judge who must warrant that the rights of all those who are involved in the proceeding be protected), who will authorize its practice, provided that the conditions this new legislation stipulates are complied with, which in some cases turns out to be unclear as far as its determination in and compliance with the practice of specialists' expert procedure is concerned. Likewise, other

* Trabajo presentado en las "Primeras Jornadas de Derecho Penal y Ciencias Penales" celebradas en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, los días 18 a 20 de noviembre de 2004, en conmemoración del centésimo décimo aniversario de la fundación del Curso de Leyes de los Sagrados Corazones de Valparaíso, actual Escuela de Derecho de la mencionada Universidad.

** Profesor Dip. de Medicina Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Dirección Postal: Huérfanos N° 1117. Oficina 524. Santiago. Correo electrónico: romoyromoabogados@entelchile.net.

cia médico-legal en la ejecución de sus peritajes, donde no se aprecia el cumplimiento estricto de la autonomía científica del perito, integralidad en la ejecución del peritaje e integridad del concepto biológico en la estructura de la norma jurídica. Junto con tratar de absolver algunas dudas que crea esta nueva legislación, observamos así también que existen discordancias con la legislación orgánica del Servicio Médico Legal y disposiciones liberatorias de prueba que se consignan en dicho procedimiento.

PALABRAS CLAVE: Prueba pericial penal – Principios de la prueba pericial penal.

stipulations within this procedure are not consistent with tenets held so dear to the medical-legal science in the practice of its expert appraisal, where the strict compliance of the expert's scientific autonomy, completion of the expert appraisal practice, and integration of the biological concept into the legal system cannot be noticed. In addition to attempting to dispel some doubts arising from this new legislation, it is also observed that there are discrepancies between the Legal Medical Service's organizational law and liberating stipulations of evidence such proceeding makes.

KEY WORDS: Expert proof – Tenets of the expert proof.

La nueva legislación procesal penal ha determinado la libertad de prueba, entendiéndose por ésta la utilización de todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento; podrán así ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley, según lo dispone el artículo 295 del Código Procesal Penal. El informe de peritos –entonces– no es una excepción a este respecto, y si bien estos peritos deberán acreditar la idoneidad profesional con que actúan en su función –que es precisa y científica–, en todo caso, podrán ser nominados a solicitud del Ministerio Público y de los demás “intervinientes” en el proceso, (salvo los miembros de organismos técnicos designados en el artículo 321). En esta forma, “el informe pericial conclusivo” según allí se indica, responderá a la credibilidad, idoneidad profesional e imparcialidad del perito, el que siempre deberá detentar los conocimientos especiales de la ciencia, arte u oficio que profese para esa peritación, en la palabra del legislador procesal. Sin embargo no se abunda en esta nueva legislación en el contenido y estructura del peritaje médico-legal, el cual en una forma general, se podría agregar difusa, deberá responder en su contenido a lo dispuesto por el artículo 315 de ese cuerpo procesal penal que, por lo demás, no es otro que la repetición del antiguo artículo 237 del anterior procedimiento penal que prescribe la descripción de lo periciado, la relación de las operaciones practicadas con su resultado, y la conclusión pericial de lo investigado. La descripción de esta manera del peritaje en cuestión, especialmente en sus contenidos, pareciera desconocer su compleja composición y especial desarrollo, ignorando la necesaria sistemática de producción y de formal expedición que el mismo requiere, con lo que se podría inducir a error –por déficit– de quienes lo requieren y de aquellos otros que no poseen estos conocimientos en la ciencia médico-legal.

