



UNIVERSIDAD NACIONAL DE RIO NEGRO
Sede Alto Valle – Valle Medio
Licenciatura en Criminología y Ciencias Forenses
Trabajo Final de Grado

ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Por VALERIA FERNANDA SOLEDAD RAMOS (DNI N° 29.396.672)

LEGAJO: UNRN – 13500.

Directora: Lic. MARIANA ELIZABETH AVILA.

Lugar de Trabajo: NEUQUÉN CAPITAL.

DICIEMBRE 2021

Índice

Resumen/ Abstract	3
Introducción	4
Problemas de Investigación y Justificación	5
Marco Teórico	6
Sistema de Objetivos	14
Materiales y Métodos	14
Desarrollo	
Primero y segundo objetivos específicos	15
Fundamento de la importancia del análisis y valoración de la prueba	28
Los pasos de un estándar objetivo	32
Tercer objetivo específico: Análisis del medio de prueba: Pericia	33
Rol de la Criminología	49
Discusión y Conclusión	56
Referencias Bibliográficas	61
Anexo	63

Agradecimientos

Agradezco a quienes colaboraron con el presente trabajo, ya sea: otorgando ideas, contestando preguntas y/o aportando material. Primeramente a mi Directora de Tesis: Lic. En Criminología y Ciencias forenses: MARIANA ELIZABETH AVILA (egresada de la UNRN); y seguidamente, a quienes aportaron material: el Dr. MAXIMILIANO BREIDE OBEID (Ayudante profesor UNRN y Fiscal Jefe de varias unidades temáticas del Poder Judicial de Neuquén) y al Dr. ALBERTO BINDER (reconocido procesalista y profesor de postgrados en derecho). Agradezco los aportes del profesor UNRN Dr. Andrés Repetto. También, mis agradecimientos a quienes fueron entrevistados (si bien, contestaron las preguntas sugeridas de manera virtual, por su tiempo disponible: Dres. RICHARD TRINCHERI- Juez Tribunal de Impugnación y ORLANDO COSCIA- Juez Federal). Asimismo, agradezco al Lic. En Criminalista y profesor UNRN: ENRIQUE E. J. PRUEGER y VIRGINIA MERINO – criminóloga- (quienes fueron entrevistados vía virtual por la pandemia). Agradezco mucho a las profesoras de Trabajo Final de Grado de esta carrera: a las profesoras UNRN ITATÍ NOSA y LAURA ITURBIDE (quien guió mi proyecto de tesis, aclaró mis problemas de investigación y mis objetivos, metodología y marco teórico).-

ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Resumen

Podemos observar claramente que la Institución Justicia no goza de credibilidad en nuestra sociedad. Ello genera un gran impacto social y cultural y conlleva, en muchos casos, el ejercicio de la justicia por mano propia. Así se desencadena un desorden social que resulta adverso a la democracia en toda su estructura y esto tiene que ver con el profesionalismo tanto de los sujetos procesales como de los auxiliares que aportan su labor. Se eligió llevar adelante este estudio a nivel nacional, contemplando la zona de Alto Valle y Valle Medio, y aportando doctrina internacional. La autora se propuso analizar la situación a través de un objetivo general: el análisis y valoración de la prueba en el proceso penal, el rol de las autoridades judiciales, las decisiones que impactan directamente en los individuos y en la sociedad en general y, los peritos involucrados en el proceso penal (años 2011 –Sistema Acusatorio) hasta la actualidad; y tres objetivos específicos: subjetividades/ arbitrariedades que impulsan a la desconfianza y falta de credibilidad de la institución *justicia*, sistema de garantías, pericia y rol de la criminología. Para abordar dichos objetivos se realizará una investigación bibliográfica, visitas al Poder Judicial (observación no participante) y entrevistas en profundidad.

Abstract

We can clearly observe that the Justice Institution does not enjoy credibility in our society. This generates a great social and cultural impact and entails, in many cases, the exercise of justice by one's own hand. Thus, a social disorder is unleashed that is adverse to democracy in its entire structure and this has to do with the professionalism of both the procedural subjects and the auxiliaries who contribute their work. It was chosen to carry out this study at the national level, contemplating the Upper Valley and Middle Valley area, and contributing international doctrine. The author set out to analyze the situation through a general objective: the analysis and assessment of the evidence in the criminal process, the role of the judicial authorities, the decisions that directly impact individuals and society in general, and the experts involved in the criminal process (years 2011 - Accusatory System) to the present; and three specific objectives: subjectivities / arbitrariness that promote mistrust and lack of credibility of the justice institution, system of guarantees, expertise and role of criminology. To address these objectives, a bibliographic research, visits to the Judiciary (non-participant observation) and in-depth interviews will be carried out.

Introducción

La sociedad actual se caracteriza por la existencia de un gran número de contactos intersubjetivos, los mismos que se distinguen por su complejidad y anonimato. Significa que la actuación de las personas en sociedad no puede llevarse a cabo atendiendo a los datos subjetivos de los otros, ergo, nadie puede conducirse en un grupo social sobre la base del conocimiento que se tenga acerca de la vida o la manera de pensar de los otros sujetos.-

Este marco en el que se lleva a cabo la interacción personal, nos obliga a desarrollar un proceso de estandarización en las relaciones sociales, lo que significa que la intervención de las personas en sociedad se realiza atendiendo a la función que cada una desempeña en los distintos contextos sociales. Como los datos subjetivos o las capacidades individuales resultan inaccesibles para los demás, las relaciones entre las personas se llevarán a cabo tomando en consideración el rol que desempeñan, su contenido y el contexto en el cuál tienen lugar estos comportamientos.-

