

**EL PERITAJE JUDICIAL: REFLEXIONES EN EL CONTEXTO  
DEL DERECHO PENAL Y DE LAS CULTURAS**

Olivier Thormann

**Sumario:** I. Introducción. II. Campo de aplicación y necesidad. A. Perito y peritaje: definiciones e importancia. B. Necesidad de ordenar un peritaje. C. Necesidad de un peritaje sobre aspectos culturales. 1. Determinación de la culpabilidad y fijación de la pena. 2. Error sobre el carácter ilícito del hecho. 3. Tipicidad objetiva del delito. 4. Conclusión. III. Designación del perito. A. Elección del perito. B. Recusación. 1. Casuística relativa a la competencia. 2. Casuística relativa a la pertenencia a un grupo (de opinión). 3. Casuística relativa al comportamiento de las partes. 4. Casuística relativa a la publicidad del caso. 5. Casuística relativa a la intervención previa. C. Procedimiento. IV. Mandato al perito. V. Elaboración del informe. A. Documentación - investigaciones propias. B. Informe. 1. Forma. 2. Contenido y estructura del peritaje. VI. Uso del peritaje. A. Apreciación del peritaje por parte del juez y las partes. B. Informe complementario, nuevo peritaje y peritaje de comprobación. C. Peritaje privado. D. Hechos descubiertos por el perito (*Zusatztatsachen*). VII. Conclusión.

## SÍNTESIS

En un mundo cada vez más sujeto a la migración y a la amalgama de etnias, los valores fundamentales se confrontan y mezclan. El derecho penal no puede ignorar esta realidad. Las reflexiones que se imponen sobre este tema deberán indicar de qué manera las costumbres y los valores diferentes a los que constituyen los fundamentos del Código Penal pueden ser tomados en consideración dentro de este marco jurídico. El debate relativo a la inclusión de elementos culturales en un juzgamiento es un aspecto integrante de los objetivos del derecho penal. Así, por un lado, las soluciones encontradas deberán integrarse en el sistema de la culpabilidad; pero, por otro, no debe perderse de vista el aspecto de prevención general, que es también la razón inherente a la sanción de los delitos cometidos. En la práctica, resulta más que evidente la necesidad de los jueces de recurrir a peritajes para aprehender los argumentos provenientes de otra cultura; más aun sabiendo que, en general, los jueces recurren cada vez con más frecuencia a los expertos para resolver los problemas que surgen en el marco del proceso penal. A pesar de esto, debemos constatar que los peritajes en el campo del derecho penal y la cultura son extremadamente raros.

Las reflexiones, en el contexto del derecho penal y la cultura, no deben limitarse a lo ya establecido gracias a los peritajes, sino que deberán más bien orientarse hacia los potenciales en esta área. En primer lugar, intentaremos establecer —teniendo presentes los criterios generales del procedimiento penal— los casos en los que un peritaje puede ser útil o incluso necesario. Una vez esté el marco de aplicación definido, una presentación de las normas de procedimiento establecidas en el ámbito de los peritajes permitirá evocar los problemas potenciales que pueden presentarse en la realización de peritajes en este campo. Esta contribución tiene por objetivo tanto exponer los argumentos a favor del incremento del número de peritajes —lo que permitiría una mayor consideración de los elementos culturales en el contexto de las sentencias penales— como evitar los peritajes inutilizables. De hecho, un peritaje inutilizable en un juicio individual puede constituir un argumento en contra de estos peritajes y de la consideración misma de los aspectos culturales.

*In a world prone to migration and ethnic intermingling, fundamental values confront one another and get mixed up. Criminal law cannot avoid it. The thoughts necessary to this topic will have to demonstrate how morals and values different from the ones on which the criminal code is based can be taken into account inside this legal frame. Given consideration to cultural elements in a criminal sentence is consistent with criminal law's finality. Thus, the solutions found have to incorporate themselves in the guilt's system; however, we don't have to lose sight of the general prevention that*

*is also the reason for the crackdown of the offences committed. In a practical way, it appears obvious that appraisals are necessary for the judges to make understandable the arguments coming from another culture; even more when we observe that, in a general manner, judges are more and more calling experts to solve questions asked in criminal procedures. Now, we are forced to the conclusion that appraisals in the field of criminal law and cultures are more than uncommon. Thoughts in criminal law's and culture's context cannot be limited to establish what does already exist at the level of appraisals, but will be more directed towards the potential in this field. First of all, we will try to establish, taking into account criminal procedure's general criteria, circumstances where an appraisal may be useful or even necessary. When the application's field is set out, a presentation of procedural rules provided in the appraisal's area will enable to mention potential problems at the time of appraisal's establishing in this field. This contribution puts forward the arguments favourable to the growth of the appraisal's number, allowing a better cultural element's consideration in the criminal sentence's frame. Nevertheless, it also has the aim to avoid useless appraisals. In fact, a useless appraisal in an individual trial may be an unfavourable argument about such appraisals and about taking into consideration the cultural aspect.*

## **I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>**

*«Dura lex, sed lex»<sup>2</sup>,  
empero, «O tempora, o mores!»<sup>3</sup>.*

La presente colaboración se funda sobre tres constataciones: por un lado, observamos un aumento significativo de los peritajes en el ámbito del procedimiento penal<sup>4</sup>; por otro, vemos que, debido al flujo de la migración y al aumento de la movilidad en nuestra sociedad, aumentan los procedimientos que involucran personas que no poseen el mismo sistema de referencias (judeocristiano)<sup>5</sup>; por último, no se

---

1 El autor desea expresar su agradecimiento a la Sra. Brigitte Magnin Touron, secretaria de la oficina de jueces de instrucción, por su inteligente y elegante revisión, que contribuyó a la calidad del texto.

2 Proverbio romano.

3 Cicerón, *Catilinaires*, I1; traducción «¡Oh tiempos, oh costumbres!».

4 Donatsch, 1997, p. 38.

5 Hurtado Pozo, 2008, p. 373; ver también Hurtado Pozo, 2004, p. 124, como conclusión y conflictos culturales, donde recalca la diferencia que hay a este respecto entre la primera ola de migración en los años cincuenta/sexenta y la que está actualmente en marcha. Ver también Wicker, 1996, p. 118.

puede decir que abundan los peritajes realizados por antropólogos, etnólogos u otros científicos en el ámbito de las ciencias sociales, sino todo lo contrario<sup>6</sup>.

¿Se trata acaso de una paradoja o existe alguna explicación al respecto? Un primer indicio es el hecho de que la jurisprudencia está entre las últimas áreas que descubrieron estas ciencias, pero esta constatación constituye solo una parte de la explicación<sup>7</sup>. Para responder a la pregunta, es necesario plantearse otra, de causa y efecto: ¿la escasez de los peritajes etnoculturales<sup>8</sup> se debe a su falta de utilidad o es debido a su escasez que la justicia no se da cuenta de su valor?

Este problema también se plantea en la constatación de la consideración restrictiva, por parte de la jurisprudencia, de los elementos culturales en la evaluación del delito, lo cual obviamente no alienta a las autoridades a recurrir a expertos. La consideración restrictiva del contexto y de los motivos etnoculturales ha dado lugar a reacciones de la doctrina que ilustran, en primera instancia, la necesidad de una discusión más profunda<sup>9</sup>.

Esta contribución se propone obtener algunas respuestas a través de un enfoque procedural, analizando primeramente la necesidad de un peritaje según los criterios aplicables. Más adelante, examinamos las normas que regulan el peritaje. Haremos hincapié en los elementos que parecen importantes en un peritaje etnocultural a fin de evitar los errores que podrían poner en tela de juicio la utilidad de dichos peritajes.

## II. CAMPO DE APLICACIÓN Y NECESIDAD

### A. Perito y peritaje: definiciones e importancia

El peritaje es el medio para descubrir y utilizar ciertos indicios o pruebas mediante la ayuda de conocimientos técnicos específicos<sup>10</sup>. Como tal, representa uno de los medios probatorios a disposición del juez<sup>11</sup>. Así, el perito puede ser llamado a<sup>12</sup>:

---

6 Wicker, 1996, p. 118.

7 Wicker, 1996, p. 118.

8 Sin olvidar las diferentes ciencias, pero con el fin de facilitar la lectura, se hará siempre referencia a los peritajes etnoculturales. La misma técnica es empleada por Egeter, 2000, p. 107.

9 Zimmerlin, 2006, p. 262. Mediante su contribución, responde expresamente al llamado iniciado por Egeter, 2000, p. 107.

10 Piquerez, 2006, n. 2203; Hauser, Schweri & Hartmann, 2005, § 64.1; Roxin, 1982.

11 El legislador integró el capítulo que trata de los peritajes en el Título 4, que reglamenta los medios de prueba. Ver Helfenstein, 1978, p. 5, refiriéndose a la doctrina mayoritaria; Piquerez, 2007, n. 615, subraya que no se trata de una prueba infalible; Fincke, 1974, p. 656; Saladin, 1980, p. 678; y Spirig, 1990, p. 418.

12 Bettex, 2006, p. 7; Hauser, Schweri & Hartmann, 2005, § 64.9; Bühler, 1999, pp. 573 y ss. y 2005, p. 50; Schmid, 1997, n. 661 y 2009, n. 1; Spuhler, 2001, p. 721; Pieth, 2009, p. 162.

- Establecer, gracias a sus conocimientos especiales, un hecho para la justicia.
- Evaluar un estado de cosas establecido por la justicia, gracias a sus conocimientos especiales y las normas generales de experiencia que se derivan de ellos.
- Comunicar las normas generales de su ciencia.

Es evidente que los peritajes han adquirido una importancia creciente; esto se debe, por un lado, a la complejidad de los problemas a los que se enfrenta el juez y, por otro, a los avances de las diversas ciencias<sup>13</sup>. Algunos temen que esto signifique una suerte de dimisión del juez a favor de los peritos<sup>14</sup>; por esta razón, es fundamental aclarar que el papel del perito no es el de sustituir al juez, sino de asistirlo<sup>15</sup>. Aun cuando fuera comisionado por el fiscal, en su calidad de director del procedimiento en la fase de instrucción, no actuará como auxiliar cuando al fiscal le corresponda presentar la acusación, dada la condición de este último como parte en el procedimiento<sup>16</sup>. De ahí la importancia de los derechos de participación de las partes, ya en la fase de instrucción misma<sup>17</sup>.

## **B. Necesidad de ordenar un peritaje**

De acuerdo con el art. 182 CPP, el ministerio público o los tribunales recurren al peritaje cuando no disponen de los conocimientos y habilidades necesarios para constatar o pronunciarse sobre un estado de hecho. Esta disposición establece que la realización es competencia exclusiva de las autoridades penales<sup>18</sup> y prevé dos condiciones cumulativas para requerir un peritaje; a saber, la necesidad de constatar un hecho y la imposibilidad —por parte del juez— de hacerlo por sí mismo.

La necesidad de establecer o comprender un hecho y, por lo tanto, su pertinencia, se determina en relación con la finalidad del procedimiento<sup>19</sup>. Como

---

13 Piquerez, 2006, n. 2208; Donatsch, 1997, p. 38; Laemmel, 1994, p. 246; Schmid, 2009, n. 933.

14 Bettex, 2006, p. 66 y referencias citadas; Schmid, 2009, n. 933; Brunner, 2005, p. 186; Spirig, 1990, p. 415; y Pieth, 2009, p. 163. Pellet, 2004, p. 225 habla del «aumento del poder de los psiquiatras».

15 Sentencia del TEDH, caso D.N. contra Suiza, del 29 de marzo de 2001, Rec. 2001 - III § 53; Schmid, 1997, n. 662; 2009, n. 931; Mauer, 2003, p. 230; Hauser, Schweri & Hartmann, 2005, § 64.3; Oberholzer, 2005, n. 21.1; Piquerez, 2007, n. 617; crítico al respecto, Helfenstein, 1978, pp. 7 y ss. Con respecto a su estatuto jurídico: Saladin, 1980, pp. 662 y ss.

16 Donatsch, 2000, p. 365; Brunner, 2005, p. 189.

17 Arts. 184, inc. 3 y 188 CPP.

18 Piquerez, 2006, n. 2205.

19 Sobre la reflexión correspondiente en derecho civil, basada en el art. 8 CC, Bettex, 2006, pp. 79 y ss.

el procedimiento penal se rige por el principio de la acción pública<sup>20</sup>, de esto se desprende que la finalidad de la instrucción —y en general del procedimiento penal— consiste en establecer los hechos pertinentes a la aplicación del derecho penal<sup>21</sup>. Deberán, por lo tanto, ser establecidos los hechos que corresponden a los elementos constitutivos contenidos en la ley penal. Las autoridades deben emplear la misma dedicación en instruir las circunstancias que puedan actuar en favor o en contra del acusado<sup>22</sup>.

En cambio, y en aplicación del principio de proporcionalidad que vincula a los jueces penales, no es posible ordenar un peritaje para responder a preguntas que podrían sin duda ser de interés general, pero que, por definición, no pueden tener ninguna influencia a nivel penal<sup>23</sup>. Es una cuestión de eficacia de la instrucción penal. Cabe señalar también que esta restricción, dado el caso, será beneficiosa para el interesado ya que, si es declarado culpable, deberá cargar —en principio— con los gastos del caso<sup>24</sup>. El peritaje tampoco se admite, en virtud del principio *iura novit curia*, para resolver cuestiones de derecho<sup>25</sup>; esto se aplica salvo en el caso de los dictámenes jurídicos del instituto de derecho comparado, que no son considerados como peritajes<sup>26</sup>.

Además de los casos impuestos por la ley<sup>27</sup>, el juez goza de un amplio poder de apreciación en cuanto a la necesidad del peritaje<sup>28</sup>. Este último se ordena cuando el juez se encuentra en la imposibilidad de establecer el hecho por sí mismo. En su razonamiento también deberá tener en cuenta la proporcionalidad del peritaje, no solo a nivel de la decisión de principio, sino también en lo que concierne a su alcance<sup>29</sup>.

En la etapa de la instrucción, la decisión corresponde al Ministerio Público, quien también asume el riesgo en caso de imposibilidad de probar alguno de los elementos incriminatorios. En lo que respecta a los elementos de descargo, el recurso en este contexto es inadmisibles contra la desestimación por parte

20 Arts. 6 y 7 CPP; Pieth, 2009, pp. 37 y ss.

21 Hauser, Schweri & Hartmann, 2005, § 64.5, que se refieren al principio de oficialidad.

22 Art. 6, inc. 2 CPP.

23 Wicker, 1996, p. 119, cita ejemplos de peritajes de interés científico pero no judicial.

24 Art. 426 CPP; reflexión similar de Spuhler, 2001, pp. 722 y ss., en lo que respecta a las preguntas complementarias planteadas por el abogado.

25 ATF 130 IV 337 Cons. 5.4.1; Piquerez, 2006, n. 2206; Piquerez, 2007, n. 617; Schmid, 1997, n. 662 y 2009, n. 931; Bettex, 2006, p. 65; Saladin, 1980, p. 659.

26 TF del 28 de octubre de 2004, 1P.390/2004; Schmid, 2009, n. 2, considera una excepción para las cuestiones vinculadas con el derecho extranjero.

27 Por ejemplo: arts. 20 y 56 CP; ver ATF 116 IV 273.

28 Piquerez, 2007, n. 618 y Sentencia CEDH citada; Schmid, 1987, p. 378.

29 Saladin, 1980, pp. 660, 665; Schmid, 1987, p. 378; 2009, n. 18, respecto a los gastos producidos.

del Ministerio Público de la solicitud de un peritaje, a menos que ello pudiera traducirse en una situación de desventaja como, por ejemplo, la imposibilidad de proceder a un peritaje a futuro<sup>30</sup>. El rechazo injustificado de un peritaje solicitado puede constituir una violación del derecho a ser oído<sup>31</sup>.

En nuestra opinión<sup>32</sup>, cuando ambos requisitos legales se cumplen, las autoridades penales tienen la obligación de ordenar un peritaje. Pero esta obligación no es absoluta. En efecto, el principio de proporcionalidad<sup>33</sup> debe aplicarse en relación con la gravedad de los hechos que constituyen la base del procedimiento penal. En la práctica jurídica observamos que, en principio, además de las áreas especializadas, como la construcción, los peritajes en el ámbito de la responsabilidad penal<sup>34</sup> conciernen los delitos contra la vida, la integridad física y la integridad sexual.

### C. Necesidad de un peritaje sobre aspectos culturales

Como lo hemos visto, la necesidad de proceder a un peritaje se determina en relación con la relevancia penal que reviste el establecimiento de un hecho. Así, la pregunta surge cuando el delito se encuadra en el contexto de un conflicto cultural; es decir, cuando el autor, cumpliendo o no con reglas escritas relacionadas con su origen cultural, trasgrede normas penales<sup>35</sup>.