No obstante la aludida libertad de prueba señalada, en estos casos, nos encontramos también con un problema relativo a la prueba ofrecida por las partes, toda vez que durante la audiencia de preparación del juicio oral, éstas podrán

formular “solicitudes, observaciones y planteamientos” que estimen “relevantes” con relación a la pruebas ofrecidas por los demás intervinientes (artículo 272). A esto se agrega la posible exclusión de pruebas para el juicio oral, que podrá realizar el Juez de Garantía (artículo 276), pudiendo excluir aquellas “que fueran manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios”. Estas disposiciones, atendido el difuso tenor en que están redactadas, podrían interferir e incidir negativamente en este medio de prueba que es la pericia médico-legal, cuya hipótesis de trabajo es compleja, constando casi siempre de varias etapas en su desarrollo. Aún considerando el buen criterio con que actúe la judicatura al resolver a este respecto; podríamos encontrarnos en ciertos casos con situaciones que se refieren a gestiones médico-legales ejecutadas con antelación, como por ejemplo sucedería con peritajes de autopsia, de agresión sexual u otros que necesariamente deben responder a los postulados de objetividad e idoneidad, y de oportunidad, a que obliga la *lex artis* de la ciencia. Podríamos por tanto preguntarnos si un Juez podría sobrepasar en estos casos los principios de integralidad y de autonomía científica en la ejecución de las operaciones periciales que corresponde observar al perito médico-legal en el cumplimiento riguroso y científico de su gestión toda vez que aquellos guardan estrecha relación con el postulado de oportuna ejecución de las operaciones que estos principios imponen. Creemos que esto no debiera ser así; sin embargo, quedaría entregada esta decisión denegatoria de pericia al criterio del resolutor, lo que entendemos no sería procedente, ya que el Juez no es especialista en estas materias para decidir sobre la conveniencia o inconveniencia de un peritaje o de la gestión integral del mismo lo que le corresponde decidir al perito forense designado, y menos aun, para evaluar la notoriedad del mismo respecto de la incidencia científica del hecho investigado. Recordemos con sabiduría lo que ordenaba el artículo 125 del anterior Código de Procedimiento Penal en este sentido: *“aun cuando por la inspección externa del cadáver puede colegirse cuál haya sido la causa de muerte, el juez mandará que se proceda por facultativos a la autopsia judicial”*, en la aplicación práctica de estos principios. La facultad de decisión para un peritaje médico-legal no debiera quedar entonces entregada exclusivamente a la opinión de una persona neófito en esta materia (fiscal o juez) y menos aun, por circunstancias ajenas al propio desarrollo del peritaje, como sería la opinión resolutoria de ser éste impertinente o públicamente notorio, según lo comentado.

En la aplicación de este principio liberatorio de prueba que sustenta el nuevo Código de Enjuiciamiento –según se ha visto–, queda entregada a la decisión del fiscal la investigación por todos los medios que prevé la ley de todas aquellas diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación del hecho supuestamente punible (artículo 180); observamos en otro sentido, que respecto a los peritajes médicos-legales, –y no exámenes corporales (que son los médicos) como erróneamente los denomina el artículo 197 del Código– solo podrán realizarse “siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado” (debió decir periciado), atendiendo tal vez a que no siempre dicho “interesado” será a quien se le imputa el delito. El juez de garantía autorizará su práctica en caso de negativa del periciado según el Código, agregando ese pre-