Por lo tanto, lo que el derecho penal garantiza son las expectativas de que los otros se comportarán según la función que desempeñen y respetando el derecho.-

A partir del reconocimiento racional del otro como igual y del reconocimiento de una norma recíproca entre ellos, es que se configura normativamente la sociedad, como mundo objetivo dentro del cual se desarrollan diversos procesos de comunicación interpersonal.-

En este entramado de valoraciones, el derecho se erige como un subsistema del sistema social, y tiene la misión de garantizar la identidad normativa de la sociedad, en cuanto aquella es la que lo constituyó. El derecho va a buscar que las personas no se sobrepasen de sus campos de libertad en desmedro de las esferas de organización de los otros. El fundamento de esta idea radica en el reconocimiento del deber general negativo de no lesionar a los otros o deber jurídico conocido como *neminem laede*.-

La importancia del tema seleccionado: Análisis y Valoración de la prueba en el proceso penal, desde una mirada teórica –fundamentalmente-, para la realización del presente trabajo radica en la incidencia que tiene en la privación de la libertad u otra sanción de una persona que cometió un atentado contra la organización normativa de un sistema social, quien será juzgado por personas iguales y subjetivas como tales, en un contexto determinado.-

La decisión de un juez, afecta directamente en la vulnerabilidad de los individuos y de la sociedad en general.

En el presente trabajo me propongo analizar el desarrollo y valoración de la prueba en el proceso penal, desde el inicio de su aplicación hasta la actualidad (haciendo hincapié en la actualidad con el Sistema Acusatorio). Se eligió llevar adelante este estudio a nivel país

(Argentina), contemplando la historia de décadas atrás, pero intentando hacer hincapié en la actualidad.

A tal fin, resulta necesario investigar la forma de evitar las arbitrariedades y subjetividades que surgen del proceso penal y se reflejan en decisiones que pueden provocar la condena de una persona inocente, entre otras cosas.

Es así, que la valoración de la prueba constituye la médula del Sistema de Garantías, que va a permitir el respeto de los derechos de los que goza todo individuo imputado por un hecho y llevado a juicio, y su presunción de inocencia hasta que se *demuestre* lo contrario.

A estos fines, resulta imprescindible enfocar el estudio en la prueba pericial, que goza de cientificidad, su importancia para llegar a la verdad, así como sus demás características. En este orden (y como futura criminóloga) me interesa estudiar el rol de la criminología en este proceso, así como su posible actuación posterior, en la ejecución de la pena.

Problemas de Investigación y Justificación

Es por ello que en el presente trabajo, me propongo las siguientes preguntas de investigación:

- 1) ¿Cómo evitar las arbitrariedades y subjetividades en el proceso penal?
- 2) ¿Cómo funciona el Sistema de Garantías en la valoración de la prueba?
- 3) ¿Qué es una pericia, su importancia dentro del proceso penal y el rol de la criminología durante el proceso y en la ejecución de la pena?

Como criminóloga el análisis de esta temática, que constituye un problema de importancia trascendental, resulta de incumbencia –de manera directa- debido a la existencia de diferentes tipos de violencia dentro del Sistema Penal y las diferentes personas involucradas, con el fin de diseñar y confeccionar: pericias, informes de prevención y académicos, así como también, políticas públicas. Ello, con el objeto de mejorar la calidad de la institución Justicia en cuestión, realizar aportes teóricos y prácticos y, también, ser capaz de criticarla cuando resulte necesario.

Dentro del estudio de nuestra carrera, resulta importante el análisis y valoración de la prueba ofrecida y la decisión final de un juez, que incide directamente en la subjetividad de distintas personas, e indirectamente, de la sociedad en su conjunto. Es importante remarcar la amplitud de la Criminología y el perfil de un criminólogo o criminóloga, porque esto determinará la función social que me competará:

Criminología: Abarca a grupos humanos, hasta la comunidad de naciones. No circunscrita a lo patológico, sino a dimensiones donde la enfermedad no es una categoría esencial. Rebase el derecho penal y hasta lo impugna y critica, prescinde de las categorías penales. Busca causas y prevención del delito, sobre todo en la dimensión social (Pérez González, Ernesto, 2005).-

Perfil del/la Criminólogo/a: PERFIL DEL GRADUADO/A UNRN: El Licenciado/a en Criminología y Ciencias Forenses está capacitado/a para:

- Desarrollar estudios e investigaciones destinados a resolver situaciones y hechos delictivos, mediante métodos y técnicas de identificación de las personas involucradas y de los elementos implicados, así como de búsqueda y verificación de evidencias con total respeto de los derechos y garantías individuales.

- Elaborar estadísticas e investigaciones relacionadas con el delito, organizar bases de datos y confeccionar mapas de delitos en distintas jurisdicciones.

- Integrar y/o liderar equipos interdisciplinarios de investigación en criminología y ciencias forenses y participar en estudios del campo de distinta naturaleza. DESARROLLO PROFESIONAL: El Licenciado/a en Criminología y Ciencias Forenses puede desempeñarse cumpliendo las siguientes funciones:

- Planificar, organizar y dirigir organismos, departamentos y laboratorios de investigación en ciencias forenses, tanto estatales como privados.

- Dirigir y participar en peritajes concernientes a la identificación de las personas involucradas en un delito y de los elementos implicados en el mismo.

- Desarrollar acciones de liderazgo para conducir equipos de trabajo de investigación del delito (PERFIL DEL GRADUADO, 2012) UNRN.

Como se puede observar, el trabajo habitual de la Criminología se relaciona directa y/ o indirectamente con la Justicia.