En la práctica, la cuestión se plantea de manera apremiante cuando el autor invoca su pertenencia cultural para obtener la reducción de la pena<sup>36</sup>. Para obtener los elementos que guiarán la decisión del juez, cabe analizar las normas que permitirán tener en cuenta la especificidad cultural a nivel penal, normas que constituyen de cierto modo una suerte de acceso para este criterio (*Einfallstore*)<sup>37</sup>. A este respecto, la doctrina discute las posibilidades, a nivel de la tipicidad de los

---

30 Art. 394 CPP; Mauer, 2003, art. 394.

31 Helfenstein, 1978, pp. 27 y ss.; Schmid, 1987, p. 379.

32 La misma opinión Piquerez, 2006, n. 2214; Oberholzer, 2005, n. 21.2; Sollberger, 2004, art. 182; Schmid, 2009, n. 3. Hauser, Schweri & Hartmann, 2005, § 64.5; y Schmid, 1997, n. 665, consideran que el hecho de no solicitar un peritaje en un caso similar, violaría los derechos de las partes. Spuhler, 2001, pp. 718 y ss.

33 Art. 5 Const.

34 Rode & Legnaro, 1994, p. 70, con cuadro ilustrativo; ver también la estadística de Laemmel, 1994, p. 246.

35 Egeter, 2000, pp. 10, 85 y ss.; Zimmerlin, 2006, p. 263.

36 Zimmerlin, 2006, p. 287; Egeter, 2000, p. 105, 108, evoca también la posibilidad de que las misiones consulares llamen la atención sobre posibles diferencias culturales que podrían explicar la infracción.

37 Egeter, 2003, p. 24; Nägeli & Schoch, 2008, n. 22.5.

hechos reprochados al autor, de un posible error de derecho, pero sobre todo en el contexto de la valoración de la culpabilidad.

En general, constatamos que la jurisprudencia es muy restrictiva en lo que concierne a la admisión de los argumentos culturales presentados por la defensa. Además, el TF parece considerar, de manera lineal y abstracta, que cuanto más tiempo lleva el autor en territorio suizo, menos importancia tiene el conflicto cultural<sup>38</sup>. Esta apreciación y, de manera más general, la consideración restrictiva del conflicto cultural por parte de los tribunales, han sido objeto de críticas por parte de la doctrina<sup>39</sup>.

Es imposible e iría mucho más allá del marco de esta contribución analizar todos los argumentos expuestos por la doctrina en favor de la consideración de este criterio. El propósito de esta discusión es simplemente ilustrar los puntos de conexión (*Einfallstore*) que permiten tomar en consideración el aspecto cultural y que plantean la cuestión de la necesidad de proceder a un peritaje.

### *1. Determinación de la culpabilidad y fijación de la pena*

En primer lugar<sup>40</sup>, cabe recalcar que es en el marco de la apreciación de la culpabilidad, o incluso de la responsabilidad limitada, que se plantea la cuestión de la consideración de la especificidad cultural de un caso.

En virtud del art. 47 CP, el juez fija la pena en función de la culpabilidad del autor. Esta se determina de acuerdo a la gravedad del acto, pero también según las motivaciones y los objetivos del autor, y considerando la posibilidad que tenía este último de evitar la comisión del delito. De hecho, cuanto más fácil le hubiera sido respetar la norma violada, más pesa su decisión de infringirla y, por tanto, su culpa<sup>41</sup>. Este último criterio es esencial, ya que permite una determinación gradual de la pena y, por lo tanto, no exige que los factores responsables de una posible dificultad de conformarse con el derecho revistan una intensidad particular<sup>42</sup>.

38 ATF 117 IV 7, cons. 3a bb) y ATF 117 IV 152, cons. 4b, del cual resulta que es posible, con las justas y de manera limitada, tener cuenta tras cuatro años de presencia en el territorio suizo, pero de ninguna manera después de nueve años.

39 Egeter, 2003, pp. 24 y ss.; 2000, pp. 146 y ss.; Hurtado Pozo, 2008, p. 373; Zimmerlin, 2006, pp. 283, 287 y ss.

40 Nägeli & Schoch, 2008, n. 22.6; Egeter, 2000, pp. 113-159; Hurtado Pozo, 2008, pp. 366, 373; Zimmerlin, 2006, p. 264, precisan que la determinación de la culpabilidad siempre estará incluida en el contexto de un sistema de valores.

41 ATF 122 IV 254; ATF 118 IV 21 cons. 2b; Queloz & Umbert, 2009, n. 26; Egeter, 2003, pp. 25 y ss.

42 Zimmerlin, 2006, p. 281 que traza así el límite entre los arts. 47 y 48, lit. c, CP.

Sin lugar a dudas, la pertenencia cultural puede influir en este aspecto<sup>43</sup>. Efectivamente, en su infancia y durante el resto de su vida, el ser humano asimila las normas de su entorno. Mientras más diferentes sean estas reglas del derecho penal, más difícil le será respetarlas<sup>44</sup>. Así, el TF ha admitido que el contexto cultural puede tener una influencia a nivel de culpabilidad<sup>45</sup>. Por consiguiente, la pertenencia cultural podría también, en teoría, ser un argumento en contra del autor<sup>46</sup>; sin embargo, no se podría alegar contra él el hecho de no haberse integrado<sup>47</sup>. En un caso extremo, el conflicto cultural podría incluso justificar la disminución de la responsabilidad tal como se la define en el art. 19 CP<sup>48</sup>. La cercanía, en el contexto presente, de los criterios de los arts. 47 y 19 CP, aboga, además, a favor de peritajes multidisciplinarios, implicando por lo tanto un psiquiatra y un perito para las cuestiones culturales<sup>49</sup>.

No obstante, la jurisprudencia desarrollada a partir de entonces se puede considerar más bien restrictiva en lo que respecta a la consideración del aspecto cultural<sup>50</sup>. Así, la reducción de la culpabilidad, y por lo tanto de la pena a aplicar, ha sido descartada cuando la cultura del autor también prevé la punibilidad del acto<sup>51</sup>. Esta jurisprudencia pasa por alto el hecho de que la ley del país de origen no refleja necesariamente el sistema de valores del grupo al que pertenece el autor<sup>52</sup>. Además de esto, si fuera aplicada de manera absoluta, prácticamente ya no sería posible tomar en cuenta las razones etnoculturales<sup>53</sup>, excluyendo así la reducción

---

43 Quéloz & Humbert, 2009, n. 27; Zimmerlin, 2006, p. 264; Egeter, 2000, p. 69, 154 y ss.

44 Egeter, 2000, pp. 68-106; Wicker, 1996, pp. 120 y ss., de manera general, en lo que respecta al establecimiento —para cada individuo— de su propio sistema de valores, y de la influencia que este tiene sobre sus acciones.

45 ATF 117 IV 7; Egeter, 2000, pp. 143 y ss., donde resume la jurisprudencia del TF.

46 Zimmerlin, 2006, p. 263 y las referencias citadas.

47 ATF 125 IV 1, cons. 5b; Egeter, 2000, p. 145, se refieren a la jurisprudencia y a la doctrina alemana. Ver, para la opinión aparentemente contraria: Zimmerlin, 2006, p. 278.

48 Egeter, 2003, pp. 28 y ss.; Nägeli & Schoch, 2008, n. 22.12, refiriéndose a la clasificación F 43.2; ver también ATF 127 IV 10, A y c.3. Egeter, 2000, pp. 122 y ss., que enumera algunos casos tomados de la jurisprudencia extranjera.

49 Wicker, 1996, p. 123; Egeter, 2000, p. 115.

50 Egeter, 2000, p. 145 y ss.

51 ATF 117 IV 7, cons. 3a; TF del 23 de junio de 1999, 6S.316 / 1999, cons. 2b que hace referencia al ATF 117 IV 7; Quéloz & Humbert, 2009, n. 27; Zimmerlin, 2006, p. 279.

52 Egeter, 2000, pp. 151 y ss.; Laubenthal & Baier, 2000, pp. 214 y ss., que citan el ejemplo de la Turquía. Opinión contraria: Zimmerlin, 2006, pp. 279 y ss. En cuanto al derecho peruano, Hurtado Pozo, 2008, pp. 362 y ss. Un ejemplo interesante en el ámbito del derecho matrimonial, en Wicker, 1996, p. 120.

53 Muy crítico a este respecto, Egeter, 2000, pp. 157 y ss.

por motivos honorables, expresamente prevista por la ley, y que se aplica aun cuando el autor es consciente de violar una norma penal<sup>54</sup>.

Frente a las críticas hechas en contra de esta jurisprudencia, un análisis más profundo se impone. Ella revela, en nuestra opinión, que los juicios pronunciados se explican principalmente por el hecho de que los defensores se limitaron a alegar el conflicto cultural en general, en ausencia de peritaje, y sobre todo sin individualizar la argumentación<sup>55</sup>. Esta tesis se confirma en un caso de asesinato, delito universalmente reconocido, donde fue admitido, durante la fijación de la culpabilidad, tomar en consideración las conclusiones de un peritaje establecido por un psiquiatra en colaboración con el instituto de etnología<sup>56</sup>.

Otra restricción parece resultar de la consideración del tiempo transcurrido desde la llegada a Suiza del autor que pretende justificar su acto invocando diferencias culturales. Así, cuanto mayor sea la duración de la presencia en el territorio suizo, menos posibilidades habrá de que el TF admita el argumento de la pertenencia cultural<sup>57</sup>. Al criterio de la duración se debe preferir el de la integración concreta<sup>58</sup>. De hecho, una presencia de varios años en Suiza no garantiza en lo absoluto la asimilación de sus valores y, por lo tanto, no excluye de ninguna manera un conflicto con los valores de la cultura de origen. Ante la jurisprudencia, debemos nuevamente reconocer que los peritajes son necesarios para determinar concretamente el apego al sistema de valores de origen y, de esa forma, su influencia en el acto reprochado al autor, así como su asimilación del sistema de valores que subyace al Código Penal<sup>59</sup>.

El CF propuso, en el marco de la consulta, introducir una norma específica en la parte general del Código Penal, para permitir que el juez redujera la pena cuando,

54 Pellet, 2009, n. 7, «Es el móvil mismo y no el acto que debe parecer honorable»; Egeter, 2000, p. 153, llama la atención sobre la incompatibilidad de esta jurisprudencia con aquella dictada en materia de error de derecho. Ver también *Infra* la discusión en cuanto a la aplicación del art. 48 CP.

55 TF del 23 de junio de 1999, 6S.316 / 1999 cons. 2b, cons. 3a / bb, del que se deduce que el apelante nunca mantuvo que el orden jurídico o sus concepciones étnicas preveían que la muerte es la sanción para un llamado al orden de una esposa y su amigo; y TF 6S.219 / 1999, cons. 3b, donde el TF reprocha al apelante el utilizar prejuicios negativos contra las personas originarias de los Balcanes; ver también la crítica detallada a este respecto Wicker, 1996, pp. 118 y ss.: «Das falsche ethnologische Gutachten».

56 ATF 127 IV 10, cons. 1d y cons. 3; con la misma opinión: Nägeli & Schoch, 2008, n. 22.12.

57 ATF 117 IV 7 cons. 3a / bb); ATF 117 IV 139 cons. 4; Zimmerlin, 2006, p. 279.

58 Discusión más profunda sobre este tema: Hurtado Pozo, 2008, p. 370; Egeter, 2000, pp. 138 y ss.

59 In extenso: Egeter, 2000, pp. 146 y ss. y sus referencias; ver también: Laubenthal & Baier, 2000, pp. 206, 209, que recalcan que no se debe confundir esta problemática con la de saber si el extranjero o no tiene la obligación de asimilar nuestro sistema jurídico; Zimmerlin, 2006, pp. 283, 288, en sus conclusiones.

debido a su procedencia o historia personal, al autor le resulta particularmente difícil conformarse con el derecho. Las reacciones durante la consulta fueron vivas, y la norma fue suprimida<sup>60</sup>, lo que a primera vista no aboga por un enfoque a más generoso al respecto. Sin embargo, este aspecto se debe relativizar, ya que las personas consultadas no se opusieron al criterio en sí, sino a la creación de una categoría separada cuando las reglas generales ya permiten tener en cuenta este elemento<sup>61</sup>.

Por consiguiente, cabe analizar las distintas posibilidades previstas por el legislador para la atenuación de la pena. Antes que nada, debemos tener presente que tras esta génesis legislativa, la aplicación del art. 48 CP se vuelve delicada por razones culturales<sup>62</sup>. Sin embargo, se pueden tomar en consideración como motivo honorable la angustia profunda, el deber de obediencia, el vínculo de dependencia y, finalmente, la emoción violenta.

La reducción por motivos honorables se admite muy restrictivamente. A este respecto, no han sido admitidos los motivos religiosos —en el contexto de una campaña contra el aborto— y tampoco los motivos políticos, especialmente si son la causa de la conducta violenta; la idea es no favorecer a los individuos que actúan por fanatismo<sup>63</sup>. La apreciación del móvil por parte de los jueces debe estar basada en valores éticos reconocidos por la comunidad entera, lo cual parece, *a priori*, excluir los valores de una cultura diferente<sup>64</sup>.

No obstante, se puede argumentar que este criterio es solo una forma calificada de los criterios utilizados para determinar la culpabilidad. Por lo tanto, el hecho de que el TF admita la consideración del contexto sociocultural de un autor aboga por una apreciación más matizada, especialmente cuando el autor se refiere a móviles que, de conformidad con su cultura de origen, parecen honorables<sup>65</sup>.

La angustia profunda puede ser tanto material como moral. Se asemeja al estado de necesidad y, por lo tanto, restringe la libertad de decisión del autor<sup>66</sup>. Una vez más, la jurisprudencia se muestra restrictiva, exigiendo una evaluación

---

60 La misma opinión en la jurisprudencia alemana: Laubenthal & Baier, 2000, p. 221.

61 Hurtado Pozo, 2008, p. 370 y ss.; Zimmerlin, 2006, p. 276.

62 Zimmerlin, 2006, p. 276, deduce de ello que los aspectos culturales solo deberían ser admitidos muy restrictivamente; Hansjakob, Schmitt & Sollberger, 2004; Egeter, 2000, pp. 142 y ss.

63 Pellet, 2009, n. 11 y ss.

64 Pellet, 2009, n. 6; Egeter, 2000, pp. 132 y ss.

65 Egeter, 2000, pp. 132 y ss., que se refiere también a la jurisprudencia en el contexto del art. 113 CP; Zimmerlin, 2006, p. 284, que propone basarse sobre los valores éticos suizos y ponderarlos junto con los valores culturalmente diferentes, teniendo en cuenta también la asimilación del autor.

66 Pellet, 2009, n. 14; Egeter, 2000, pp. 134 y ss.

de la proporcionalidad entre la motivación del autor y el bien jurídico perjudicado<sup>67</sup>. Más concretamente, el TF confirmó una decisión cantonal que rechazaba la reducción de la pena por angustia profunda a un padre que mató a su hija por cuestiones de honor propias a su cultura<sup>68</sup>. La reducción de la pena por motivo de amenaza grave, se asemeja a la de la angustia profunda, por lo que se plantea la cuestión de su necesidad<sup>69</sup> —en todo caso, no es necesario profundizar aquí ese aspecto—.

El deber de obediencia debe basarse en una norma jurídica; el vínculo de dependencia, en cambio, puede también deducirse de factores externos, tales como el concubinato<sup>70</sup>. Además del estado de dependencia, se debe demostrar que el autor cometió el delito por instigación de la persona de la que depende. Por lo tanto, este criterio merecerá un análisis más profundo cuando el autor haya actuado por orden de una persona que de acuerdo a las normas culturales tiene la facultad de imponerle su voluntad<sup>71</sup>. Sin embargo, según la jurisprudencia, también se debe determinar si la persona se sometió voluntariamente a normas estrictas y, sobre todo, si hay indicios sobre la posibilidad de eludir esta autoridad —este es el caso si ha podido, momentáneamente, alejarse del grupo en cuestión<sup>72</sup>—.

En nuestra opinión, a pesar de la posición restrictiva de los tribunales en cuanto a la atenuación de la pena, hay lugar para un debate sobre estos criterios en el contexto de la pertenencia cultural. En efecto, no debemos perder de vista que estos criterios, en particular el móvil honorable y la angustia (o postración) profunda, son ilustraciones «calificadas» de la motivación del autor. Así, aunque no permitan reducir la pena en virtud del art. 48 CP, podrán sin embargo ser tomadas en cuenta al fijar la pena de conformidad con el art. 47 CP, al menos en relación con el conflicto resultante y la consiguiente dificultad del autor de conformarse con el derecho<sup>73</sup>.