cepto como requisito: “siempre que se cumplieren las condiciones señaladas en el inciso primero”, esto es, del artículo 197 citado; en otras palabras, que no exista menoscabo para su salud o dignidad. En la interpretación de estos preceptos surge la duda y por tanto se debe entrar a la discusión de lo que debe entenderse, en primer lugar por “circunstancias relevantes” a que alude uno de los preceptos; y, en segundo lugar evaluar el significado de las expresiones “menoscabo para la salud y dignidad de una persona”, conceptos que no podrían quedar racionalmente entregados en exclusividad al criterio del resolutor, por ser ellos de carácter personalísimo a la sanidad y prevención de la salud, pundonor, honra e incluso orgullo de una persona, lo que en definitiva configura su dignidad; por otra parte, el menoscabo de la salud solo podrá ser determinado científicamente. En un ejemplo, imaginemos lo relevante de estos indicios o pruebas, especialmente en el caso de obtención de fluidos de naturaleza biológica (sangre, espermatozoides u otros de igual índole), como allí se explicita, los que siempre tendrán incidencia sobre la dignidad –tal vez honorabilidad– de la persona que acepta este peritaje, considerando que cuando acepta la toma de muestras implícitamente, también está aceptando la posibilidad de ser considerado responsable o culpable del delito imputado al aceptar el peritaje; tal es por lo demás lo que se ha denominado en la doctrina y jurisprudencia europea como *ficta confessio* (“falsa confesión”). En cuanto al menoscabo de la salud, basta pensar en ciertos casos de enfermedades hemorrágicas de la sangre (como la hemofilia), donde se requiera la obtención de sangre para efectuar un peritaje de ADN, por ejemplo, para considerar si esta operación de toma de muestra significará un deterioro para la salud del periciado que detecta esa patología u otra similar de esa naturaleza.

Por otra parte, con prescindencia de lo que el anterior Código de Procedimiento Penal señalaba como muerte sospechosa o muerte médico-legal (culposa) en su artículo 121, en una lisa determinación, el artículo 199 del nuevo Código estipula que el fiscal podrá ordenar que estos “exámenes médicos” y autopsias sean llevados a efecto por el Servicio Médico Legal, o también, por cualquier “otro médico” cuando aquél falte. De esta forma, nace la interrogante si la Ley Orgánica del Servicio Médico Legal, por Decreto con Fuerza de Ley 196 de 1960 y su Reglamento por Decreto N° 427 de 1943, han quedado vigentes o fueron derogados con la emisión del nuevo Código Procesal Penal, ya que de no ser así –y nada se dice en la nueva legislación–, deberían regir también a este respecto tres Acuerdos de Pleno de los años 1983, 1986 y 1989 de la Excma. Corte Suprema que ordenaron a las Cortes de Apelaciones y éstas a su vez a los respectivos Juzgados de su dependencia, para que dicho Servicio realizara ese tipo de peritajes médico-legales, toda vez que no era posible que los peritajes tanatológicos o de autopsias, pudieran realizarse en otros lugares que no fueran los establecimientos que dicho Servicio tiene, por lo además regionalizado en el país desde el año 1988. Así tampoco –consideramos– estas cuestiones de grave trascendencia en la gestión judicial, pueden quedar entregadas a la mera voluntad de un fiscal quien decidiría en su caso –conforme con la ley– que lo habilitaría para designar otros “médicos” al efecto. Olvida aquí el legislador que la pericia médico-legal debe efectuarse por especialistas y no por cualquier “otro médico o servicio médico”, como al parecer se pretende en dicha norma. Además, al

fiscal en esa disposición –verdadero factotum en el nuevo procedimiento–, se le otorga asimismo facultad para utilizar los “exámenes” (nuevamente con evidente error en su denominación) que han sido practicados con anterioridad a su intervención aunque sólo –se dice– cuando “le parecieran confiables”. El fiscal, al igual que el juez, no es perito ni especialista en estos temas, por lo que nos parece una inconsecuencia esta disposición del inciso final del artículo 199, toda vez que de darse una situación de duda en su confiabilidad, siempre podrán ordenarse otros peritajes para su cotejo o comparación, dentro de las posibilidades de la investigación, pero no desecharlos en la voluntad de esa persona. Podrá el fiscal por tanto ordenar otros peritajes, objetar los realizados, pero no rechazarlos solamente en base a su exclusiva opinión no científica, la que podría llegar a ser arbitraria e improcedente en la ciencia.