Marco Teórico

Para realizar el presente estudio, me basé en los siguientes conceptos:

Estado moderno: asociación de dominación con carácter institucional que ha tratado de monopolizar dentro de un territorio el monopolio de la violencia legítima como medio de dominación y que, con este fin, ha reunido todos los medios materiales en manos de sus dirigentes y ha expropiado a todos los seres humanos que antes disponían de ellos por derecho propio, sustituyéndolos con sus propias jerarquías supremas. Para subsistir necesita, por tanto, que los dominados acaten la autoridad que pretenden tener quienes en ese momento dominan. (Weber, 1919)

Evolución de la prueba en el proceso penal: Como explican Cafferata Nores y Hairabedián (2011):

La prueba penal no evolucionó siempre acompañando los adelantos de la civilización, sino que, más bien, superados ciertos estudios de primitivismo, siguió

los vaivenes de los sistemas políticos vigentes en los distintos momentos de la historia.-

Sin embargo, a muy grandes rasgos, es posible establecer dos momentos netamente definidos. En el primero, se ponía a cargo de la divinidad el señalamiento del culpable, y los tribunales se limitaban a practicar los actos necesarios para que aquélla se manifestara. En el segundo, se impuso a los jueces el deber de formarse por sí mismos el convencimiento sobre la culpabilidad del acusado, mediante la utilización de su capacidad intelectual: es en este momento en que apareció la idea de prueba.-

Todo el tema de la prueba se halla íntimamente vinculado con el modelo de proceso penal que se acepte. Si está influido por el paradigma inquisitivo, la prueba tiene una importancia relativa, pues como el modelo político autoritario que lo sustenta, presupone la culpabilidad del imputado por la apariencia de culpabilidad que funda la imputación o que ésta ocasiona; el proceso se legitima como un castigo en sí mismo (especialmente por medio de la estigmatización que genera o de la imposición desnaturalizadamente punitiva de la prisión preventiva), mientras procura, sin verdadero interés, reconfirmar una culpabilidad que por ser presupuesta va siendo así pre- castigada. Si el modelo, en cambio, es como el que estatuye nuestro sistema constitucional, dado que éste parte de un estado de inocencia, la prueba cobra relevancia sustancial, porque es la única forma legalmente autorizada para destruirlo; no se admite otro modo de acreditar la culpabilidad.-

Quizás por la influencia de ambos paradigmas, la prueba penal en estos días puede caracterizarse por el uso generalizado del testimonio y de la prueba indiciaria, la utilización de novedades técnicas y científicas, generalmente captadas por la prueba pericial, el auge de los llamados “medios extraordinarios de prueba”, sobre todo para casos de criminalidad organizada y muchas veces a costa de las reglas del Estado de Derecho, y la consolidación del uso de la sana crítica racional para la valoración de sus resultados (consolidación que sigue tropezando con la tendencia de ciertos jueces a priorizar sus impresiones, ayudados por la constante resistencia –atemperada por la Corte Suprema en recientes precedentes, vgr. “Casal”, 22/6/2006- de los tribunales de casación a controlar la sensatez global de las sentencias, reduciendo su competencia material a una mera técnica de descalificación del absurdo o la arbitrariedad manifiesta). (Pág. 4).-

Las exclusiones probatorias y la doctrina de los frutos del árbol venenoso: Según Cafferata Nores y Hairabedián (2011):

El origen y evolución de la doctrina sobre la invalidez probatoria de los actos obtenidos en violación a derechos y garantías constitucionales (regla de exclusión), y también la transmisión de la ineficacia a los que sean su consecuencia (doctrina de los frutos del árbol venenoso) se encuentran en la jurisprudencia, puesto que las Constituciones y legislaciones clásicas no contenían expresamente la regla de exclusión, inclusive, hoy la Constitución de la Nación no la prevé, en tanto la doctrina comenzó a dedicarse a la cuestión con posterioridad y como consecuencia del desarrollo jurisprudencial. En nuestra jurisprudencia el punto de partida para la exclusión de prueba ilícita fue el caso “Charles Hnos.”, cuando la Corte Suprema se basó en que “siendo el resultado de una sustracción y de un procedimiento injustificable y condenado por la ley, aunque se haya llevado a cabo con el propósito de descubrir y perseguir un delito, la ley, en el interés de la moral y de la seguridad, los declara inadmisibles...”. No obstante tan promisorio comienzo, se abandonó el desarrollo de la cuestión hasta el año 1981 en que se comenzó a hacerlo de manera sistemática, con el caso “Montenegro”. Así los Tribunales comenzaron a excluir prueba ilícita y sus frutos. Lo hicieron: la Cámara Federal de Rosario en el caso “Monzón”, la Cámara del Crimen en la Capital Federal y la Cámara Federal de La Plata. Ya a partir de 1984 la jurisprudencia nacional reafirmó la regla de exclusión y comenzó su aplicación sistemática en distintos casos, como: “Monticelli de Prozillo”, “Fiorentino”, “Francomano”, “Rayford” y “Ruiz”. En todos estos procesos, se invalidó prueba obtenida a partir de allanamientos sin orden y confesiones involuntarias, principalmente bajo tormentos.-

En la década del ´60 se verificó el mayor alcance de la doctrina. De este período data “Miranda vs. Arizona”, que impuso a la policía la obligación de advertir los derechos constitucionales a las personas que va a interrogar bajo su custodia como sospechosas de haber cometido un delito, excluyendo las confesiones tomadas sin esos recaudos.-