En cuanto a la posibilidad de reducir la pena cuando el autor actúa presa de una emoción violenta que las circunstancias hacen excusable, se hace referencia, en relación con la posibilidad de la consideración de la pertenencia a otra cultura, a las reflexiones referentes al homicidio pasional<sup>74</sup>.

67 Pellet, 2009, art. 48 n. 14.

68 ATF 127 IV 10; Egeter, 2000, pp. 134 y ss.

69 Pellet, 2009, art. 48 n. 20.

70 Quéloz & Humbert, 2009, n. 22 y ss.; Egeter, 2000, p. 135.

71 Pellet, 2009, art. 48, n. 23; no obstante, TF del 27.9.2004, 6S.264 / 2004, cons. 2.3).

72 ATF 115 IV 15; TF 6S.121 / 2005 cons. 10; Pellet, 2009, n. 26; Egeter, 2000, pp. 135 y ss.

73 La misma opinión: Egeter, 2000, p. 137; Zimmerlin, 2006, p. 281, delimitando el art. 47 CP del art. 48, lit. c, CP.

74 *Infra* 3, véase también: Egeter, 2000, p. 136; Zimmerlin, 2006, p. 281.

## **2. Error sobre el carácter ilícito del hecho**

Puede invocar un error sobre el carácter ilícito todo aquel que por razones válidas creía actuar lícitamente. Dos escenarios son posibles: o bien el autor se equivoca sobre la tipicidad de su comportamiento (*direkte Verbotsirrtum*), o sabe que su comportamiento es típico en el sentido del derecho penal, pero cree, equivocadamente, que lo beneficia una circunstancia justificante (*indirekte Verbotsirrtum*)<sup>75</sup>. En este contexto, pensamos que es factible recurrir a peritajes, a pesar del principio *iura novit curia*, cuando se trata de determinar normas consuetudinarias<sup>76</sup>.

El error de derecho se admite a la doble condición de que el autor haya actuado creyéndose en derecho de hacerlo y que haya tenido razones suficientes para equivocarse. La jurisprudencia relativa a estos dos criterios es muy restrictiva. En efecto, la simple duda del autor, en cuanto al carácter lícito de su acto, excluye cualquier error y, por consiguiente, también la impunidad<sup>77</sup>. En lo que respecta a las razones válidas para tal error, el TF ha precisado que una persona que se encuentra en una situación jurídica incierta debe, en principio, informarse al respecto<sup>78</sup>. Esos requisitos estrictos hacen que esta disposición legal sea prácticamente inaplicable en lo que concierne a las infracciones fundamentales del CP, en especial, en lo relativo al error «directo»<sup>79</sup>. La idea es respetar el objetivo de prevención general. No es de extrañarse, pues, que incluso en este contexto, que parece propicio al error, la casuística sea muy escasa<sup>80</sup>.

El TF admitió un error de derecho y absolvió a un ciudadano siciliano que mantenía relaciones sexuales con una menor de edad por haberse conformado,

---

75 Jenny, 2007, n. 8; Hurtado Pozo, 2008, pp. 930 y ss. y 2008, pp. 366 y ss.; Laubenthal & Baier, 2000, p. 210, sobre el derecho alemán; Zimmerlin, 2006, pp. 268 y ss., considera que el conflicto cultural puede, sobre todo, crear problemas en relación con el error sobre el carácter ilícito del acto.

76 Wicker, 1996, p. 122, que el autor además considera como uno de los raros caso de peritaje etnológico puro, y da un ejemplo particularmente ilustrativo en el ámbito de las costumbres indias del matrimonio (pp. 119 y ss.); Egeter, 2000, pp. 110 y ss., llama la atención sobre el problema del derecho estatal que no puede ser aceptado y vivido por ciertas minorías. Cita un caso tomado de la jurisprudencia alemana, que ilustra el problema relativo a Turquía, donde coexisten el derecho estatal, el religioso (*sariat*) y el consuetudinario (*âdet*).

77 ATF 120 IV 208; Hurtado Pozo, 2008, p. 369; Zimmerlin, 2006, p. 267; Nägeli & Schoch, 2008, n. 22.13, refiriéndose a la jurisprudencia constante del TF; Laubenthal & Baier, 2000, p. 219.

78 ATF 128 IV 201, cons. 2; Hurtado Pozo, 2008, p. 369.

79 ATF 104 IV 217, cons. 2.

80 Egeter, 2003, p. 25, cita dos ejemplos encontrados en Alemania; Nägeli & Schoch, 2008, n. 22.13; Hurtado Pozo, 2008, pp. 367 y ss.; Zimmerlin, 2006, p. 269.

en su opinión, a la única norma que conocía; a saber, que se debe tener la intención de contraer matrimonio con la mujer con la que se mantienen relaciones sexuales<sup>81</sup>. En nuestra opinión, esta sentencia, frecuentemente citada para respaldar la tesis según la cual una diferencia cultural puede conducir al error sobre el carácter ilícito<sup>82</sup>, reviste una importancia bastante relativa. En efecto, constatamos que la explicación proporcionada sobre el error correspondía manifiestamente al espíritu de la época, ya que más adelante el legislador suizo añadió la posibilidad de renunciar a la persecución en caso de matrimonio. Además, ello es también posible cuando el autor era menor de diecinueve años al momento de los hechos, y en presencia de circunstancias particulares, como sucedió en este caso<sup>83</sup>.

En el ámbito del error indirecto, la argumentación de un padre iraquí reclamando su derecho de educación, que consistía en maltratar a sus hijos en repetidas ocasiones con sus manos, correas y cables, no fue aceptada. En efecto, ha sido establecido que, a nivel de la legislación suiza e internacional, la vasta protección reconocida a los derechos del niño permite concluir que son conocidos por todos y, en consecuencia, solo circunstancias excepcionales pueden invertir esa presunción<sup>84</sup>. En general, la doctrina estima que sería inaceptable admitir, a través de la aplicación del art. 21 CP, comportamientos que violan de manera fundamental nuestro sistema de valores<sup>85</sup>.

En resumen, el error sobre el carácter lícito podrá ser considerado únicamente en el marco de los delitos menores<sup>86</sup>; es decir, casos en los que sería desproporcionado ordenar un peritaje.

Incluso cuando en principio no sea posible invocar el error de derecho, esto no exime a las autoridades penales de tomar en consideración un posible conflicto cultural. De hecho, si se constata una diferencia entre las normas de la cultura del autor y el derecho penal suizo, pero se trata de un caso en el que no se puede invocar el error de derecho debido a que el error era evitable o que las normas respetadas por el autor están fundamentalmente en contra de nuestro estado de derecho, se podrá no obstante tener cuenta de ello a nivel de la conciencia del autor

---

81 Es de la misma opinión, Laubenthal & Baier, p. 214.

82 Egeter, 2000, p. 117; Nägeli & Schoch, 2008, n. 22.13.

83 Art. 187, inc. 3 CPP; ver ATF 86 IV 212 (en relación con la evolución de las costumbres).

84 TF del 22 de junio de 2005, 6S.178 / 2005, en particular cons. 4.2; sentencia comentada por: Zimmerlin, 2006, pp. 268 y ss.

85 Nägeli & Schoch, 2008, n. 22.13, hace alusión a la escisión; Egeter, 2003, pp. 29 y ss. y 2000, p. 177. En igual sentido, Zimmerlin, 2006, pp. 277, 279, sobre los autores que actúan por fanatismo; Hurtado Pozo, 2008, pp. 370 y ss., que en este contexto cita las posiciones negativas durante la consulta, cuando en realidad se trataba solo de una simple reducción de la pena y no de un hecho justificativo.

86 Zimmerlin, 2006, p. 270, 287; Nägeli & Schoch, 2008, n. 22.13.

y, por consiguiente, en el contexto de la evaluación de su culpabilidad —sobre todo en lo que concierne las circunstancias justificantes invocadas<sup>87</sup>—.

### *3. Tipicidad objetiva del delito*

Cuando se trata de distinguir entre las diferentes formas de homicidio (homicidio, asesinato y homicidio pasional), la motivación del autor puede ser decisiva. La doctrina ha constatado que la jurisprudencia utiliza los mismos criterios que en el marco de la aplicación del art. 47 CP, y ha llegado a la conclusión de que es posible tener en cuenta las diferencias culturales también en este contexto<sup>88</sup>.

Para que el art. 113 CP se pueda aplicar, el TF considera que se debe —para evaluar la «excusabilidad» de la emoción violenta— determinar la actitud que hubiera tenido una persona promedio proveniente del mismo grupo social en lo que respecta tanto el origen, la educación, como el entorno actual<sup>89</sup>; esto permite, por consiguiente, tomar en consideración su pertenencia étnica<sup>90</sup>.

En lo que respecta al asesinato (art. 112 CP), el autor no podrá ser acusado de haber actuado sin escrúpulos si estaba frente a un conflicto de intereses<sup>91</sup>. Por lo tanto, podemos admitir que el conflicto cultural también puede jugar un rol en la delimitación entre el homicidio y el asesinato. No obstante, en el caso del homicidio de una joven kurda por su padre, a fin de preservar el honor familiar, el acto fue calificado de asesinato porque prevalecía el aspecto egoísta del acto<sup>92</sup>.

A pesar de este resultado negativo, el TF precisó que, por motivos relacionados con el contexto cultural, los hechos se ubicaban en el umbral inferior del asesinato, razón por la que renunció a restituir el caso a las autoridades cantonales, que habían optado por un simple homicidio, pero al límite superior<sup>93</sup>. Este ejemplo ilustra bien el hecho de que en caso de no bastar para ser tomados en cuenta al nivel de la tipicidad, los elementos culturales establecidos pueden serlo al nivel

---

87 Egeter, 2000, p. 59, refiriéndose al ATF 117 IV 8 y al principio ad maiori ad minus; Zimmerlin, 2006, pp. 268 y ss., p. 272 y p. 280, en general, constata que en este ámbito nada es ni blanco ni negro, y preconiza un enfoque proporcional; Nägeli & Schoch, 2008, n. 22.13, debaten sobre el error de derecho únicamente bajo el aspecto de la culpabilidad; Hurtado Pozo, 2008, p. 368, recalca que esta óptica es consistente con la Schuldtheorie.

88 Nägeli & Schoch, 2008, n. 22.8; Egeter, 2000, p. 162 y 2003, p. 31.

89 ATF 107 IV 162 cons. 2; Egeter, 2003, p. 31.

90 Egeter, 2003, p. 31 y 2000, pp. 164 y ss., y la jurisprudencia cantonal citada; Zimmerlin, 2006, pp. 282 y ss.

91 ATF 120 IV 265 cons. 3a; Nägeli & Schoch, 2008, n. 22.8.

92 ATF 127 IV 10 cons. 1f.

93 ATF 127 IV 10 cons. 2 y 5.

de culpabilidad y, por lo tanto, de la pena, como sucedió en este caso en relación con el error sobre el carácter ilícito<sup>94</sup>.

En lo que concierne la tipicidad, a pesar de la necesidad de contar con criterios objetivos, no debemos olvidar que la pertenencia cultural de las víctimas también puede ser determinante. Así, la doctrina relata un caso en el que las mujeres nigerianas se vieron obligadas a prostituirse, bajo amenazas relacionadas con el vudú. A partir del momento en que él o los autores se aprovechan conscientemente de un elemento, algunos no objetivables aunque reales en cuanto a su impacto, esto no puede dejar de ser valorado<sup>95</sup>.

#### 4. Conclusión

En comparación con la constatación inicial—*a saber*, la muy limitada consideración de las especificidades culturales—, la discusión sobre los elementos penales que entran en juego nos permite sacar dos conclusiones importantes: en primer lugar, la consideración puede potencialmente ocupar un lugar más importante que el que la jurisprudencia le ha acordado; y, en segundo lugar, es necesario acompañar la invocación de la diferencia cultural de una argumentación detallada, caso contrario no será aceptada. En resumen, recalamos en particular:

- La «admisión del argumento cultural» interviene en relación con los criterios generales de la culpabilidad. Por lo tanto, es insuficiente, en su caso, limitarse a reflexiones generales. En efecto, se debe demostrar el impacto concreto para el autor, lo cual permitirá determinar la pena apropiada<sup>96</sup>.
- En cuanto al empleo del «criterio del tiempo de presencia del autor en el territorio suizo» para excluir su aplicación, nos parece mucho más apropiado examinar su integración concreta y así tener en cuenta la influencia específica que tienen las diferentes normas culturales<sup>97</sup>.
- La «decisión de tener en cuenta los factores culturales» debe ser tomada a nivel de la instrucción penal; invocarles más adelante resulta insuficiente.

---

94 ATF 127 IV 10 cons. 2; Zimmerlin, 2006, pp. 266 y ss.

95 Egeter, 2003, p. 33; Nägeli & Schoch, 2008, n. 22.9.

96 Zimmerlin, 2006, p. 267.

97 Para una discusión más profunda sobre los criterios que deben ser considerados, ver Egeter, 2000, pp. 146 y ss.

Por lo tanto, en primer lugar corresponderá al Ministerio Público decidir, en vista de los elementos reunidos, si la pertenencia a una cultura diferente podría ser pertinente en sentido penal. Esto requerirá, a menudo, la opinión de un experto<sup>98</sup>.

En este contexto, es juicioso aceptar en principio la tesis de quienes preconizan que frente a una verdadera motivación cultural, el juez será muy poco apto para comprender los pormenores del asunto y, por consiguiente, le convendrá nombrar un experto<sup>99</sup>. En la medida en que la autoridad constata un conflicto cultural cuya importancia justifica una duda en cuanto a la responsabilidad del autor, esta obligación se derivará del art. 20 CP.

El peritaje que tiene por objeto establecer normas consuetudinarias o sistemas paralelos a los instaurados por un Estado extranjero; no contraviene al principio *iura novit curia*.

Una vez establecida la conveniencia de realizar el peritaje, conviene examinar la cuestión de la proporcionalidad de la medida de instrucción propuesta. En nuestra opinión, en lo que concierne a la práctica, sería oportuno proceder por etapas<sup>100</sup>:

- Audiencia del acusado para que aclare sus «errores culturales» —eventualmente en presencia de un experto<sup>101</sup>—.
- Audiencia, en la medida de lo posible, de las personas de su entorno y eventualmente de un experto, para determinar la «realidad del contexto cultural»<sup>102</sup>.
- Comprobar si las «motivaciones culturales» están en conflicto con los valores que constituyen los fundamentos del derecho penal suizo o si las diferencias son irrelevantes según la jurisprudencia.

---

98 Egeter, 2000, pp. 107 y ss., atribuye así la función de traductor al perito etnólogo; contenido similar se encuentra en Wicker, 1996, p. 123.

99 Egeter, 2003, p. 27; 2000, pp. 107 y ss.; Wicker, 1996, pp. 118 y ss.

100 Planteamiento similar: Egeter, 2000, pp. 104 y ss.

101 Egeter, 2000, p. 104, considera que este debería ser el punto de partida; mientras que Wicker, 1996, pp. 119, 124-127, llama la atención sobre el riesgo de las explicaciones aportadas ex post para justificar un acto cometido sin ningún motivo cultural, y estima que una de las finalidades del peritaje es la de establecer la verdad del motivo alegado. El especialista podrá también actuar como «traductor», permitiendo así una mejor comprensión de las explicaciones dadas por el autor.

102 Egeter, 2000, p. 105, constata que también existe el riesgo de atribuir demasiada importancia a las explicaciones etnoculturales proporcionadas por el autor. La audiencia de las personas del entorno no solo permite establecer los hechos, sino también determinar su relevancia. Zimmerlin, 2006, p. 288, insiste sobre la necesidad de determinar concretamente el vínculo del autor con su cultura de origen.

- Peritaje, destinado a determinar si las «motivaciones culturales» invocadas son reales, no a nivel general, sino a nivel individual<sup>103</sup>.

Esta manera de proceder puede eventualmente permitir rechazar la motivación etnocultural invocada por el autor<sup>104</sup>. En la medida en que las tres primeras etapas permiten concluir que la pertenencia a una cultura diferente puede haber tenido una influencia sobre la culpabilidad (en el sentido más amplio<sup>105</sup>) del autor, creemos que un peritaje es necesario en la medida en que la gestión es proporcionada con relación al delito cometido<sup>106</sup>. En lo que respecta a este último criterio, cabe señalar, sin embargo, que los casos de la jurisprudencia y aquellos tratados por la doctrina conciernen a delitos de una cierta gravedad<sup>107</sup>.