En relación a las lesiones corporales (artículo 200), la nueva legislación acude a otra consideración que, en materia médico-legal, no aporta absolutamente nada; me refiero a la denuncia al fiscal cuando dichas lesiones fueran “de significación”; apreciación por la cual en un diagnóstico médico, sólo podrían incluirse las lesiones de cierta gravedad médica, pero no de tratarse de una conclusión pericial médico-legal, donde dicha “significación” adopta un carácter totalmente diferente, y que no corresponde exclusivamente a la gravedad orgánica o fisiológica de la lesión en una persona, sino que también, a sus consecuencias futuras con respecto al daño psíquico sufrido por el ofendido y a sus secuelas en la vida del mismo. En otro sentido, dicha “significación” podría ser solo de daño moral y no material como resulta la mínima cicatriz en la cara de la modelo, sin significación médica, en el socorrido ejemplo sobre acción indemnizatoria del Derecho Civil. A esto se añade que el peritaje de lesiones debe considerar no sólo la gravedad médica en sus resultados, sino que también todas aquellas circunstancias y condicionamientos que respecto a su etiología y mecanismo de acción sirvan al esclarecimiento de los hechos investigados, sean estos de significación médica o no. Es lo que determinaba sin distinción el artículo 126 del anterior Código de Procedimiento Penal, debiendo investigar el perito en su hipótesis de desarrollo si las produjo un tercero; si la muerte fue su resultado; en fin, su identificación, número, longitud, etc. Es por lo demás de la esencia de todo peritaje de lesiones dicho análisis, el que servirá para obtener el desarrollo y mecanismo de acción del hecho investigado que produjo la lesión, lo que hace prescindir de la significación que un tercero no erudito quiera otorgarle al mismo.

A todo esto, se añade la ausencia absoluta en la norma procesal de principios tan caros a la Medicina Legal y de tanta importancia en la ejecución de este peritaje, como son: de autonomía científica del perito; de integralidad en su ejecución y desarrollo de las operaciones científicas periciales, y de integridad del concepto biológico en la estructura de la norma jurídica que lo emplea. Aquí se habla de imparcialidad de los peritos de parte, pero no se los defiende jurídicamente en el desarrollo de su gestión conforme a los principios señalados; de esta manera, quedan entregados a una gestión sin limitaciones ni condicionamientos sujeta a la voluntad de un tercero no especialista, con las consecuencias dañosas que sin lugar a dudas se producirán en la resolución defi-

nitiva del asunto jurídico, que será consecuencia de la conclusión pericial o fundamento de aquella. Recordemos la famosa sentencia de Ambrosio Paré, padre de la ciencia médico-legal, cuando varios siglos atrás afirmó: “los jueces resuelven según se les informa”. La información por tanto deberá responder a estos principios de autonomía, integralidad e integración, única manera de obtener la “certeza pericial” que se persigue en todo peritaje de esta naturaleza, la que debe ser científica.

Así también, en este nuevo procedimiento oral, los peritos serán interrogados personalmente y sus informes y registros no serán leídos, salvo en aquella excepción de omisión memorística u olvido que se contempla en la norma (artículo 332), lo que resulta casi un absurdo, cuando ante la realidad que nos da la experiencia, se piensa en casos de peritajes de homicidios en los cuales se detectan a veces más de diez heridas producidas por proyectiles de armas de fuego, cuya dirección, distancia, mecanismo de acción y consecuente cronología con resultado de muerte, en la relación a cada uno de los disparos, posición de víctima y otros elementos que deberá analizar el perito en su caso, deberán memorizarse por éste. Júzguese entonces si en estos casos el perito podrá dar una cuenta “idónea y objetiva” de todas estas circunstancias. Recordemos que de acuerdo a la legislación médico-legal que aún debe persistir (reglamentación del Servicio Médico Legal), estas pericias complejas conforme a reglamentación, deben acompañarse con las figuras correspondientes a la posición del cuerpo (frente, contrafrente y perfil) para observar así, específicamente, la dirección de cada uno de los proyectiles en su interior, y así poder deducir su distancia y dirección. Se observa que los legisladores conocen poco la naturaleza y objetivos de la pericia médico-legal conforme a su contexto, ya que resulta realmente insuficiente este pobre articulado en la nueva codificación procedimental que trata, o diré mejor que maltrata este peritaje, considerándolo como si fuera uno más en la investigación del delito el que en la actualidad llega a extremos imprevisibles e impredecibles en su ejecución. De ahí también que ciertos delitos, o más bien supuestos delitos con conducta sexual (en virtud del principio de inocencia), puedan periciarlos, e investigarlos según allí se determina, incluso, los agentes sanitarios de establecimientos hospitalarios de salud, públicos o privados, los cuales –esto es lo increíble– tendrán la obligación de efectuar todo aquello necesario “para acreditar el hecho punible e identificar a los partícipes en su comisión”. No imagino a un médico realizando esta investigación que pertenece a la policía y obviamente a la fiscalía pertinente, ya que no operará para el legista correspondiente. Si bien anteriormente existía una obligación de denuncia respecto del lesionado sospechoso, dicho establecimiento mediante sus funcionarios, estaba obligado a dar cuenta al juez del hecho, pero no a iniciar una verdadera investigación policial que no le corresponde, por las especialidades que ejercen y porque tampoco como peritos están obligados en estos hechos; dicha labor es esencialmente policial y deben efectuarla quienes han estudiado y preparado para ello.