Particular importancia tiene reparar en los fundamentos que se invocan para las exclusiones probatorias, puesto que a nivel nacional, ni la Constitución ni los Códigos Procesales Penales, las establecen expresamente. No menos relevante resulta la cuestión aun frente a ordenamientos que las receptan, como los de Córdoba o Buenos Aires, ya que para justificar excepciones a las exclusiones, muchas veces también se acude a sus fundamentos. Los de mayor peso son: el

sustrato ético de las actividades de persecución y juzgamiento, el de la prevención, y la derivación implícita de los derechos constitucionales. El primero finca en la contradicción que significaría que el sistema de justicia aproveche actividades contrarias a la ley penal para basar sus decisiones, lo que implicaría afectar la “integridad judicial”. Estos argumentos axiológicos fueron los preferidos en la más destacada jurisprudencia sobre la cuestión y en caracterizada doctrina.-

El fundamento de la prevención radica en el fin de evitar futuras violaciones a las leyes en la actividad probatoria mediante la disuasión; es decir, la motivación que deberían causar las exclusiones probatorias en el ánimo de los investigadores, de no violar derechos para conseguir la prueba, porque en ese supuesto se cierne la amenaza de su invalidación. El mensaje es: “No lo haga, no se arriesgue, porque en ese caso no sirve”. Esta motivación fue reiteradamente expuesta por el derecho judicial estadounidense y algunos autores (Pág. 26).-

Como explica Pérez Moreno (1999):

Otra cuestión importante en materia de exclusiones probatorias es su vinculación con el régimen de nulidades. Ambas tienen en común que su efecto es la ineficacia de la prueba. Por ende, el instituto de la nulidad será, en la mayor parte de los casos, la vía válida que establecen las leyes rituales para extirpar decisiones judiciales basadas en pruebas obtenidas en infracción constitucional. Pero aunque nulidad y exclusión probatoria traigan como consecuencia la ineficacia del acto, no deben equipararse. Una inicial diferencia es que la segunda abarca un abanico de actos más amplio que la primera. Mientras la nulidad recae sobre actos procesales, las exclusiones probatorias comprenden no sólo los actos del proceso, sino también los cumplidos fuera del mismo, aun antes de su comienzo y por personas que no son sujetos procesales. También se puede observar la característica más amplia de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, cuando torna ineficaz en prueba obtenida inconstitucionalmente, aun dentro del proceso, pero no conminada expresamente con nulidad. Otra situación que permite diferenciar los mecanismos en análisis es la que deriva de la concepción legalista y restrictiva de la nulidad, que limita el efecto comunicante de la nulidad sólo para aquellos actos que dependen jurídicamente del acto viciado, es decir cuando uno sea presupuesto legal del otro. Esta visión deja fuera del sistema de las nulidades a los actos que dependen lógicamente o fácticamente del defectuoso, lo cual no ocurre con las exclusiones probatorias, demostrando así, una vez más, que éstas enmarcan una mayor gama de situaciones.-

La ineficacia de la prueba ilícita también se admitió como modo de impedir el inicio del proceso a través de la causal de archivo “por imposibilidad de proceder”, cuando el anoticiamiento se basa exclusivamente en evidencias inconstitucionales. Se argumentó que “el supuesto de falta de acción, esto es, cuando no fue iniciada legalmente, constituye un presupuesto procesal que influye sobre las condiciones exigidas por la ley, para que un proceso pueda desenvolverse en forma válida con miras a una resolución sobre el objeto procesal propuesto”.-

Conforme enfatizan Cafferata Nores y Hairabedián (2011):

Generalmente, no se tiene en cuenta que la ley, la jurisprudencia o los autores crearon excepciones a la “doctrina del árbol venenoso”, casos en que la “toxicidad”, el árbol o sus frutos pueden ser “consumidos”. Vgr. La fuente independiente, descubrimiento inevitable (que se aplica cuando el contenido probatorio de la actividad ilícita se hubiera podido conocer por otros caminos que, en el futuro, indefectiblemente se hubiesen presentado, prescindiendo de la actuación contraria a derecho), la buena fe (prueba obtenida sin intención de quebrantar la ley, generalmente, por error o ignorancia), beneficiosa para el imputado, principio de proporcionalidad, teoría del riesgo y también los casos de prueba ilícita obtenida por particulares extra procesalmente (esta última fue correctamente rechazada, negando eficacia a la noticia criminis fundada en una injerencia ilegal de un particular) (Pág. 26).-

Sistemas de valoración de la prueba: Como señalan Cafferata Nores y Hairabedián (2011):

Tres son los principales sistemas de valoración de la prueba que se conocen y constituyen tres paradigmas:

a) Prueba Legal: Es la ley procesal la que pre-fija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba, estableciendo bajo qué condiciones el Juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) y, a la inversa, señalando los casos en que no puede darse por convencido (aunque íntimamente lo esté). Se puede señalar como ejemplo del primer aspecto, la norma que establece que el testimonio conteste de dos personas de buena fama será plena prueba del hecho sobre el cual recaiga. Ejemplo del segundo aspecto: se recuerda la que impedía tener por acreditado el hecho delictivo si no constaba la existencia del cuerpo del delito.-