### III. DESIGNACIÓN DEL PERITO

#### A. Elección del perito

La elección del perito corresponde exclusivamente a las autoridades y a las jurisdicciones judiciales, que poseen una amplia facultad de apreciación en la materia<sup>108</sup>. Por lo tanto, en lo que respecta a los criterios que deben guiar esta elección, la ley se limita a precisar que debe tratarse de una persona física con conocimientos y habilidades necesarias para los fines buscados<sup>109</sup>. No contiene, por lo tanto, ningún criterio específico sobre las cualidades requeridas para actuar como perito<sup>110</sup>. Con su referencia a las normas sobre la recusación, la ley prevé

---

103 Wicker, 1996, pp. 118 y ss., en particular p. 126, que advierte contra peritajes generales y recalca que el aspecto central del peritaje siempre debe ser el individuo.

104 Así, en un caso citado por Egeter, 2000, p. 112, hubiera bastado entrevistar al perito, quien hubiera podido revelar que el autor chino nunca hubiera matado a la víctima en público si actuaba por motivos de honor.

105 Lo que por lo tanto también concierne, en su caso, la aplicación de los arts. 19 y ss. CP. Zimmerlin, 2006, p. 288, constata que todos los criterios discutidos, que permiten tomar en cuenta la especificidad cultural, se resumen a la cuestión de saber en qué medida se puede reprochar al autor una eventual deficiencia a nivel de la consciencia o de la voluntad, debido a su pertenencia a otro grupo cultural.

106 Laubenthal & Baier, 2000, p. 221; Egeter, 2000, p. 107, pasa por alto el criterio de la proporcionalidad y considera que un peritaje es prácticamente inevitable si se plantean cuestiones etnoculturales en el ámbito penal, Wicker, 1996, pp. 122 y ss.

107 La misma conclusión de Zimmerlin, 2006, p. 268; Wicker, 1996, pp. 118, 127; Egeter, 2000, p. 108.

108 Piquerez, 2007, n. 619; 2006, n. 2217; Hauser, Schwenk & Hartmann, 2005, § 64.6; Helfenstein, 1978, p. 69.

109 Art. 183, inc. 1 CPP; Bühler, 1999, p. 567: «las dos cualidades esenciales».

110 Como sucede con la mayor parte de las leyes: Saladin, 1980, p. 667.

implícitamente un tercer criterio que puede calificarse de negativo; es decir, que el perito debe ser imparcial<sup>111</sup>.

La obligación de designar a una persona física<sup>112</sup> y no moral se debe, entre otras cosas, al hecho que esta última no podría, válidamente, ser sometida a una serie de obligaciones fundamentales destinadas a garantizar la calidad del peritaje<sup>113</sup>. Sin embargo, es posible designar una oficina de la administración pública, como por ejemplo un instituto universitario, que a su vez designará la persona responsable e indicará su nombre al juez que lo nombrará oficialmente<sup>114</sup>. Además, el TF ha expresamente juzgado constitucional la práctica que consiste en nombrar al director de un instituto médico universitario, que a su vez procede a delegar la totalidad del peritaje a sus médicos subalternos con la condición de que lo lleven a cabo y establezcan el informe personalmente<sup>115</sup>.

En este contexto, es comúnmente admitido que un perito judicial recurra a los servicios de sus colaboradores para realizar tareas específicas<sup>116</sup>, pero el perito debe verificar posteriormente los resultados obtenidos e incorporarlos en su informe indicando el nombre del colaborador que realizó las pruebas<sup>117</sup>.

La ley precisa que el juez también puede decidir nombrar a varios expertos, algo que sucede, por ejemplo, en el marco de un peritaje multidisciplinario<sup>118</sup>. Se trata de una posibilidad importante ofrecida en el caso de un delito cometido en el marco de un conflicto cultural, ya que ello permite nombrar conjuntamente un psiquiatra y un perito en aspectos culturales<sup>119</sup>. De hecho, esta solución permite

---

111 Art. 183, inc. 3 CPP; Saladin, 1980, pp. 667 y ss.

112 Schmid, 2009, n. 1. Anecdóticamente, cabe notar que Mastronardi, 1933, pp. 49 y ss., se interrogó en 1936 sobre la posibilidad de nombrar mujeres como peritos, a lo que respondió con la afirmativa. Helfenstein, 1978, p. 73; Piquerez, 2006, n. 2211, precisan que nada se opone a que los peritos sean extranjeros.

113 Arts. 307 y 320 CP.

114 Schmid, 2009, n. 1; Piquerez, 2006, n. 2219; Helfenstein, 1978, pp. 71 y ss.; Vossen, 1980, p. 379. Crítica sobre este aspecto en Saladin, 1980, p. 667; también Bühler, 2005, p. 23.

115 TF del 6 de junio de 2006, 1P 787 / 2005 cons. 1.6.1; TF del 29 de mayo de 2007, 1B\_22 / 2007, cons. 3.4 y TF del 14 de septiembre de 2001, 6P.40 / 2001 cons. 3 d / ii.

116 TF del 13 de agosto de 2008, 1B\_162 / 2008 cons. 2.2 refiriéndose a Piquerez, 2006, n. 508; Schmid, 1997, n. 669. Cabe notar, sin embargo, que según el art. 184, inc. 2, lit. b CPP, el mandato debería indicarlo.

117 TF del 6 de junio de 2006, 1P 787 / 2005 cons. 2.4.2.

118 Helfenstein, 1978, pp. 74 y ss.; Mastronardi, 1933, pp. 50 y ss.; Lafranconi, 2005, p. 129. Ver también, Schmid, 2009, n. 6.

119 Wicker, 1996, pp. 119, 122 y ss., precisa que en nueve de cada diez casos de «peritajes culturales» se preconiza este enfoque multidisciplinario. La misma opinión en Egeter, 2000, p. 114.

que sea la persona imputada quien se encuentre en el centro del peritaje, no su cultura<sup>120</sup>.

Esta solución también puede tener un efecto positivo en lo que respecta a la aceptación por el lado de las partes, y reducir así el riesgo de que se necesite un peritaje de comprobación o un sobre peritaje posteriormente<sup>121</sup>. El juez debe indicar si cada uno de los peritos presentará un informe o si se realizará un informe conjunto. Un enfoque multidisciplinario debería favorecer un informe único, lo cual, no obstante, obliga a los peritos a coordinar sus esfuerzos<sup>122</sup>.

Si se opta por un informe único, este debe contener las eventuales opiniones divergentes de los peritos<sup>123</sup>. En la práctica, también es posible nombrar a un experto a cargo, quien a su vez recluta a los especialistas necesarios —que serán formalmente nombrados por el juez<sup>124</sup>—. De acuerdo con el art. 184, inc. 2, lit. b CPP, esta delegación deberá no obstante ser prevista en el mandato. El experto también tiene la posibilidad, sin mandato de sustitución, de requerir la asistencia de subordinados para tareas de importancia secundaria<sup>125</sup>.

Las disposiciones relativas al procedimiento penal de algunos cantones preveían la obligación, para los residentes del cantón, de aceptar el mandato<sup>126</sup>. Esta obligación se deducía de la obligación de los testigos de cooperar con la justicia, ignorando no obstante el hecho de que el testigo, a diferencia del perito, no es intercambiable<sup>127</sup>. Se puede fácilmente imaginar cuál será la motivación de una persona obligada de esta manera, así como los riesgos que se derivan en cuanto a la rapidez y la calidad del trabajo realizado.

Por esto, no debe sorprender que el nuevo código de procedimiento no prevea esta obligación general<sup>128</sup>; sin embargo, sigue siendo posible prever dicha obligación en el marco de otros actos legislativos para determinadas categorías de personas, como por ejemplo, los empleados del Estado o los médicos<sup>129</sup>. En todos los casos, la práctica del juez consiste en contactar previamente al perito para obtener su acuerdo de principio, antes de nombrarlo formalmente<sup>130</sup>.

120 Egeter, 2000, p. 110, 115, a modo de conclusión intermedia; Wicker, 1996, p. 119.

121 Lafranconi, 2005, p. 129; Egeter, 2000, p. 115; ver *Infra* V.B.

122 Wicker, 1996, p. 126; Egeter, 2000, p. 114.

123 Helfenstein, 1978, p. 75.

124 TF del 4 de febrero de 2009, 8C\_509 / 2008 cons. 5.

125 Bühler, 2005, p. 22.

126 Oberholzer, 2005, n. 21.3; Mauer, 2003, p. 232; Helfenstein, 1978, pp. 75 y ss.; Mastronardi, 1933, pp. 53 y ss.; Bettex, 2006, pp. 107 y ss.

127 Mastronardi, 1933, p. 53; una opinión similar en Schmid, 2009, n. 5.

128 Schmid, 2009, n. 935.

129 Schmid, 2009, n. 3.

130 Sollberger, 2004, art. 183; Mauer, 2003, p. 232.

En cuanto a las cualificaciones necesarias del perito, se las deja a la libre apreciación del juez. Por ejemplo, no es necesario limitarse a los titulares de diplomas y/o a personas acreditadas ante los tribunales<sup>131</sup>. La ley prevé, sin embargo, la posibilidad de los cantones de recurrir a peritos permanentes u oficiales<sup>132</sup>. Aparte de estos casos, el juez podrá elegir libremente entre los peritos afiliados a institutos especializados en materia de peritaje, universitarios o profesionales, que contribuirán así con su experiencia para examinar el cargo delegado<sup>133</sup>.

Por esto, debe determinarse el campo de la especialización requerida, lo cual puede resultar difícil cuando la problemática se encuentra en la encrucijada de varias disciplinas. En tal caso, un contacto previo con varios peritos es primordial para evitar una orientación incorrecta de la búsqueda del perito<sup>134</sup>. Cabe recordar en este contexto, que también es posible designar a varios expertos<sup>135</sup>. En el ámbito de la medicina, por ejemplo, no es inusual encontrar «peritajes multidisciplinares»<sup>136</sup>.

En cuanto a la elección de la persona que se nombrará, además de los criterios de cualificación profesional, se deberá tener en cuenta la experiencia<sup>137</sup>, pero también cualidades personales como la probidad, la confianza y la imparcialidad<sup>138</sup>. Obviamente, no se espera del juez que encuentre y nombre al perito más competente de todos<sup>139</sup>. En cuanto al ámbito cultural de los peritajes culturales, la ausencia de centro de competencia forense hace que la búsqueda sea más difícil, llevando a las autoridades a dirigir su atención a los institutos universitarios<sup>140</sup>.

Lamentablemente, el catálogo de criterios no estaría completo si no se mencionara aquel que, en la práctica y en la aplicación del principio de celeridad, no deja de tener importancia; a saber, el plazo aceptable en lo que respecta a la entrega del informe por parte del perito<sup>141</sup>. Este criterio puede limitar la selección

---

131 Helfenstein, 1978, pp. 61 y ss.; Piquerez, 2006, n. 2221; Sollberger, 2004, art. 183; Donatsch, 1997, p. 42, se refiere a peritos ad hoc; Schmid, 1987, p. 382; 2009, n. 935 y 2009, n. 2.

132 Art. 183, inc. 2 CPP; Bettex, 2006, pp. 102 y ss., a favor de listas de peritos reconocidos por los tribunales, a fin de facilitar el trabajo de los jueces y las partes.

133 Subdivisión propuesta por Lafranconi, 2005, pp. 127 y ss.

134 Helfenstein, 1978, p. 69.

135 A favor, Lifschitz, 1959, p. 51, que considera que se puede así reducir los riesgos de un peritaje erróneo; Bühler, 2005, p. 21.

136 Bühler, 2005, p. 39.

137 Lifschitz, 1959, pp. 49 y ss.; Saladin, 1980, p. 667; Bühler, 2005, p. 39.

138 Helfenstein, 1978, pp. 70 y ss.

139 TF del 14 de septiembre de 2001, 6P.40 / 2001 cons. 3d / hh.

140 Wicker, 1996, p. 127, que por otro lado hace un llamado para la creación de centros de competencia, en lo ideal, pluridisciplinarios.

141 Spuhler, 2001, p. 723; Schmid, 2009, n. 940.

que —en ámbitos poco comunes— ya no es muy amplia<sup>142</sup>. En cualquier caso, es aconsejable y corresponde a la práctica ponerse en contacto con el perito previamente a cualquier mandato formal para conocer no solo su disponibilidad, sino también su voluntad y cualificaciones<sup>143</sup>. En el presente contexto, un contacto previo con los peritos potenciales permitirá también determinar la ciencia más apta para resolver las cuestiones que se plantean; a saber, la etnología, la antropología o la ciencia de las religiones.

## B. Recusación

El tercer criterio, el de la imparcialidad del perito, corresponde a un derecho constitucional. En efecto, como lo hemos expuesto, el experto es considerado como un auxiliar del juez. Es más, según la jurisprudencia, no es fácil para el juez alejarse de la opinión del perito, especialmente en ámbitos considerados complejos<sup>144</sup>. Por consiguiente, se espera del perito la misma imparcialidad que la de los miembros de la justicia; el justiciable puede también invocar sus garantías constitucionales en contra de él<sup>145</sup>.

Sin embargo, la recusación de un perito no se examina a la luz del art. 30 Const., visto que el perito no es formalmente parte del tribunal, sino en la perspectiva de los arts. 29 Const. y 6 § 1 CEDH, que garantizan un juicio justo<sup>146</sup>. Esta diferencia no influye, según la jurisprudencia, en los requisitos de imparcialidad e independencia, y por lo tanto asegura al justiciable una garantía equivalente<sup>147</sup>. Así, el art. 183, inc. 3 CPP, sobre la recusación del perito, remite a los motivos de recusación que se aplican a cualquier persona que ocupe un cargo en una autoridad penal<sup>148</sup>.

La recusación será usualmente solicitada cuando una de las partes teme que el resultado le sea desfavorable. Es también posible servirse de este medio procesal cuando la parte constata el resultado desfavorable al leer el informe del experto, informe que en sí no se puede reprochar. La abundante jurisprudencia relativa a este tema demuestra la importancia de este medio técnico de defensa. Además,

142 Bertschi, 1980, p. 357: hay que evitar la elección «a falta de otro mejor» a la que se refiere Laemmel, 1994, p. 247.

143 Bühler, 2005, p. 54.

144 Constatación de Krauss, 1985, p. 335.

145 TF del 30 de agosto de 2002, 5P.166 / 2000 cons. 2a; Bettex, 2006, p. 120; Helfenstein, 1978, pp. 108 y ss.; Bühler, 2005, p. 567; Donatsch, 2000, p. 364 y 1997, p. 38.

146 ATF 125 II 541 cons. 4a; Donatsch, 1997, pp. 39 y ss.

147 ATF 127 I 196 cons. 2b.

148 Schmid, 2009, n. 936.

mientras más escasos sean los peritos en un campo, más nefastas resultarán las consecuencias de la recusación de uno de ellos para el procedimiento. Por lo tanto, a este respecto, se aconseja contar con un amplio conocimiento de la jurisprudencia, también en el contexto presente, ya que los peritos no son muchos.

Los criterios tradicionalmente considerados como causas absolutas<sup>149</sup>, como son los intereses personales del perito o su vínculo familiar o de amistad con las partes o sus representantes jurídicos, son evidentes y, por lo tanto, no requieren precisiones<sup>150</sup>, menos aun sabiendo que en el presente contexto no se plantea ninguna cuestión específica al respecto.

En cambio, la «cláusula general» del art. 56, lit. f CPP, que permite la recusación de los magistrados —de quienes, por otras razones, se sospecha de prejuicio—, está sujeta a interpretación. De acuerdo con la referencia legal, la jurisprudencia pronunciada en este contexto para los magistrados se aplica igualmente a los peritos. Sin embargo, tratándose de una aplicación *mutatis mutandis*, el TF, en su jurisprudencia reciente, parece querer aplicar criterios menos estrictos en lo que respecta a la apariencia sospechosa de los peritos<sup>151</sup>.

En el interés de la celeridad del procedimiento, la recusación debe seguir siendo la excepción<sup>152</sup>. Visto que se presume la imparcialidad, corresponderá al demandante demostrar su ausencia<sup>153</sup>. La mera afirmación de parcialidad no es suficiente, pero tampoco es necesario que el experto sea efectivamente procesado; la sospecha es legítima aun cuando se base en las apariencias, siempre que estas resulten de circunstancias objetivamente analizadas<sup>154</sup>.

Es evidentemente imposible resumir aquí toda la jurisprudencia del TF, pero podemos seleccionar algunos aspectos con el fin de establecer ciertos puntos clave en este contexto<sup>155</sup>.

---

149 Piquerez, 2006, n. 925 y ss.; Hauser, Schweni & Hartmann, 2005, § 29.1.

150 Art. 56, lits. a - e, CPP; ver Helfenstein, 1978, pp. 120 y ss.; Donatsch, 1997, p. 45.

151 TF del 6 de junio de 2006, 1P.787 / 2005 cons. 3.

152 ATF 105 Ia 157 cons. 6a; TF del 29 de mayo de 2007, 1B\_22 / 2007.

153 Auer, Malinverni & Hottelier, 2000, n. 1205.

154 ATF 124 I 121 cons. 3a para el juez; TF del 16 de abril de 2003, 6P.11 / 2003 cons. 2.1; TF del 6 de abril de 2006, 4P.22 / 2006 cons. 4.1; Donatsch, 1997, pp. 46 y ss.