Con estas ideas genéricas, sin entrar a otras cuestiones conceptuales que pensamos tendrían que ser modificadas en el nuevo procedimiento penal, nos llama especialmente la atención lo relativo a la garantía de la confidencialidad de estos

informes periciales, en su relación además con la intimidad que se debe guardar respecto de quien es periciado nuevamente. Según Ley Orgánica del Servicio Médico Legal, su artículo 22 declara: *“Todo profesional, que pertenezca o no al Servicio Médico Legal, que practique atenciones respecto de las cuales haya intervenido la justicia o atienda pericias médicas legales en los hospitales u otros establecimientos públicos o privados o en residencias particulares, deberá expedir los correspondientes informes con sujeción a las normas que rigen para los médicos legistas y a las instrucciones generales que imparta el Director del Servicio Médico Legal, quien velará por el cumplimiento de esta disposición”*. Complementando lo expresado, el artículo 16 de dicha Ley Orgánica, obliga a todo el personal que en éste preste sus servicios a guardar sigilo, esto es, secreto, siendo responsable en conformidad a las leyes si divulgara los hechos o los antecedentes de que tuviera conocimiento en razón de su empleo. Nuevamente nos preguntamos si estas disposiciones seguirán vigentes, ya que de ser así, no solamente “cualquier perito designado por las fiscalías” –según el nuevo texto legal– deberá sujetarse a las normas reglamentarias de dicha Ley Orgánica y respectivo Reglamento, sino que, especialmente, estará obligado a conservar (guardar) el “secreto pericial” tan caro a la peritación de esta naturaleza, conforme lo manifestado.

Sin lugar a dudas nos preocupan otras disposiciones que en estos aspectos señala el Código Procesal Penal que analizamos, tales como las relativas a la inhumación y exhumación de cadáveres; anticipación y oportunidad de la prueba pericial, con la declaración de los peritos en el juicio oral donde deberán hacer frente a un interrogatorio –previamente preparado– debiendo explicar terminología y fundamentos en las conclusiones de las operaciones científicas realizadas, posibles analogías sobre las mismas, y la presentación de sus conclusiones que deberán responder necesariamente a una relación causal con las etapas previas objetiva y subjetiva de la pericia. Desgraciadamente, hemos llegado al término del tiempo concedido para esta ponencia, y solamente me cabe dejarlos con la preocupación de un análisis en profundidad sobre peritación médico-legal en la ejecución de la nueva norma procesal penal que hoy día se aplica en parte en nuestro país, y que se aplicará en totalidad el próximo año con la Región Metropolitana. Lo que dejaremos entonces, para un futuro análisis.

[Recibido el 21 de enero y aceptado el 30 de abril de 2005].