Este sistema, propio del proceso de tipo inquisitivo, rigió principalmente en épocas de escasa libertad política (constituyendo un fenómeno correspondiente a la falta de libertad judicial), como un curioso intento de garantía póstuma para el imputado,

en el momento de la sentencia definitiva, frente a los extraordinarios poderes otorgados a los jueces por la ley en todo el procedimiento previo. Indudablemente, este sistema no parece el más apropiado para el propósito de descubrir la verdad, pues bien, puede suceder que la realidad de lo acontecido pueda ser probada de modo diferente del previsto por la ley. Por eso se halla, hoy en día, prácticamente abandonado, aunque sus reglas no deben ser descuidadas a la hora de la libre valoración del Juez, porque sintetizan, en muchos casos, criterios indiscutibles de sentido común.-

b) Íntima Convicción: La ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. El Juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquéllas según su leal saber y entender. A esta característica debe agregársele otra, cual es, la inexistencia de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales, pero ello no significa -en modo alguno- una autorización para sustituir la prueba por el arbitrio, ni para producir veredictos irracionales, sino un acto de confianza en el “buen sentido” (racionalidad) connatural a todos los hombres. Si bien este sistema, propio de los jurados populares de tipo anglosajón, tiene una ventaja sobre el de la prueba legal, pues no ata la convicción del Juez a formalidades preestablecidas, que muchas veces obstaculizan el logro de la verdad, presenta como defecto evidente el de no exigir la motivación del fallo, generando el peligro de arbitrariedad y, por ende, de injusticia. (Pág. 63-64).-

Finalmente, tenemos el paradigma de la **Libre convicción o sana crítica racional:** Es un Sistema de valoración de la prueba, último paradigma. Este Sistema es el que rige hasta la fecha y el cual será analizado en el desarrollo de este trabajo. Sólo expresaré en este momento que: en cuanto a lo que a la tesista respecta, entiendo que la denominación de “Libre Convicción” no parece ser la más adecuada, ya que insinúa una latente subjetividad y arbitrariedad del Juez, que es justamente la que el presente trabajo pretende evitar.

Prueba Pericial: Cambio de Paradigma: Como explica DUCE J., Mauricio (2013):

La concepción de prueba pericial en los Sistemas Inquisitivos y Acusatorios: Lógicas diferentes.-

- **Paradigma Inquisitivo**

La característica central sobre la base, sobre la cual, se estructuraba la prueba pericial en los modelos procesales de corte Inquisitivo, es la de concebir a los peritos como “auxiliares de la administración de justicia”, o como “peritos del Tribunal”, es decir, expertos que ponían su conocimiento especializado al servicio

de las necesidades de convicción del Tribunal, sin considerar para nada los intereses de las partes, o comportándose en forma completamente neutral o imparcial, respecto de ellas.-

Esta lógica tiene impacto en varios aspectos de la regulación normativa de esta prueba. En primer lugar, el trabajo de los peritos se regula y concibe como una fuente de información –exclusivamente- al servicio de las necesidades de conocimiento del Juez. Por lo mismo, su designación queda entregada básicamente a dos hipótesis: A casos en los que la ley expresamente indica la necesidad de contar con una opinión experta y en el resto, la decisión queda entregada fundamentalmente, a la decisión discrecional del propio Juez.-

Un segundo elemento del paradigma inquisitivo de configuración de la prueba pericial, es que estos sistemas, establecen una suerte de precalificación de idoneidad de quienes podían ser considerados como peritos. En esta lógica, se establece un sistema bastante cerrado, en el que no cualquiera puede ser objeto de designación como perito para un caso. En cambio, la ley predetermina que sólo determinadas personas que, pertenecen a ciertas instituciones, pueden actuar como peritos y sólo ellos pueden ser designados por los jueces.-

El último componente relevante de este paradigma Inquisitivo, tiene que ver con la comprensión de qué es lo que exactamente constituye la prueba pericial. En estos sistemas, la prueba pericial, era centralmente concebida como un informe o dictamen escritos. En este contexto, la prueba era el documento escrito y no el perito en sí mismo. Ello era lógico y coherente con el carácter escrito de este proceso, en el cual operaba sobre la noción de acumulación de antecedentes en un expediente que luego permitía fundar las decisiones del sistema, incluida la sentencia definitiva. No obstante, en un momento, se fue avanzando en la instalación de modelos orales, por ejemplo, incorporando por lectura el informe, cuando el perito no iba.-

Los cambios avanzados en los sistemas procesales penales de América Latina, continúan manteniendo buena parte de la lógica inquisitiva, a fin de comprender la prueba y, en particular, la pericial, que se transmitieron a las reglas del nuevo sistema.-

- **Paradigma Acusatorio**

La lógica descripta, cambia de manera radical, en el Derecho Comparado, en los países en los que se pudo avanzar en la implementación de modelos acusatorios. En este modelo de enjuiciamiento penal, los peritos son concebidos como “peritos de

confianza de las partes” y no como “auxiliares del Tribunal”. Lo que significa que, son las partes, las que deciden si quieren llevar o no a un perito a juicio y a qué perito concreto. Los peritos dejan de estar al servicio del Juez, y pasan a estar al servicio de las teorías del caso o versiones de quienes los presentan. Ello es una consecuencia natural del carácter acusatorio del nuevo proceso, de acuerdo al cual, los jueces dejan de tener iniciativa o roles relevantes, en relación a la producción de información y rendición de prueba, la que queda entregada –exclusivamente- a las partes. La decisión de presentar los peritos, estará asociada al hecho que, lo que el perito está dispuesto a afirmar en juicio, producto de su mejor ciencia o disciplina, es consistente con la teoría del caso o la versión de quien lo presenta. No quiere decir que, todo perito que las partes intenten presentar en juicio, deba ser admitido.- Este cambio, la forma de concebir al perito, impacta de diversas maneras, en la regulación legal de esta prueba, en los sistemas que adoptan esta lógica. Tal vez la más significativa es que, el sistema pericial, se flexibiliza por completo. Se acaba el sistema cerrado de personas idóneas para realizar peritajes y se suprimen las listas de peritos oficiales, como fuente en donde se puede obtener un perito. Bajo esta nueva lógica, cualquier persona, que esté en condiciones de acreditar experiencia o conocimientos relevantes y especializados en una determinada ciencia, arte o técnica, puede ser presentada por las partes con la intención de que sean admitidas a juicio oral. Incluso el Ministerio Público podría utilizar a cualquier experto de “afuera” de dichas instituciones para sustentar sus casos, ya que lo relevante para la admisibilidad de peritajes está determinado por la idoneidad y experticia, lo que debe demostrarse al momento de discriminar su admisibilidad y luego, en el juicio.- La regla básica en los modelos acusatorios es que la prueba pericial consiste en la declaración que en juicio, presenta el experto, sin que ella pueda ser reemplazada o sustituida por declaraciones previas registradas en actas o por su informe pericial escrito, salvo los casos excepcionales regulados por la ley. Significa que, en principio, si el perito no va a juicio –por lo que no explica en la audiencia su peritaje- y no se somete a las preguntas de las partes –y eventualmente, a las preguntas aclaratorias del Tribunal- no se dispone de prueba pericial que pueda ser valorada.-