155 Una discusión más profunda en Bühler, 1999, pp. 567 y ss. y 2005, pp. 33 y ss.

## 1. Casuística relativa a la competencia

Reprochar al perito su falta de competencia en general, o su no-dominio de la lengua<sup>156</sup>, no es suficiente para justificar su recusación<sup>157</sup>. Así, ni siquiera las críticas formuladas por treinta y tres colegas de un perito acerca de su práctica fueron suficientes para obtener su recusación<sup>158</sup>. Por supuesto, no basta argumentar que el perito designado no era el más calificado de su institución<sup>159</sup>.

Tampoco es suficiente presentar una demanda o haber denunciado al perito, por ejemplo, por racismo, para obtener su recusación<sup>160</sup>. No obstante, ello no impide en lo absoluto que el perito mismo considere su incapacidad para asumir la posición neutral que le corresponde; en este caso, debe aceptarse la suspensión de su cargo. La recusación de un perito también es inadmisiblesi es que él presentara una denuncia contra el sujeto del peritaje o su mandatario (por ejemplo, por difamación)<sup>161</sup>.

Por analogía con la jurisprudencia relativa a los magistrados instructores, en principio, aunque hayan sido probados, los errores cometidos durante la elaboración del peritaje no son suficientes para apoyar una sospecha de prevención. Solo errores particularmente graves o repetidos pueden justificar la sospecha de parcialidad<sup>162</sup>. En cuanto a los errores contenidos en el informe del perito, estos no constituyen causas de recusación, pero podrán ser objeto de preguntas complementarias o motivar otros peritajes<sup>163</sup>, a excepción de las observaciones que permiten constatar que el informe no es neutral y objetivo<sup>164</sup>.

156 TF del 14 de noviembre de 2008, 1B\_254 / 2008 cons. 4.1.

157 Helfenstein, 1978, p. 120, 128, hace referencia, justamente, a las posibilidades que existen en el marco de la apreciación del peritaje; Donatsch, 1997, p. 45; similar: TF del 4 de febrero de 2009, 8C\_509 / 2008 cons. 5.3.

158 TF del 23 de marzo de 2006, I 247 / 2004 cons. 3.

159 TF del 14 de septiembre de 2001, 6P40 / 2001 cons. 3d / hh.

160 Donatsch, 1997, pp. 48 y ss.; Bühler, 2005, p. 571; TF del 30 de mayo de 2007, 6P.16 / 2007 cons. 4.2, en donde se precisa que el hecho de tomar conocimiento de las críticas enunciadas en una solicitud de recusación no influencia al perito.

161 Bühler, 1995, p. 572 y 2005, p. 36; Hauser, Schweri & Hartmann, 2005, § 30.6; Helfenstein, 1978, p. 129.

162 ATF 125 I 119 cons. 3 e; TF del 3 de marzo de 2007, 1P.813 / 2006 cons. 4.1.

163 *Infra V.B.*; TF del 23 de marzo de 2005, 1P.600 / 2004 cons. 2.4: en particular cuando ello no influye en el resultado del peritaje.

164 TF del 12 de febrero de 2007, I 88 / 2006 cons. 3.2.2; TF del 3 de febrero de 2006, I 832 / 2004 cons. 2.3.1; TF del 17 de agosto de 2004, I 29 / 2004 cons. 2.2.

## *2. Casuística relativa a la pertenencia a un grupo (de opinión)*

Dado que el juzgamiento no constituye una «ciencia exacta», el juez puede encontrarse, al momento de elegir, frente a varias opiniones científicas que difieren sobre aspectos esenciales.

De manera general, el TF constató, en una sentencia de referencia concerniendo a jueces<sup>165</sup>, que las influencias políticas, sociales, los juicios de valor y los acontecimientos políticos podían afectar la imparcialidad de una persona. Sin embargo, cabe señalar que resulta imposible ser libre de toda influencia y, por lo tanto, la mera existencia de estos aspectos no es suficiente para deducir de ellos la imparcialidad. Así pues, incluso cuando una persona posea previamente una opinión fija sobre una cuestión específica, ello en principio no permite recusarla.

De manera igualmente general, cuando existen múltiples opiniones en un campo científico, las mismas que no son obsoletas y/o ampliamente rechazadas, no corresponde a la justicia pronunciarse a favor de una de ellas<sup>166</sup>. De ello se deduce que incluso el hecho de pertenecer a un grupo célebre por sus ideas controvertidas no basta para que surja una apariencia de parcialidad, aún debe demostrarse que las ideas en cuestión permiten concluir concretamente en la parcialidad del perito en la causa pendiente<sup>167</sup>.

Así, si el grupo ha tomado posición en el caso concreto —especialmente si la persona concernida ha firmado una petición al respecto—, ya no será posible admitir la imparcialidad<sup>168</sup>; sin embargo, se debe ser extremadamente prudente en lo que respecta al contexto de la etnicidad y del racismo<sup>169</sup>. Asimismo, en presencia de varias opiniones equivalentes, si la pertenencia a un grupo de opinión prejuzga, eso permite anticipar el resultado del peritaje en favor o en contra de cualquiera de las partes en el procedimiento<sup>170</sup>. El juez podrá entonces designar a varios expertos que representen diferentes doctrinas, o a un perito «neutral» apto para poner las opiniones presentes en evidencia<sup>171</sup>.

La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre la problemática de la pertenencia del perito a un instituto universitario. El hecho de que el perito sea un empleado del Estado, a la vez que profesor universitario, mientras que el fiscal

---

165 ATF 105 Ia 157 cons. 6a.

166 Bühler, 2005, p. 38.

167 TF del 2 de febrero de 2002, 6S.46 / 2005 cons. 5.2.3, del cual ha sido publicado el cons. 6 (ATF 132 IV 70); Donatsch, 1997, p. 45.

168 ATF 108 Ia 48 cons. 3; Hauser, Schwenk & Hartmann, 2005, § 30.6.

169 Véanse los ejemplos citados en Donatsch, 1997, p. 49.

170 La misma opinión en Saladin, 1980, p. 668.

171 Bühler, 2005, pp. 38 y ss. y las referencias citadas.

lo es también, no justifica que se ponga en duda su neutralidad<sup>172</sup>. En este contexto, el TF también ha tenido la oportunidad de precisar que el ser empleado de una universidad, mientras que una de las partes, respectivamente, su abogado y profesor encargado de curso, también lo son, no basta para dudar de su imparcialidad a falta de una relación de jerarquía entre estas dos personas<sup>173</sup>.

También ha sido considerado que no es posible concluir sobre la parcialidad de un perito judicial que pertenece a un grupo de peritos al que también está afiliado el perito privado designado por una de las partes en el procedimiento<sup>174</sup>. Esto nos permite llegar a la conclusión de que es posible designar a un perito proveniente del mismo instituto universitario, a condición de que no exista una relación de subordinación en relación con el perito privado.

La jurisprudencia, en el ámbito de la seguridad social, a pesar de las críticas de la doctrina, también ha sostenido que un perito conserva su imparcialidad a pesar de que el volumen financiero de los peritajes que la entidad estatal le atribuye lo haga dependiente de la seguridad social<sup>175</sup>. No obstante, la situación sería diferente si el instituto fuera patrocinado por un grupo de intereses o una sociedad, como era el caso de un profesor de Ginebra, que durante años recibió un considerable apoyo financiero de parte de los fabricantes de cigarrillos para que demostrara que el tabaquismo pasivo no es perjudicial<sup>176</sup>.

Por último, cabe recalcar que la recusación de uno de los miembros de un equipo multidisciplinario de peritos no implica automáticamente la de los demás peritos. Para ello es necesario que haya habido una influencia concreta a través de discusiones, referencias o traspaso de resultados<sup>177</sup>. Por consiguiente, el nuevo perito también puede tomar conocimiento del primer peritaje, siempre y cuando su contenido no haya sido la causa de la recusación del primer perito<sup>178</sup>.

---

172 Helfenstein, 1978, p. 126; Hauser, Schweri & Hartmann, 2005, § 64.6a, que cita ATF 118 II 249 cons. 2a; ver también TF del 21 de julio de 2005, 2P.78 / 2005 cons. 3.1, donde se rechazó la recusación del perito, profesor en la Universidad de St. Gall, que debía analizar las condiciones salariales de empleados estatales del mismo cantón.

173 TF del 30 de enero de 2002, 1P.17 / 2002 cons. 3.2.

174 TF del 16 de febrero de 2005, 1P.708 / 2004 cons. 2.

175 TF del 4 de febrero de 2009, 8C\_509 / 2008 cons. 6.2; la misma opinión: Helfenstein, 1978, p. 125.

176 Ejemplo citado en Bühler, 2005, p. 32.

177 Donatsch, 1997, p. 50, que se refiere a la jurisprudencia no publicada del TF.

178 TF del 7 de diciembre del 2004, 1P.596 / 2004 cons. 3; ver la discusión en Helfenstein, 1978, p. 128.

### **3. Casuística relativa al comportamiento de las partes**

El perito, al igual que los miembros de la justicia, debe tener cuidado de no favorecer a una de las partes en el procedimiento. De esto se deriva que, en la gestión de su mandato, debe tratar a las partes por igual, tanto en la búsqueda de información como en la comunicación. Así, han sido considerados motivos válidos para la recusación: el procurarse las pruebas ante una sola de las partes, proceder a la verificación local en presencia únicamente de una de las partes, e incluso el haber efectuado el desplazamiento a este fin en el vehículo de una de ellas<sup>179</sup>.

En cuanto a la comunicación con las partes, en la medida en que sea necesario, debe respetar estrictamente las normas de igualdad de trato. Debido a que la apariencia es suficiente para justificar la recusación, se debe evitar cualquier contacto telefónico y en particular las conversaciones sobre el procedimiento en curso. Para evitar cualquier riesgo, es aconsejable hacer las comunicaciones por escrito, enviando copia a las demás partes implicadas en el procedimiento<sup>180</sup>. En nuestra opinión, para evitar problemas, lo más conveniente es que todas las comunicaciones pasen por la dirección del proceso<sup>181</sup>.

Se debe ser cauteloso con respecto a las observaciones formuladas en los contactos con la persona sujeta al peritaje, los magistrados y las partes, en el marco del informe pericial. Esto se aplica particularmente a las preguntas dirigidas a los acusados. En general, la jurisprudencia acepta que se hagan comentarios, pero estos deben apreciarse de manera diferente en función de la etapa del procedimiento. En particular, se debe respetar la presunción de inocencia en la etapa de la instrucción, sobre todo si el acusado no ha efectuado ninguna confesión<sup>182</sup>.

Esto no impide, sin embargo, confrontar a la persona objeto del peritaje con los elementos de sospecha que constituyen los fundamentos de la instrucción y, por lo tanto, también del peritaje (*Anknüpfungstatsachen*)<sup>183</sup>. Pueden ser problemáticos, en particular, los comentarios humorísticos, aunque por lo general no bastan para justificar la recusación<sup>184</sup>. El empleo del arma de desarme que representa el humor comporta el riesgo de exceder lo que es admisible. De hecho, el sentido del humor, sobre todo la ironía, a menudo, no es una cualidad compartida. Reírse del acusado puede conllevar la recusación, cuando de ello se puede deducir un signo

---

179 Jurisprudencia resumida y citada en Bühler, 2005, p. 35.

180 Bühler, 2005, p. 35.

181 Bühler, 1999, p. 571 y la jurisprudencia alemana citada.

182 ATF 127 I 196 cons. 2d que se refiere al TF del 25 de septiembre de 2000, 8G.36 / 2000 cons. 3c.

183 TF del 18 de mayo de 2001, 1P.766 / 2000 cons. 7a.

184 ATF 116 Ia 14 cons. 6 y TF del 3 de septiembre de 2002 - 1P.334 / 2002 cons. 3.1; Bühler, 2005, p. 33.

de desconfianza<sup>185</sup>; de igual manera, si se expresa una opinión desfavorable a través de gestos<sup>186</sup>.

Absolutamente inaceptables son los comentarios con los que se insinúa que la persona sometida al peritaje está mintiendo<sup>187</sup>. Y evidentemente se sobrepasan los límites permisibles para los comentarios cuando estos implican una calificación penal de los hechos<sup>188</sup>.

En este contexto, también se debe advertir a los peritos sobre la manera como deben emitir sus réplicas. De hecho, el perito es a menudo objeto de críticas severas en su contra, ya sea a nivel personal o en contra de las teorías que defiende. Las críticas serán hechas por escrito u oralmente durante la audiencia. En su réplica, el perito debe permanecer dentro de los límites del peritaje; si a su vez responde de manera polémica, puede exponerse al reproche de parcialidad y se arriesga a ser recusado<sup>189</sup>.

#### 4. *Casuística relativa a la publicidad del caso*

Como ha sido demostrado, las cuestiones de pertenencia cultural y, por consiguiente, los peritajes establecidos en este contexto, se presentan en el marco de instrucciones importantes, a menudo relacionadas con crímenes de sangre<sup>190</sup>. Obviamente, estos procedimientos son frecuentemente publicitados, lo cual plantea la cuestión de los límites que se deben imponer al perito en materia de comunicación.

El TF ha declarado que la comunicación pública por vía de prensa hecha por el juez o el fiscal encargados de un caso es, en principio, aceptable, pero que dicha comunicación debe adaptarse según la evolución del procedimiento<sup>191</sup>. El perito está atado al secreto profesional, razón por la cual deberá limitarse a participar,

185 TF del 19 de julio de 2007, 1P.273 / 2000 cons. 2 e.

186 Bühler, 1999, p. 570 y 2005, p. 34; Donatsch, 1997, p. 47.

187 ATF 120 V 357 cons. 3b; TF del 25 de septiembre de 2000, 8G.36 / 2000 cons. 4b; Bühler, 1999, p. 570 y 2005, p. 34; sin embargo, Brunner, 2005, p. 198, se sorprende de lo que los defensores llegan a tolerar.

188 ATF 127 I 196 cons. 2 e; TF del 2 de abril de 1987, H c / F, cons. 2c, citado en el TF del 5 de septiembre de 2000 cons. 3c y TF del 18 de mayo de 2001, 1 P.766 / 2000 cons. 6.

189 Bühler, 1999, p. 571, y las referencias citadas; 2005, p. 57, advierte a los peritos en contra de las reacciones que una parte podría intentar provocar con el fin de conseguir su recusación; Donatsch, 1997, pp. 48 y ss.

190 Supra I.C.4. in fine y la misma constatación de Zimmerlin, 2006, p. 268, que se refiere a la jurisprudencia.

191 TF del 3 de septiembre de 2002 - 1P.334 / 2002 cons. 3.1; TF del 3 de abril de 1997, 8G.21 / 1997 cons. 4b.

según sea el caso dado, a la comunicación pública de la dirección del procedimiento. En ese momento deberá tener cuidado de no prejuzgar sus conclusiones en la medida en que no figuren aún en el expediente, y no hacer una apreciación negativa de la persona objeto del peritaje<sup>192</sup>.

Que un proceso se encuentre en el centro de la atención pública puede también hacer que la cuestión de la recusación se vuelva más sensible. Así, en el caso del Banco Cantonal de Ginebra, el TF pronunció la recusación de un perito, indicando claramente que en tiempos normales las razones invocadas no habrían sido suficientes; pero, en este caso, el perito no debía suscitar la más mínima duda en cuanto a su independencia e imparcialidad<sup>193</sup>.

### *5. Casuística relativa a la intervención previa*

Una posibilidad que ha sido sugerida es la de proceder a entrevistar al perito antes de su nombramiento con la finalidad de evitar el peritaje o de determinar su necesidad y extensión. Se verá que una de las posibilidades que tiene una de las partes es justamente introducir la idea del peritaje cultural en el proceso penal, pudiendo recurrir ante un perito privado. Se plantea entonces, dada la escasez de peritos, la cuestión de saber si, en tal caso, es posible nombrarlo como perito judicial para el resto del procedimiento.

El perito privado, ofrecido por una de las partes en el procedimiento, en principio no puede intervenir a continuación en calidad de perito judicial<sup>194</sup>. Esta regla debe ser aclarada en el sentido de que la audiencia de una persona, a petición de una parte en calidad de testigo, no excluye *per se* la posibilidad de nombrarla perito judicial, aun cuando sea lo que por regla general sucede<sup>195</sup>. Esta regla tampoco comprende el caso en el que un perito haya ya efectuado un peritaje concerniente a una de las partes, en otro contexto y relativo a otra cuestión, aun cuando este hubiera sido negativo<sup>196</sup>. *A fortiori*, si es el fiscal quien se ha entrevistado con el perito, este podrá ser nombrado.