Entiende el autor de referencia: que la cultura legal aún no reflexionó en profundidad, sobre el impacto concreto del cambio de modelo procesal penal, respecto de la prueba pericial.-

No obstante, la dinámica acusatoria establece un entorno de incentivos para las partes que hace necesario tener un control más riguroso de la prueba que se pretende introducir a juicio. Por otra parte, la flexibilización del sistema de peritos, obliga a revisar, antes de admitir a juicio, que el experto que se presenta reúna mínimas condiciones de idoneidad frente a los riesgos ciertos que –por esa mayor flexibilidad- se permita la comparecencia a juicio de peritos que aportarán información de mala calidad.-

Sistema de Objetivos:

Mi **objetivo general** es analizar el desarrollo y valoración de la prueba en el proceso penal, desde el inicio de su aplicación hasta la actualidad, en Argentina; desde una óptica teórica.

Mis **objetivos específicos** surgen de mis preguntas de investigación, ellos son:

- 1) Examinar la prevención de arbitrariedades y subjetividades en el proceso penal.
- 2) Conocer el funcionamiento del Sistema de Garantías en la valoración de la prueba.
- 3) Analizar la importancia de las pericias y su valoración y, el rol de la criminología en el proceso penal.

Materiales y Métodos: Estrategias Metodológicas:

La investigación es de naturaleza teórica, de modo descriptivo, que pretende captar la complejidad del fenómeno investigado, buscando el significado del tema y sus interrelaciones con otras categorías afines. Tiene un modo analítico, ya que pretende el estudio de las funciones y elementos del tema investigado y su capacidad operativa en el marco de los complejos normativos que incorpora.-

En definitiva, se empleará una metodología de tipo dogmática crítica, es decir, partiendo de las conceptualizaciones base e incorporando elementos de crítica en cuanto a la correspondencia de lo conceptual en materia de garantía y la normativa que, debiendo ser operativa de la misma, no lo es, por lo que el elemento crítico- valorativo se incorpora a la investigación.-

La investigación, tal lo expresado precedentemente, es de naturaleza teórica, utilizando un método particular de la investigación jurídica: el método dogmático, empleando dentro de este método: la exégesis (interpretación de la obra de los autores o de textos concretos), la sistematización y la lógica deductiva: (a) una investigación bibliográfica, (b) Observación no participante a través de visitas al Poder Judicial (c) Entrevistas a jueces y peritos del Alto Valle y Valle Medio.

Especificando las estrategias metodológicas de cada objetivo específico:

Primer objetivo específico: Examinar la prevención de arbitrariedades y subjetividades en el proceso penal, desde una óptica teórica: Estrategias Metodológicas: me basaré fundamentalmente en una revisión bibliográfica sobre el tema. Tendré en cuenta las obras del Dr. ALBERTO BINDER, Dr. NICOLÁS SCHIAVO y Dr. CAFFERATA NORES, principalmente: Todos citados infra en la bibliografía. Asimismo, en entrevistas semiestructuradas.

Segundo objetivo específico: Conocer el funcionamiento del Sistema de Garantías en la valoración de la prueba, desde una perspectiva teórica: Para el desarrollo de este objetivo, realizaré una observación no participante en el Poder Judicial de Neuquén, así como también, se implementará una revisión bibliográfica (principalmente, el trabajo del Dr. ALBERTO BINDER, citado infra en el apartado. Bibliografía), información secundaria, este último respecto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre otros. Trabajando con los materiales y entrevistas semiestructuradas.

Tercer objetivo específico Analizar la importancia de las pericias y su valoración y, el rol de la criminología en el proceso penal: revisión bibliográfica (trabajando principalmente con las obras del Dr. DUCE J., a quien cito infra en el apartado: Bibliografía) y entrevistas semiestructuradas.

En cuanto a los tres objetivos específicos, utilizaré la entrevista semiestructurada a un Juez del Tribunal de Impugnación del Poder Judicial de Neuquén, a un Juez Federal –con asiento de sus funciones en Neuquén Capital-, ambos: prestan sus servicios en el fuero penal, también entrevistaré a un perito en criminología o criminalista, a fin de conocer su desarrollo profesional.

Desarrollo

Objetivos específicos a desarrollar:

- 1) Examinar la prevención de arbitrariedades y subjetividades en el proceso penal.
- 2) Conocer el funcionamiento del Sistema de Garantías en la valoración de la prueba.

En la actualidad, la Teoría de la Intervención en el delito, como uno de los temas fundamentales que siempre acaparó la atención de los estudiosos del derecho penal, se encuentra en un permanente cambio, producto del proceso de normativización que la está alcanzando y que supera el tratamiento naturalístico o prejurídico al que estaba sometida.-

En el contexto social presente, en el que las relaciones sociales se caracterizan por la existencia de procesos de comunicación altamente complejos, dinámicos y anónimos; y en el que las formas de intervención en un hecho delictivo alcanzó magnitudes impensadas en los

inicios del tratamiento del tema, resulta poco sencillo el proceso de imputación de todos aquellos sujetos intervinientes en la realización de un suceso delictivo.-

El enjuiciamiento penal pivota, tanto en lo funcional como en lo político y en lo conceptual, sobre la categoría de *hecho*, que es la garantía básica que permite ordenar las restantes como los requisitos de verificabilidad del mismo, como normas de actuación previstas para la construcción de la *verdad* o como reglas que determinan la construcción del relato final sobre esa *verdad* que se materializa en la sentencia (BINDER, PRÓLOGO, 2012).-

La valoración de la prueba constituye la médula del Sistema de Garantías. Ello así, por cuanto el concepto de *hecho* nos protege de las tendencias abusivas y moralizantes de la política criminal, sirve también de enlace entre las funciones políticas y operativas de la idea de *verdad*. Una justicia penal republicana se funda en el principio claro de que toda reacción penal se fundará en la *verdad del hecho* (penalmente relevante) cuya comprobación -los jueces- exigirán que cumplan los acusadores y si ellos no lo hacen en la ocasión prevista (el juicio) no suplirán sus omisiones sino que impedirán la concreción de la pena. Esta es la base política, funcional y operativa de los Sistemas Acusatorios, los enfoques de Ferrajoli y Taruffo ya marcaron el rumbo de la necesidad de una nueva reflexión sobre el Sistema Antiguo.-

Y retomando lo hasta aquí expuesto, todo lo que pensamos como garantías se convierte en carga para los acusadores y ese juego de roles y funciones (de los que hablamos al principio), es el que los jueces deben preservar, tanto en sus reglas básicas como en la limpieza de su uso. Estas son doctrinas básicas que lamentablemente la práctica de los Tribunales desconoce llamativamente.-

Nicolás Schiavo destaca un punto central: le hemos prestado atención a la exposición racional de la construcción del *hecho* (fundamentación) pero no a la racionalidad de la construcción misma, esto es, a la tarea de ir ganando terreno a la objetivación de esa construcción frente a la ineludible presencia de la subjetividad del Juez (SCHIAVO, 2012).-

El énfasis puesto en la fundamentación olvidó que no es posible valorarla y controlarla si no contamos con criterios objetivos desde dónde realizar esa crítica. Implicando, finalmente, que al momento de controlar las sentencias, en lugar de sumar racionalidades sumamos subjetividades.-

El uso de estándares (reglas ordenadoras fuertes, pero que no tienen el mismo carácter coercitivo que las fórmulas legales) aparece como el camino más adecuado para avanzar en la limitación de la discrecionalidad sin despersonalizar todo el proceso.-

Ordenar: para ello es necesario superar una visión estrecha del proceso de valoración de la prueba.-

La decisión del Juez sólo puede ser objetivada mediante la expresión en palabras razonadas. La valoración de la prueba es mucho más compleja. Complejidad en la toma de decisiones cuyo reconocimiento es poco usual en la literatura procesal, poco acostumbrada a la Interdisciplina.-

El proceso de toma de Decisión (desde los trabajos de Herbert Simon) transita diferentes etapas o dimensiones:

- a) El análisis de la legalidad de la prueba (exclusión o invalorableidad)
- b) La determinación de la pertinencia y utilidad (admisibilidad y discernimiento)
- c) El pesaje de las diferentes proposiciones (juego de probabilidades)
- d) La confección del relato judicial, base de la sentencia (logicidad del discurso)
- e) Fundamentación (expresión del uso del principio de razón suficiente)
- f) Comunicabilidad de la decisión (que ingrese a un circuito de comunicación o juego del lenguaje donde ella adquiera sentido)

Todas estas dimensiones forman parte del proceso de valoración de la prueba y en todas ellas debemos construir criterios objetivos estandarizados para guiar el uso de los actores del proceso y no sólo del Juez.-

Schiavo transparenta los derroteros que debe tomar la reflexión procesal en estos tiempos: conjugar los viejos objetivos de protección del derecho penal liberal con una mirada expansiva de las garantías, una apertura hacia otras disciplinas y una búsqueda del rigor y la precisión, no por el afán escolástico que enferma muchas veces a la reflexión jurídico penal, sino por la necesidad de construir un nuevo saber para los operadores de la justicia, quienes serán los que darán vida a todas las preocupaciones de protección en los casos concretos.-

Ergo, construir un saber sobre el proceso penal es, antes que nada, pensar en el conjunto de exigencias que deben guiar la construcción de la *verdad del hecho*. Allí se encuentra la principal tarea para sacar a nuestros Tribunales del juego arbitrario de las decisiones, producto del azar, del formulario maquinal, del capricho y el cambio de estados de ánimo.-

Todos esos vicios en el caso específico de la justicia penal, alimentan al peor de sus defectos: la crueldad hecha rutina.-

“El arte del proceso no es otra cosa que el arte de administrar la prueba”.
BENTHAM, Jeremy (1830).-

Ítems a tener en cuenta en esta investigación:

- 1) El análisis y valoración de la prueba son fundamentales para llegar a la verdad del hecho y muchas veces se realizan de manera inadecuada o viciosamente; lo que puede distorsionar el relato final y sería inaceptable que quien debiera aplicar las consecuencias

sustanciales del Sistema Penal se encontrara habilitado para ese ejercicio jurisdiccional desentendiéndose por completo de la *verdad*.-