Cuando es el peritaje el que conduce a la apertura de la instrucción, la recusación se podrá obtener si el perito, en vez de limitarse a presentar su informe, actúa activamente con el fin de obtener la apertura del procedimiento<sup>197</sup>.

---

192 Bühler, 2005, pp. 34 y ss.

193 TF del 9 de agosto de 2002, 1P.294 / 2002.

194 Helfenstein, 1978, pp. 122, 259; Bühler, 2005, p. 29, lo que en cambio no impide que el peritaje privado sea utilizado, al lugar de mandar un peritaje judicial.

195 Piquerez, 2006, n. 2220; Helfenstein, 1978, p. 129; Donatsch, 1997, p. 44.

196 Bühler, 1999, p. 572.

197 Donatsch, 1997, p. 48.

### C. Procedimiento

El representante de la dirección del procedimiento es quien se nombra al perito; por lo general, será el Ministerio Público durante la instrucción penal o, en circunstancias excepcionales, el tribunal de primera instancia. En virtud del derecho a ser oído, consagrado en el art. 184, inc. 3 CPP, se concede a las partes la posibilidad de pronunciarse sobre la elección del perito<sup>198</sup>. Sin embargo, este no es un derecho absoluto y puede ser restringido por razones de emergencia, como la preservación de los elementos probatorios<sup>199</sup>. Las partes no tienen derecho a un pronunciamiento previo sobre la elección realizada por la justicia<sup>200</sup>, pero es más que recomendable consultarla, ya que una recusación presentada posteriormente volvería caduco el peritaje realizado<sup>201</sup>.

Por último, cabe señalar que nada impide a las partes proponer candidatos al momento de la elección del perito; no obstante, de esto no debe derivarse ninguna obligación para el juez<sup>202</sup>. Sin embargo, cuando varias partes están involucradas en el procedimiento, si la dirección del proceso opta por la propuesta de una de ellas, corre el riesgo de suscitar una recusación<sup>203</sup>.

La recusación corresponde a un derecho constitucional. Ella debe ser presentada sin demora, a partir del conocimiento del motivo invocado, caso contrario deviene en perentorio el plazo para ejercer dicho derecho<sup>204</sup>. Así, se acepta tácitamente el nombramiento del perito cuando no invoca la razón de la supuesta parcialidad que se alega<sup>205</sup>. El nombramiento del perito por el Ministerio Público genera una decisión incidental contra la cual puede apelarse ante la autoridad superior. Se trata de una vía de recurso, según lo previsto por el art. 92 LTF, abierta en última

198 Brunner, 2005, p. 193; Schmid, 1997, n. 666 in fine y 2009, n. 1, recomienda la consultación previa de las partes.

199 Sollberger, 2004, art. 184.

200 Piquerez, 2006, n. 2217; Hauser, Schweri & Hartmann, 2005, § 64.6.; Helfenstein, 1978, p. 64.

201 Oberholzer, 2005, § 41.2.2.; Helfenstein, 1978, p. 64; Donatsch, 2000, pp. 367, 375; Saladin, 1980, p. 670; Schmid, 1987, p. 384; y Donatsch, 1997, p. 41, indica que también se vuelven caducas las pruebas recogidas por el perito y que no son renovables.

202 Helfenstein, 1978, p. 65; Mastronardi, 1933, pp. 31 y ss.; Hauser, Schweri & Hartmann, 2005, § 64.6; y Bühler, 2005, p. 46.

203 Bühler, 2005, pp. 44 y ss.

204 ATF 121 I 225 cons. 3; Hauser, Schweri & Hartmann, 2005, § 31.2; Bettex, 2006, p. 138.

205 Piquerez, 2006, n. 2218 y TF del 6 de febrero de 2008, 1B\_703 / 2007 cons. 3.4, donde se precisa que el hecho de someter preguntas a un perito, con pleno conocimiento de causa, es una manera concluyente de aceptar su nombramiento.

instancia ordinaria al TF<sup>206</sup>. Debemos precisar que el acusado puede apelar, aun cuando la recusación no ha sido solicitada por él mismo, sino propuesta por la parte contraria; en cambio, el perito no dispone de ningún medio jurídico en contra de su propia recusación<sup>207</sup>.

En lo que al perito concierne, incluso si la referencia se limitara al art. 56 CPP, nos parece evidente que la disposición, que obliga a toda persona que ocupa un cargo en una autoridad penal a denunciar de oficio ante la dirección del procedimiento cualquier motivo de recusación<sup>208</sup>, se aplica también a los peritos. Cabe tener presente que se puede tratar no solo de indicios objetivos, sino también de apreciaciones subjetivas, tales como convicciones personales. En este sentido, creemos que en caso de olvido por parte del perito y de invalidación posterior de su peritaje, el art. 191 CPP debería aplicarse, y su remuneración debería ser reducida o incluso rechazada<sup>209</sup>.

#### **IV. MANDATO AL PERITO**

El mandato generalmente se confiere por escrito. Sin embargo, no se trata de una regla de validez, sino de una disposición de orden<sup>210</sup>. En efecto, se aceptan también los mandatos dados oralmente, en caso de emergencia. Aconsejamos no obstante, aunque solo fuera por razones de claridad, realizar una confirmación por escrito<sup>211</sup>.

De la calidad del mandato dependerá la calidad del informe; por lo tanto, un mandato deficiente puede hacer que el peritaje sea inutilizable desde el inicio<sup>212</sup>. Esto es en particular cierto en el ámbito de los peritajes culturales, con los cuales se corre el riesgo de confirmar aún más la tendencia que sostiene su inutilidad<sup>213</sup>; por lo tanto, es importante respetar las normas que han sido establecidas al respecto.

---

206 TF del 30 de enero de 2002, 1P.17 / 2002 cons. 2; y en lo que respecta el nuevo derecho: TF del 13 de agosto de 2008, 1B\_162 / 2008 cons. 1; Von Werdt, art. 92, n. 14. En nuestra opinión, esta solución también se puede aplicar en lo que concierne a las demandas de recusación en contra de peritos nombrados por el tribunal de primera instancia, en aplicación del art. 59 CPP por analogía (opinión contraria: Schmid, 2009, n. 3; ver, sin embargo, art. 393, n. 13).

207 ATF 108 Ia 48 cons. 1.

208 Art. 57 CPP.

209 La misma opinión, en general, al menos en lo que concierne los casos del perito incapaz: Bühler, 1999, p. 568 y 2005, p. 82, donde llega al mismo resultado, aplicando las reglas del CO.

210 Sollberger, 2004, art. 184; Schmid, 2009, n. 4.

211 Helfenstein, 1978, p. 147, desaconseja el mandato oral; Sollberger, 2004, art. 184, se refiere al mensaje, preconiza la mención en un acta.

212 Spuhler, 2001, p. 721; Saladin, 1980, p. 669; Bühler, 1999, p. 49; y Spirig, 1990, p. 420.

213 Wicker, 1996, pp. 118 y ss., en el capítulo sobre los falsos peritajes etnológicos, cita algunos ejemplos inquietantes al respecto.

Así, el mandato debe ser claro y debe respetar los límites jurídicos del peritaje<sup>214</sup>. El art. 184, inc. 2 CPP enuncia la lista de las indicaciones mínimas que debe contener el mandato. Además de designar al perito responsable y enumerar las cuestiones por esclarecer, el mandato debe también indicar el plazo a respetar. No se debe subestimar la importancia de esta indicación y prueba de ello son las posibles sanciones en caso de retraso; a saber, la multa o incluso la revocación del mandato sin remuneración por el trabajo realizado<sup>215</sup>.

La severidad de estas sanciones se justifica en virtud del principio de celeridad al que la dirección del procedimiento está sujeta<sup>216</sup>. Por lo tanto, es recomendable —lo que además corresponde a la práctica— discutir y negociar previamente el plazo con el perito<sup>217</sup>. La referencia a la obligación de confidencialidad y las referencias a las consecuencias penales en caso de falso testimonio son condiciones de validez del peritaje<sup>218</sup>. Las mismas obligaciones existen en caso de subdelegación por parte del perito a un colega o de atribución de mandato a auxiliares, posibilidades que deben ser mencionadas en el mandato<sup>219</sup>. En tal caso, el juez puede asumir que el perito transmitirá también la referencia a dichas obligaciones a los interesados<sup>220</sup>.

Nos parece importante, en particular con respecto a peritos que no están acostumbrados a trabajar con la justicia penal, aclarar las implicaciones jurídicas y las normas de procedimiento que podrían aplicarse, como el derecho a guardar silencio, el principio *in dubio pro reo* y el derecho a ser oído<sup>221</sup>. Lo mismo se aplica en lo que respecta a otras definiciones, términos o lógicas jurídicas necesarias para la ejecución adecuada de su mandato<sup>222</sup>.

Queda el problema principal: la determinación de las preguntas a someterse al perito. La entrega del expediente, con el mandato general de pronunciarse en calidad de perito sobre su contenido, es manifiestamente insuficiente, ya que la ley establece que la prueba requerida debe ser determinada con precisión<sup>223</sup>,

214 Saladin, 1980, p. 669; Bertschi, 1980, p. 358; Spirig, 1990, pp. 420 y ss.; Vossen, 1980, p. 377.

215 Art. 191 CPP; escéptico en cuanto al efecto de esta norma en el ámbito en el que hay pocos peritos o están agobiados de trabajo: Schmid, 2009, n. 10.

216 Saladin, 1980, p. 675, argumenta a este respecto que las partes pueden invocar la denegación de justicia en contra de la dirección del procedimiento si esta no lleva a cabo los trámites necesarios para garantizar la presentación dentro de los plazos.

217 Bühler, 2005, p. 54.

218 Hauser, Schweri & Hartmann, 2005, § 64.8; Bühler, 2005, p. 53; Schmid, 1997, n. 667.

219 Art. 184, inc. 1, lit. b CPP; Schmid, 1987, p. 385; Saladin, 1980, p. 675.

220 TF del 6 de junio de 2006, 1P.787 / 2005 cons.1.7. Opinión contraria: Spirig, 1990, p. 424.

221 La misma opinión, Gmür, 1999, p. 30; y Spirig, 1990, p. 421. En cuanto a la falta de conocimientos jurídicos de los peritos: Lafranconi, 2005, p. 128, 131.

222 Bühler, 2005, p. 51.

223 Helfenstein, 1978, p. 146 y las referencias citadas; art. 184, inc. 2, lit. c CPP.

lo que plantea la cuestión de la elaboración de dichas preguntas. En efecto, además de las áreas técnicas, como la de las huellas digitales o la toxicología y los peritajes psiquiátricos (para los que la conferencia de las autoridades penales ha elaborado un cuestionario estándar), la lista de preguntas debe ser establecida de forma individual<sup>224</sup>.

Como lo ha señalado acertadamente la doctrina, la práctica ha demostrado que una pregunta mal planteada puede resultar en un peritaje inutilizable en lo posterior<sup>225</sup>. Esta es, asimismo, una de las causas de los problemas que se presentan en los peritajes en los que el autor invoca una motivación cultural<sup>226</sup>. Se trata por lo tanto de una labor delicada, más aun si no existe una regulación precisa o una doctrina sobre la pericia en materia etnocultural<sup>227</sup>.

Por lo tanto, las preguntas deben ser objetivas, precisas, detalladas y lógicamente estructuradas<sup>228</sup>. Así, por ejemplo, preguntas imprecisas pueden dar lugar a respuestas carentes de vínculo con el objeto de discusión pericial, lo que, como hemos visto, es inadmisibles<sup>229</sup>. Por esta razón, es necesario evitar las preguntas relacionadas directa o indirectamente con la «excusabilidad» de un acto, la negligencia de un comportamiento y el error relativo al derecho que sanciona el comportamiento observado<sup>230</sup>. Por último, y como es evidente, el enunciado de la pregunta debe ser neutral; es decir, no debe prejuzgar la respuesta a fin de evitar la recusación del magistrado y/o la tacha del perito<sup>231</sup>.

Por estas razones, y especialmente en áreas inusuales o complejas, los magistrados acostumbran establecer las preguntas en colaboración con el propio perito<sup>232</sup>. Esto se aplica especialmente a campos poco solicitados, como son los peritajes etnoculturales<sup>233</sup>. Esta práctica no se presta a críticas, ya que el perito es un auxiliar de la justicia<sup>234</sup>. Sin embargo, se debe evitar ceder a la tentación de la

---

224 Hauser, Schweri & Hartmann, 2005, § 64.8: crítica sobre su uso: Furger, 1988, p. 394.

225 Spirig, 1990, p. 420. La misma opinión, en calidad de perito, en Lanfranconi, 2005, p. 129.

226 Egeter, 2000, p. 110, recalca que no se trata de conseguir informaciones/descripciones generales sobre las culturas, sino la evaluación concreta del comportamiento del autor.

227 Wicker, 1996, pp. 118 y ss.

228 Spirig, 1990, p. 420 y referencias; Schmid, 1987, p. 386, indica que se deben evitar las preguntas estandarizadas.

229 Supra I.A; ver crítica en el TF del 23 de marzo de 2005, 1P.600 / 2004 cons. 2.3.

230 Se deberá evitar copiar nuevamente, por ejemplo, el enunciado de los arts. 16, 18, 21 y 113 CP; Schmid, 1987, p. 387 y 2009, n. 8.

231 Piquerez, 2006, n. 2226.

232 Schmid, 1987, p. 388; Lafranconi, 2005, p. 129; y Bühler, 2005, p. 49.

233 Wicker, 1996, p. 118, se refiere a unos veinte peritajes en su ámbito y p. 127 en lo que concierne a las gestiones.

234 Dontasch & Zuberbühler, 2007, p. 347.

facilidad que consiste en retomar tal cual la pregunta propuesta por el perito. De hecho, tratándose de un enfoque multidisciplinario, el magistrado debe garantizar que la respuesta a la pregunta pueda ser utilizada a nivel jurídico<sup>235</sup>.

Si la dirección del procedimiento solo desea un peritaje sucinto (*Kurzgutachten*), también lo deberá especificar en su mandato<sup>236</sup>.

La ley otorga a las partes el derecho a expresarse no solo sobre la elección del perito, sino también sobre las preguntas y, además, les está permitido proponer otras preguntas<sup>237</sup>. En cambio, las partes no tienen derecho alguno a exigir que sus preguntas sean sometidas al perito<sup>238</sup>. Por otro lado, el perito mismo tiene también la posibilidad de solicitar al magistrado que precise una pregunta si esta le parece confusa<sup>239</sup>.

## V. ELABORACIÓN DEL INFORME

### A. Documentación - investigaciones propias

Para que pueda cumplir con su mandato, el magistrado entrega al perito las piezas y objetos del expediente penal que considera necesarios a la realización del peritaje<sup>240</sup>. La dirección debería proceder a una selección, para evitar la entrega de piezas inútiles al perito, lo que a veces puede resultar difícil. De hecho, a menudo el más apto para evaluar la pertinencia de una pieza para su trabajo es el perito mismo. Esta es la razón por la cual el expediente penal casi siempre es entregado en su totalidad, o al menos el índice, para que el perito pueda evaluar la necesidad de requerir piezas adicionales<sup>241</sup>.

En cambio, está terminantemente prohibido entregar documentos que no figuran en el expediente penal, aunque esto puede corregirse simplemente

235 Dontasch & Zuberbühler, 2007, p. 347.

236 Spirig, 1990, p. 420; Schmid, 2009, n. 18, ve una solución en ello, cuando los gastos previsibles de un peritaje serían desproporcionados.

237 Art. 184, inc. 3 CPP; Schmid, 2009, n. 14, refiriéndose al debate parlamentario.

238 Helfenstein, 1978, p. 151.

239 Helfenstein, 1978, p. 147; Dontasch & Zuberbühler, 2007, p. 348; Schmid, 1987, p. 388, lo preconiza; Spirig, 1990, p. 431, prevé incluso la posibilidad de solicitar que una pregunta sea modificada.

240 Art. 184, inc. 4 CPP; Schmid, 2009, n. 940.

241 Dontasch & Zuberbühler, 2007, p. 347; Schmid, 1997, n. 668; Helfenstein, 1978, pp. 175 y ss.; Schmid, 1997, p. 389; y Spirig, 1990, p. 422 y p. 433. No obstante, Piquerez, 2006, n. 2228, constata que por lo general se entrega el expediente del procedimiento al perito, Schmid, 2009, n. 16. La misma opinión en Bertschi, 1980, p. 358. Crítica al respecto en Brunner, 2005, p. 193, quien considera que el expediente, sobre todo durante la etapa de la instrucción, contendrá más bien elementos a favor de la «tesis» de la acusación.

añadiéndolos al expediente, lo que sucederá igualmente con las piezas obtenidas por el perito<sup>242</sup>. Además, lo ideal es que un breve resumen de los hechos pertinentes acompañe el mandato<sup>243</sup>.

La ley prevé tres posibilidades para subsanar las eventuales lagunas del expediente. El perito puede, como tal, participar a las audiencias celebradas por el magistrado y hacer preguntas, solicitar complementos de instrucción o incluso realizar ciertos actos él mismo<sup>244</sup>. En nuestra opinión, debe darse prioridad a la posibilidad del perito de participar en los actos de la instrucción y hacer preguntas durante las audiencias<sup>245</sup>; de hecho, la ventaja de esta solución es la de permitir la presencia de las partes, ya que se trata de la administración de una prueba<sup>246</sup>.

Esta solución nos parece la adecuada, especialmente cuando se trata de determinar la necesidad de nombrar al perito. En efecto, si la audiencia tiene lugar en su presencia, el perito estará en mejor condición de indicar si es que existen índices suficientes —relativos a un contexto cultural— que justifiquen que se proceda a un peritaje.

En la medida en que el magistrado conduce la audiencia de debate y análisis pericial, debe llamar la atención del acusado sobre su derecho a negarse a responder<sup>247</sup>. Esto crea una cierta distancia que puede ser perjudicial para la obtención de información esencial<sup>248</sup>. Es una advertencia que, por lo tanto, deberá hacerse regularmente y de manera delicada, lo que puede inducir en error a la persona objeto del peritaje<sup>249</sup>.

En cuanto al aspecto cultural, tal como se discute en este artículo, es evidente que el magistrado rara vez planteará todas las preguntas necesarias a las personas oídas, ya sea el acusado o los testigos<sup>250</sup>. Así, el perito no dispondrá de todos

---

242 Dontasch & Zuberbühler, 2007, p. 347; Schmid, 1997, p. 391; Brunner, 2005, p. 197.

243 Gmür, 1999, p. 31; Furger, 1988, p. 393; Spirig, 1990, pp. 421 y ss.; Vossen, 1980, pp. 377 y ss.; Schmid, 2009, n. 940.

244 Art. 185, incs. 2 al 4 CPP; Schmid, 2009, n. 3 a 7.

245 Favorable a esta posibilidad de integrar el perito al procedimiento Spuhler, 2001, pp. 726 y ss. La misma prioridad en Schmid, 1997, pp. 389 y ss.

246 Art. 147 CPP, que no se aplica, debido a la *lex specialis* del art. 185, incs. 4 y 5 CPP. Sobre este tema, Schmid, 2009, n. 10, que se refiere a una proposición contraria, retirada con ocasión de los trabajos parlamentarios.

247 Art. 185, inc. 5 CPP; Schmid, 2009, n. 947; Brunner, 2005, pp. 189 y ss., 195, en cuanto a los riesgos de dichas entrevistas y la obligación de informar a la persona objeto del peritaje sobre el rol de auxiliar de la justicia del perito.

248 Gmür, 1999, p. 29; Heinitz, 1969, p. 697.

249 Fincke, p. 657; Laemmel, 1994, p. 249.

250 La misma constatación relativa a un caso concreto en Wicker, 1996, p. 118.

los elementos necesarios<sup>251</sup>. Por lo tanto, nos parece importante hacer referencia a la jurisprudencia relativa a los peritajes psiquiátricos, de la cual se desprende que una indagación personal no solo es deseable, sino simplemente necesaria<sup>252</sup>.

En cuanto a la audiencia de terceros por parte del perito, el legislador, teniendo en cuenta las críticas emitidas por la doctrina, ha previsto que el perito debe informar a las personas sobre su derecho a negarse a responder a sus preguntas<sup>253</sup>. Esto requiere, sin embargo, que el perito conozca las normas relativas a la situación de parentesco, a las personas sujetas a la confidencialidad y a las personas que deben proporcionar información, lo cual no siempre es fácil<sup>254</sup>. Cabe notar también, por razones obvias, que las personas escuchadas por el perito no están expuestas a las consecuencias previstas en el art. 307 CP, y que este último no está en medida de ofrecerles las medidas de seguridad previstas por la ley.

Por todas estas razones, los elementos adicionales reunidos por el experto (*Zusatztatsachen*) deben ser tratados prudentemente en el contexto de un proceso penal. Si la autoridad penal desea recurrir a ellos en el marco del juicio para garantizar el respeto de los derechos del acusado, se deberá realizar una audiencia con las personas concernidas<sup>255</sup>. Una vez más, este es un argumento a favor de la solución propuesta; a saber, la audiencia por la autoridad penal en presencia del perito. Por estas mismas razones, en todo caso es conveniente que la solución escogida sea previamente discutida con la dirección del procedimiento<sup>256</sup>.

Además de los derechos procesales antes discutidos, que se derivan de la constitución, el perito debe, debido a su condición de auxiliar de la justicia, cumplir con los principios generales que rigen los actos del Estado<sup>257</sup>. Por lo tanto, debe abstenerse de cualquier método de investigación prohibido por las

---

251 Sollberger, 2004, art. 185, que invoca el factor temporal y la falta de conocimientos necesarios por parte del magistrado.

252 La misma opinión sobre los peritajes culturales: Wicker, 1996, p. 125, calificándolo como el instrumento más importante, e incluso el único que permite establecer el peritaje. VER ATF 127 I 54 cons. 2c.

253 Art. 185, inc. 5 CPP. Críticas: Gmür, 1999, p. 33; Krauss, 1985, p. 82; Saladin, 1980, p. 672, se refiere a derechos fundamentales que vinculan al perito.

254 Arts. 168, 169, 170 y ss. y 178 CPP. En cuanto a los riesgos que se derivan, véase Saladin, 1980, p. 673; Heinitz, 1969, p. 700.

255 La misma opinión en Brunner, 2005, p. 195; Bertschi, 1980, p. 360.

256 La misma opinión en Gmür, 1999, p. 31; Bertschi, 1980, pp. 359 y ss.; y Lafranconi, 2005, p. 130; también Schmid, 2009, n. 6, que precisa que el principio es el de solicitar de la dirección del procedimiento que complete el expediente.

257 Además del secreto de función, Saladin, 1980, p. 670, enumero el principio de proporcionalidad y la equidad.

autoridades. Esto también se aplica a las preguntas planteadas, que deben situarse dentro del marco legal<sup>258</sup>.

El perito también debe tener presente el principio de proporcionalidad durante sus propias investigaciones. Así, no debe efectuar gestiones innecesarias a la resolución de las preguntas que se le han planteado<sup>259</sup>; pero, por otro lado, dispone de derechos de coerción; de esa manera, puede citar a personas y hacerlas conducir por la policía<sup>260</sup>. Evidentemente, la utilización de este último método no contribuirá a facilitar la colaboración<sup>261</sup>.

## **B. Informe**

### *1. Forma*

De acuerdo con el art. 187, inc. 1 CPP, el perito debe presentar un informe escrito<sup>262</sup>. El informe debe ser elaborado y firmado personalmente por el perito responsable y contener, en su caso, la mención de las demás personas que colaboraron en su realización<sup>263</sup>. El perito hará, de manera general, lo posible para que su informe sea, en forma y contenido, utilizable por la justicia y las partes<sup>264</sup>.

La legibilidad de un informe está dada por el idioma. Es preferible utilizar palabras y frases sencillas y comprensibles. Siempre que sea posible, los términos técnicos deberán limitarse al mínimo necesario, y las explicaciones o ejemplificaciones pueden resultar muy útiles<sup>265</sup>. El lenguaje es también una manera de reflejar la neutralidad del informe. Ya lo mencionamos en el contexto de la recusación, pero es importante recordarlo: las expresiones moralizadoras, degradantes, desacreditadoras u ofensivas están absolutamente prohibidas,

---

258 Saladin, 1980, p. 673, recalca que la constitución prohíbe las preguntas que pueden afectar la dignidad de la persona sometida al peritaje.

259 Saladin, 1980, p. 674; Krauss, 1985, pp. 342 y ss.; ver ATF 120 V 357 cons. 3b.

260 Art. 185, inc. 4 CPP.

261 Gmür, 1999, p. 30.

262 El informe oral corresponde a la audiencia de los testigos y, por lo tanto, no trataremos de él en el marco de estas reflexiones, menos aun sabiendo que es la excepción y no plantea ningún problema en particular; sin embargo, se trata de una posibilidad interesante cuando se desean obtener informaciones generales. Schmid, 2009, n. 948, subraya además que el informe oral solo es, en principio, concebible en los asuntos de menor importancia.

263 Art. 185, inc. 1 CPP; TF del 14 de septiembre de 2001, 6P40 / 2001, y TF del 29 de mayo de 2007, 1B\_22 / 2007 cons. 3; Bühler, 2005, p. 21; Schmid, 2009, n. 1 y n. 4.

264 Saladin, 1980, p. 676.

265 Gmür, 1999, pp. 36 y ss.; Laemmel, 1994, p. 253; Spirig, 1990, pp. 433 y ss.; Furger, 1988, p. 389; Bühler, 2005, p. 60, propone mencionar las definiciones entre paréntesis.

y también se deben evitar los comentarios entusiastas que podrían disgustar a la parte contraria<sup>266</sup>.

A menudo es difícil esbozar simplemente lo esencial y resistir a la tentación de profundizar un informe. En la práctica, la justicia se encuentra así, a menudo, con informes cuya extensión es inversamente proporcional a su contenido<sup>267</sup>. Estos informes demasiado largos pierden así pertinencia y fuerza de convicción<sup>268</sup>. La extensión debe determinarse en función de las preguntas planteadas y se deben evitar las repeticiones inútiles. En este contexto, también se podrían considerar los mandatos emitidos para la realización de peritajes sobre materias menos complejas (*Kurzgutachten*).

## 2. Contenido y estructura del peritaje

Por naturaleza, la estructura del peritaje es fijada por los términos del mandato emitido, siendo el perito libre de presentar dicha estructura según su mejor criterio<sup>269</sup>. Sin embargo, en virtud de la doctrina y la jurisprudencia, los principales puntos que deben figurar en los informes normalmente se estructuran de la siguiente manera:

- La indicación del mandatario, el mandato y las partes implicadas, incluidas las preguntas, lo que permite situar el peritaje en su contexto.
- La indicación completa de las piezas puestas a disposición, así como los actos realizados por el perito o por sus auxiliares<sup>270</sup>. Esta obligación se deriva del derecho de las partes a ser oídos.
- Una breve presentación de los hechos establecidos por el perito. Este es el punto de enganche de su peritaje (*Anknüpfungstatsachen*)<sup>271</sup>. También debe indicar las eventuales deficiencias de información, de las cuales resultarán posibles alternativas en sus respuestas. En caso de duda, corresponderá a la justicia, y no al perito, decidir<sup>272</sup>. A este respecto, recordemos que los tribunales están vinculados por el principio *in dubio pro reo*<sup>273</sup>.

266 Gmür, 1999, pp. 37, 40; Furger, 1988, p. 390; Schmid, 1997, p. 392.

267 Bühler, 2005, p. 60 y referencia citada.

268 La misma advertencia de Gmür, 1999, p. 31 y Laemmel, 1994, p. 252. Respuestas breves y comprensibles en Spirig, 1990, p. 433; Bühler, 2005, p. 58.

269 Bühler, 2005, p. 58.

270 Brunner, 2005, p. 199.

271 ATF 120 V 357 cons. 3; Brunner, 2005, p. 199 y Spirig, 1990, p. 435.

272 Helfenstein, 1978, pp. 178 y ss.; Gmür, 1999, p. 39.

273 Gmür, 1999, p. 30.

- La exposición de las reflexiones y constataciones hechas por el perito (*Befundtatsachen*). En este contexto, y en aras de la transparencia, el perito debe indicar los métodos utilizados y las teorías aplicadas.
- La presentación de las conclusiones obtenidas mediante el análisis de los hechos (*Anknüpfungstatsachen*), junto con las constataciones del perito (*Befundtatsachen*) y las conclusiones así establecidas por él. Se trata de la parte esencial del peritaje, por lo que es apropiada una amplia presentación. Las conclusiones deben ser siempre acompañadas por una base argumentativa; de lo contrario, se trataría de meras alegaciones infundadas.
- Las respuestas a las preguntas, que constituyen la quintaesencia de la argumentación. Es preferible indicar la(s) razón(es) por la(s) que no ha sido posible responder a una pregunta que fatigarse tratando de encontrar una respuesta imposible<sup>274</sup>.

El informe debe poder ser utilizado por la justicia y las partes; por lo tanto, la idea es lograr un equilibrio entre una argumentación convincente para cualquier especialista, como por ejemplo un perito privado o un perito de parte, y un texto comprensible para los neófitos, que son los hombres de la ley. En este sentido, es necesario que al menos las líneas principales sean comprensibles y plausibles para el lector promedio; a saber, el no especializado<sup>275</sup>. De hecho, es justamente la falta de conocimientos necesarios por parte del juez lo que origina el mandato y, por consiguiente, proceder a la verificación de la parte «técnica» no es cosa fácil. Por esta razón, será de capital importancia con vistas a la verificación de los resultados obtenidos que el informe responda a tres criterios esenciales<sup>276</sup>:

- El informe debe ser exhaustivo (*Vollständigkeit*): debe contener todas las respuestas requeridas y la integridad de las búsquedas y reflexiones que condujeron a su realización.
- El informe debe poderse reproducir (*Nachvollziehbarkeit*) para que el juez pueda, incluso en menor medida, verificarlo. El razonamiento del informe debe poderse seguir a grandes rasgos. De cualquier manera, el informe debe poder ser reproducido por otro perito en la materia concernida. En caso de dudas, la audiencia del perito podrá eventualmente aportar las explicaciones necesarias.

---

274 Spirig, 1990, p. 435 y las referencias citadas.

275 ATF 129 I 49 cons. 7; TF del 29 de mayo de 2007, TF 1B\_22 / 2007, cons. 3.3; Gmür, 1999, p. 28; Schmid, 2009, n. 2.

276 Bühler, 1999, p. 573; Bühler, 2005, pp. 61 y ss.; Gmür, 1999, p. 38; Spuhler, 2001, p. 725, ve en ello las tres razones de insuficiencia en un peritaje; Saladin, 1980, p. 677.

- El informe debe ser concluyente (*Schlüssigkeit*): las conclusiones y respuestas no deben contener contradicciones. Este punto es crucial en referencia al trabajo que el juez debe realizar antes de aceptar o rechazar las conclusiones del perito<sup>277</sup>. En esta misma perspectiva, el perito debe, en caso de haber diferentes opiniones científicas, explicar las razones por las que prefiere una teoría científica a otra, en la medida que ello tenga alguna influencia sobre las respuestas dadas.

Indiquemos, por último, que los peritos deben abstenerse de toda reflexión jurídica<sup>278</sup> y ceñirse al análisis de los hechos y la situación objeto de la pericia.

## VI. UTILIZACIÓN DEL PERITAJE

### A. Apreciación del peritaje por parte del juez y las partes

Al igual que todas las pruebas, el peritaje está sometido a la discrecionalidad del juez, no encontrándose este vinculado a las conclusiones del perito<sup>279</sup>. El juez revisará y evaluará los puntos principales del informe y sus conclusiones sobre la base de los criterios mencionados anteriormente<sup>280</sup>.

Por ello, la autoridad penal verificará que el perito haya tenido conocimiento de las piezas puestas a su disposición, que su peritaje se base en los hechos constatados por el juez y que haya respondido a todas las preguntas<sup>281</sup>. A continuación, es indispensable establecer que los criterios científicos utilizados por el perito son actualmente válidos<sup>282</sup>.

277 Según el ATF 118 Ia 144 cons. 1c, basarse sobre un peritaje no concluyente equivale a hacer una apreciación arbitraria de las pruebas; también citado TF del 16 de junio de 2003, 1P.65 / 2002, cons. 3.1. TF del 18 de diciembre 1998, 4P.91 / 1998 cons. 5c / aa, donde se precisa que mientras más complejo es el campo, más puede el juez limitarse a verificar la lógica y sacar las conclusiones jurídicas. Bühler, 2005, p. 63.

278 Saladin, 1980, p. 678, estima que esta es la norma más conocida y al mismo tiempo la más ignorada; Krauss, 1985, p. 325.

279 Art. 10, inc. 2 CPP; TF del 16 de junio de 2003 1P.652 / 2002 cons. 3.1; Piquerez, 2007, n. 628; Hauser, Schweri & Hartmann, 2005, § 64.17; Helfenstein, 1978, p. 251; Schmid, 2009, n. 5.

280 Supra IV.2. Un ejemplo de discusión más amplia: ATF 129 I 49 cons. 5-7 concerniente a un peritaje de credibilidad que no satisfacía los criterios establecidos por la ciencia.

281 Donatsch & Zuberbühler, 2007, p. 344; Helfenstein, 1978, p. 252; Spirig, 1990, p. 436; sobre el certificado médico: ATF 125 V 351 cons. 3a.

282 Donatsch & Zuberbühler, 2007, p. 344; Donatsch, 2000, p. 365; Helfenstein, 1978, p. 253; Laemmel, 1994, p. 252, advierte contra las ideologías. ATF 128 I 81 cons. 3.1; sobre el certificado médico: ATF 125 V 351 cons. 3a.

En cuanto al análisis de las reflexiones técnicas, el juez deberá, debido a su conocimiento limitado, confiar en el perito, el cual ha sido elegido por aquel; sin embargo, esta confianza en el perito no lo dispensa de analizar, por lo menos, la «lógica» de la argumentación de manera general<sup>283</sup>.

Por último, el juez determina si los hechos han sido analizados correctamente según el método escogido<sup>284</sup>. Esta tarea es fundamental y también difícil. Se puede constatar, en general, que un peritaje no debe contener juicios morales, consideraciones o conclusiones jurídicas, apreciación de pruebas, indicaciones acerca de la credibilidad del acusado o de la «excusabilidad» de sus emociones. Otros indicios también pueden indicar que el peritaje no podrá ser utilizado tal cual<sup>285</sup>:

- En lugar de una probabilidad, se afirma una certitud<sup>286</sup>.
- Una apreciación subjetiva reemplaza una consideración objetiva<sup>287</sup>.
- En lugar de una motivación clara y concreta, se exponen tesis científicas abstractas<sup>288</sup>.
- Las respuestas dadas a las preguntas no son lo suficiente concretas ni precisas.
- Se procede a una apreciación incompleta o imprecisa de las piezas; esto sucede en particular cuando se rechazan sin discusión alguna los aspectos contrarios a las tesis aceptadas<sup>289</sup>.
- Se omite mencionar la imposibilidad de responder a una pregunta.

En caso de duda sobre la relevancia de la opinión y los resultados obtenidos por el perito, el juez tiene la opción de elegir entre ordenar un complemento de peritaje, mandar uno nuevo o distanciarse de las conclusiones reemplazándolas por las suyas<sup>290</sup>

---

283 Bühler, 2005, pp. 63 y ss. y las referencias citadas.

284 ATF 128 I 81 cons. 3.

285 Gmür, 1999, proporciona una lista exhaustiva en la p. 43; también Schmid, 2009, n. 1 y ss.

286 No obstante, cabe notar, según una encuesta publicada en Laemmel, 1994, p. 252, que lo que más frecuentemente se critica son las respuestas que carecen de certeza. Spirig, 1990, p. 435, exige, en la medida de lo posible, la indicación de un porcentaje de probabilidad.

287 Egeter, 2000, p. 114, también menciona los estereotipos utilizados, que reemplazan una apreciación matizada.

288 Egeter, 2000, p. 113; Wicker, 1996, pp. 118 y ss., estiman que ese es el gran riesgo que corren los peritajes etnoculturales.

289 ATF 129 I 49 cons. 6.1.

290 Hauser, Schweri & Hartmann, 2005, § 64.17; Donatsch & Zuberbühler, 2007, p. 344; Piquerez, 2006, n. 2235 y ss.

sin dejar de considerar que —como lo establece la jurisprudencia— el juez, a diferencia del perito, no es experto en la materia.

De esto se deduce que, en lo que respecta a cuestiones técnicas, solo puede distanciarse de la opinión del perito por motivos importantes. Esto sucederá cuando el perito se ha basado sobre hechos diferentes y/o cuando el peritaje es claramente contradictorio. Si el juez tiene una opinión divergente a la del perito que lo haga concluir en determinado sentido, deberá motivar su decisión y no podrá, sin motivos determinantes, remplazar la apreciación del perito por la suya. Esto último se hace con la finalidad de evitar arbitrariedades<sup>291</sup>.

Este es el caso en particular cuando el peritaje contiene contradicciones, cuando el autor, posteriormente, durante la audiencia, lo contradice, o cuando el juez confiere un valor probatorio diferente a las piezas y/o testimonios en los que se basa<sup>292</sup>. La exigencia de motivación será obviamente menor cuando el juez elige un peritaje entre varios peritajes contradictorios<sup>293</sup>.

## **B. Informe complementario, nuevo peritaje y peritaje de comprobación**

El peritaje está sometido a la discreción del juez e igualmente de las partes; sin embargo, las críticas de estas últimas pueden estar relacionadas con el hecho de que consideren los resultados desfavorables a su situación procesal<sup>294</sup>. Cuando de oficio, o debido a las críticas emitidas, surgen dudas sobre la integridad del peritaje, ya sea porque este es confuso, incompleto o basado en hechos que han sido demostrados como falsos durante el procedimiento penal<sup>295</sup>, la autoridad penal cuenta con varias posibilidades para aclararlas.

En primer lugar, la dirección del procedimiento: las partes, pueden respectivamente, por medio de su intermediario, someter preguntas al perito para obtener aclaraciones<sup>296</sup>; de esa forma, incluso las contradicciones pueden obtener una explicación lógica<sup>297</sup>. Este es el medio más proporcional para eliminar las dudas

---

291 ATF 129 IV 49 cons. 4; ATF 118 Ia 144 cons. 2. Sobre el caso contrario, ver Helfenstein, 1978, pp. 254 y ss.; Hauser, Schweri & Hartmann, 2005, § 64.18; Spuhler, 2001, p. 725; y Schmid, 1997, p. 394. Crítica de esta jurisprudencia en Pellet, 2004, pp. 227 y ss.

292 TF del 16 de junio de 2003, 1P.652 / 2002 cons. 3.1; Donatsch & Zuberbühler, 2007, p. 344; Helfenstein, 1978, p. 254.

293 TF del 16 de junio de 2003 1P.652 / 2002 cons. 3; Donatsch & Zuberbühler, 2007, p. 343; Spuhler, 2001, p. 724.

294 Gmür, 1999, p. 28; Bühler, 2005, p. 57.

295 Art. 189, lit. a - c del CPP.

296 Piquerez, 2006, n. 2235; Schmid, 1997, pp. 394 y ss. y 2009, n. 952; Spirig, 1990, p. 436; TF del 16 de junio de 2003 1P.652 / 2002 cons. 3.1.

297 Gmür, 1999, p. 39, insiste sobre la necesidad de facilitar una explicación en tales casos.

y, en la medida de lo posible, se debe conceder prioridad a este enfoque<sup>298</sup>. Estas aclaraciones también pueden obtenerse celebrando una audiencia con el perito. Los principios de celeridad del proceso y de proporcionalidad<sup>299</sup> exigen que se favorezca la posibilidad de renunciar a nombrar inmediatamente a un nuevo perito.

Si a pesar de las explicaciones dadas por el experto tras las preguntas emitidas persisten razones para dudar de su pertinencia, es posible ordenar se realice otro peritaje<sup>300</sup>. Esto no implica el derecho a requerir una multiplicidad de peritajes<sup>301</sup>. Este nuevo peritaje tratará sobre las mismas preguntas o adoptará la forma de un peritaje de parte. En esta ocasión, se entregarán al nuevo perito no solo los documentos de los que dispuso el primero, sino también el primer informe<sup>302</sup>. Si los dos peritajes difieren de tal manera que resulta imposible forjarse la convicción necesaria a un juicio, el juez podrá ordenar que se realice un peritaje de comprobación<sup>303</sup>.

### C. Peritaje privado

En el ámbito etnocultural, teniendo en cuenta la práctica restrictiva relativa a los peritajes judiciales, es importante considerar la posibilidad de efectuar peritajes privados.

El peritaje privado no se basa en un mandato dado por la dirección del procedimiento, sino por una de las partes<sup>304</sup>. Por consiguiente, el perito no está sujeto a las obligaciones que se imponen al perito judicial, en especial en lo que respecta la imparcialidad y las obligaciones que se derivan del art. 307 CP<sup>305</sup>.

Por otra parte, no tiene acceso al expediente ni al procedimiento penal y solo podrá disponer de las piezas entregadas por su mandatario<sup>306</sup>. En este sentido,

---

298 Helfenstein, 1978, p. 241; Mastronardi, 1933, p. 90; Bertschi, 1980, p. 361.

299 En lo que respecta a la aplicación de este último criterio al peritaje, cfr. Saladin, 1980, pp. 660 y ss.

300 Piquerez, 2006, n. 2238; Helfenstein, 1978, p. 241; Hauser, Schweri & Hartmann, 2005, § 64.17; Egeter, 2000, p. 114.

301 Piquerez, 2006, n. 2238; Donatsch, 2000, p. 367, que interpreta la jurisprudencia del Tribunal EDH.

302 Piquerez, 2006, n. 2239; Helfenstein, 1978, p. 243.

303 Piquerez, 2006, n. 2241; Helfenstein, 1978, p. 244.

304 Mastronardi, 1933, p. 33; Bettex, 2006, p. 14; Piquerez, 2006, n. 2207; Schmid, 2009, n. 7.

305 Sobre la importancia de estos dos criterios, ver Donatsch & Zuberbühler, 2007, pp. 341, 344 y ss. Sobre la consecuencia, en lo que respecta su apreciación, ver Schmid, 1997, p. 379.

306 Sobre la influencia de esta cualidad en la apreciación del peritaje, ver Donatsch, 2000, p. 368, que se refiere al caso Bönisch.

el peritaje privado no constituye una prueba, sino que corresponde a la alegación de una de las partes<sup>307</sup>. Por ello, en virtud del derecho a ser escuchado, y en su calidad de alegación de parte, debe ser sometido a discusión durante el juicio<sup>308</sup>.

Cuando se realiza al mismo tiempo que el peritaje judicial, ambos deben ser analizados basándose en los mismos criterios de razonabilidad<sup>309</sup>. Sin embargo, la aplicación de estos criterios en general aventaja el peritaje judicial, debido a que este ha sido establecido en conformidad con las normas de procedimiento<sup>310</sup>.

De ello se deduce que, por su utilidad, se debe distinguir entre los peritajes introducidos antes de que un peritaje judicial haya sido ordenado y los que fueron realizados después<sup>311</sup>. Al ordenar un peritaje privado, una parte puede tratar de convencer al juez de la necesidad de mandar un peritaje judicial sobre un punto que podría jugar a su favor<sup>312</sup>.

Excepcionalmente, si se confirma que el perito ha tenido acceso a la totalidad del expediente penal —o, por lo menos, a la información necesaria— y su peritaje es completo, este podrá incluso ser utilizado en lugar del peritaje judicial<sup>313</sup>. Esta última posibilidad es evocada en el contexto de los peritajes etnoculturales, precisando que el hecho de añadir este peritaje al expediente garantiza que el juez lo deberá tomar en cuenta al momento de apreciar las pruebas reunidas<sup>314</sup>.

Un peritaje privado ordenado luego de la presentación del peritaje judicial puede poner a este último en entredicho<sup>315</sup>. Si así fuera, el juez deberá ordenar ya sea un complemento de peritaje o uno nuevo<sup>316</sup>. Si no lo hace, deberá explicar por qué motivos acepta las conclusiones del perito judicial, a pesar de que sean diferentes o de las críticas emitidas por el perito privado<sup>317</sup>.

307 Helfenstein, 1978, pp. 257 y ss.; Piquerez, 2006, n. 2207; Donatsch, 2000, p. 371; Spuhler, 2001, p. 715; Schmid, 1997, p. 394. Comentario crítico en Brunner, 2005, p. 192; y Schmid, 2009, n. 7.

308 ATF 125 V 351 cons. 3; Donatsch, 2000, p. 371 y la doctrina citada.

309 Donatsch, 2000, pp. 372 y ss.; Gmür, 1999, p. 30.

310 Donatsch, 2000, pp. 372 y ss.

311 Donatsch, 2000, pp. 363 y ss.

312 Helfenstein, 1978, p. 259; Donatsch, 2000, p. 363; Schmid, 1997, p. 379.

313 ATF 113 IV 1 cons. 2; Piquerez, 2006, n. 2207; Helfenstein, 1978, p. 260; Donatsch, 2000, pp. 369 y ss.; Spirig, 1990, p. 416. Opinión contraria en Bühler, 2005, p. 29, que invoca el ATF 125 II 541 cons. 4b.

314 Egeter, 2000, p. 109. Sobre la obligación del juez de tomarlo en consideración, ver Schmid, 2009, n. 7.

315 Schmid, 1997, n. 671; Hauser, Schweri & Hartmann, 2005, § 65.17b; Donatsch, 2000, pp. 363 y ss.; Schmid, 1997, p. 394.

316 Donatsch, 2000, p. 373; TF del 25 de marzo de 1996, 1P.587 / 1995.

317 Hauser, Schweri & Hartmann, 2005, § 65.17; ATF 125 V 351 cons. 3.

Con el fin de dar más peso al peritaje presentado, aunque solo fuera para cumplir con el art. 307 CP, lo prudente es requerir la audiencia del perito privado; sin embargo, la ley no prevé tal derecho, ni siquiera cuando el perito judicial ha sido oído en audiencia<sup>318</sup>. El perito privado solo está autorizado a replicar cuando el perito judicial, oponiéndose al peritaje privado, invoca nuevos elementos por los que se vuelve necesario ordenar un complemento<sup>319</sup>.

#### **D. Hechos descubiertos por el perito (*Zusatztatsachen*)**

Puede suceder que además de las respuestas que se le solicitaron, por sus descubrimientos, el perito aporte nuevos hechos que podrían ser útiles para el procedimiento penal en curso. Se plantea así la cuestión de saber si pueden ser utilizados o si antes deber ser validados por actos de procedimiento. En la medida en que los hechos descubiertos fueron necesarios a la realización del peritaje (*Befundtatsachen*), podrán ser utilizados al mismo tiempo que él; sin embargo, para poder aceptarse estos nuevos hechos, el perito deberá ser oído válidamente en el marco del procedimiento<sup>320</sup>.

### **VII. CONCLUSIÓN**

La interrogante inicial consistía en determinar si la ausencia casi total de peritajes etnoculturales en el ámbito penal se debía a su falta de utilidad; o si, por el contrario, dicha ausencia era una de las causas por las cuales los tribunales no han considerado suficientemente los aspectos culturales que pueden haber influenciado en el imputado de un delito.

Se ha podido demostrar que existe un potencial de inclusión de los aspectos culturales que influyen en el autor, los cuales no han sido debidamente aprovechados por la jurisprudencia. Asimismo, las sentencias analizadas permiten llegar a la conclusión de que existe una relación directa entre esa consideración insuficiente y la calidad del peritaje. Así, ha sido demostrada la necesidad de incrementar los peritajes etnoculturales.

De esto se desprende la recomendación, dirigida no solo a las autoridades policiales, sino también a los abogados, de considerar en el futuro con más frecuencia

---

318 ATF 127 I 73 cons. 3s.; Hauser, Schweri & Hartmann, 2005, § 65,17; Schmid, 2009, n. 7, parece indicar lo contrario refiriéndose, no obstante, a normas que no contienen obligación alguna.

319 ATF 127 I 73 cons. 3cc; Hauser, Schweri & Hartmann, 2005, § 65,17a; por un derecho de réplica en todo caso, ver Donatsch, 2000, p. 371.

320 Schmid, 1997, p. 380.

la posibilidad de contratar los servicios de un perito con el fin de determinar si la pertenencia o influencia cultural tuvieron impacto en el autor, lo cual derivaría en consecuencias de carácter penal. Conscientes del camino que aún queda por recorrer, y teniendo presente el principio de proporcionalidad, proponemos que como primer paso se requiera la participación —en las audiencias del autor— de un especialista etnocultural en calidad de «traductor», lo que permitirá determinar si hay lugar para profundizar el aspecto cultural invocado y, por consiguiente, proceder, en un segundo tiempo, a un peritaje.

La calidad del peritaje se apreciará en relación a los criterios establecidos por la jurisprudencia y la doctrina con respecto a este importante medio probatorio. Por lo tanto, es esencial que estos sean respetados, tanto por parte de la administración del procedimiento durante el otorgamiento del mandato, como por parte del perito en la realización de su informe. En caso contrario, durante el juicio, no podrán ser tomadas en cuenta las conclusiones del perito y, por consiguiente, tampoco los aspectos culturales pertinentes al caso objeto de juzgamiento penal.

A este respecto, conviene hacer hincapié en la necesidad de focalizar los peritajes alrededor de la persona, de lo contrario no tendrán ninguna utilidad, porque se juzga al autor de un delito, no a su cultura. En esta perspectiva, se impone recordar una vez más nuestra recomendación de integrar al perito etnocultural a un equipo designado para realizar una pericia multidisciplinaria.