2) La *verdad* es la principal limitación política- institucional que tiene la función jurisdiccional. La *verdad* como afirmación de la existencia del hecho: legitima el accionar público del Juez; por fuera de esta relación sólo queda la gestión de intereses particulares.-

3) Para algunos, la *verdad* no está en el centro del proceso, propiciando su reemplazo por una orientación destinada a la *resolución de las controversias* (Art. 17 CPP NQN), en base a los nuevos códigos. No obstante, casualmente, la *verdad* permitirá llegar a la resolución del conflicto.-

4) El concepto de *verdad* a los fines que le interesan al derecho, hace referencia a un concepto mucho más reducido, que debe ser traducido como *verdad procesal*. La adjetivación conduce a una relativización de la sustancia, en tanto ella está mediada por las estrictas formas legales en que es adquirida, como en la necesaria imposición –incluso temporal- de tener que adoptar una decisión basada en ella.-

5) Así, se conoce esa *verdad* a través del proceso, sólo por lo que fue producido en él, y bajo las formas legales establecidas y en los tiempos que éste determina. Y vuelvo a repetir, de aquí nace la preocupación y la importancia de la *Valoración de la Prueba*.-

6) Hoy el proceso se ve como una ‘guerra’ entre fiscales y defensores, donde ambos se preocupan por convencer al Juez o al Jurado de su verdad, pues, no importa si realmente es la *verdad del hecho* sino lo importante es ganar el juicio. Lo que lleva en muchos casos, a distorsionar la prueba traída al proceso u ocultar otras o a que, prueba relevante para el descubrimiento de la verdad del hecho se deseche por nulidad, por haberse hecho de manera ilegal lo que perjudica a esa verdad que el Juez exige a los acusadores y que parece pasar a segundo plano.-

Esta poca claridad teórica –en particular a nivel nacional- sobre el tema del análisis y valoración de la prueba trae consigo que se mantengan como criterios fundadores de responsabilidad penal: criterios prejurídicos, dejando de lado las modernas Teorías Normativistas que les otorgan mayor espacio de libertad a los individuos y mayores garantías frente al *ius puniendi estatal*. Lo que se busca con esta investigación es dotar a los jueces de criterios científicos a fin de que sean aplicados en la fundamentación de sus sentencias, evitando subjetividades, respetando el Sistema de Garantías, y dando validez al trabajo de la criminología y las ciencias forenses que tanto pueden aportar a la *verdad del hecho*.-

Prueba: nociones generales - Sistemas de Valoración

I.- Noción de prueba

En sentido amplio, cabe decir que *prueba* es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente. Esta noción lata, llevada al proceso penal, permitiría conceptualizar la prueba como todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquél son investigados y respecto de los cuales se pretende aplicar la ley sustantiva (CAFFERATA NORES & HAIRABEDIÁN, 2011).-

II).- Importancia

La prueba es el medio más confiable para descubrir la verdad real y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales.-

La búsqueda de la *verdad* sobre los hechos contenidos en la hipótesis acusatoria (el llamado *fin inmediato del proceso*) debe desarrollarse tendiendo a la reconstrucción conceptual de aquéllos. La prueba es el medio más seguro de lograr esa reconstrucción de modo comprobable y demostrable, pues la inducirá de los rastros o huellas que los hechos pudieron haber dejado en cosas o personas, o de los resultados de experimentaciones (vgr. pericias) o de inferencias racionales (vgr. indicios) sobre tales rastros o huellas.-

Además, conforme al sistema jurídico vigente, en las resoluciones judiciales (provisionales como la prisión preventiva; definitivas: como la sentencia de condena) sólo se podrán admitir como ocurridos los hechos o circunstancias que hayan sido acreditados mediante pruebas objetivas, lo cual impide que aquellas sean fundadas en elementos puramente subjetivos (impresiones, prejuicios o conocimientos privados de los jueces).-

La convicción de culpabilidad necesaria para condenar únicamente puede derivar de los datos probatorios legítimamente obtenidos y legalmente incorporados al proceso; son las pruebas, no los jueces, las que condenan; ésta es la garantía. La prueba, por ser insustituible como fundamento de una condena (o de cualquier decisión provisional, especialmente si es inculpativa), es la mayor garantía frente a la arbitrariedad punitiva (CAFFERATA NORES & HAIRABEDIÁN, 2011).-

III).- Estados intelectuales del juez respecto de la *verdad*

El proceso penal tiende a descubrir la verdad sobre la hipótesis delictiva que constituye su objeto, para lo cual no hay otro camino científico ni legal que el de la prueba. En virtud de ella, el Juez va formando su convicción acerca del acontecimiento sometido a su juzgamiento. La prueba va impactando en su conciencia, generando distintos estados de conocimiento, cuya proyección en el proceso tendrá diferentes alcances.-

a) **Verdad:** La verdad que se persigue en el proceso penal es, a diferencia de lo que sucede en sede civil, la históricamente ocurrida, denominada: verdad material, verdad correspondencia o verdad real. Conviene, entonces, buscar un concepto de *verdad*.-

La *verdad* como correspondencia absoluta entre el hecho delictivo del pasado y lo que de él se haya podido conocer en el proceso, es una aspiración ideal, a la cual no se llega en forma sencilla, tanto por las limitaciones propias de su naturaleza histórica, que implica que se la debe reconstruir conceptualmente a partir de las huellas que aquel hecho haya dejado; los problemas, rutinas y prejuicios que influyen en la percepción judicial y las necesidades de solución del caso, como por las limitaciones impuestas por el orden jurídico que subordina el logro de la *verdad* al respeto de otros valores, generalmente relacionados con la dignidad humana (entre otras limitaciones). A partir de estos condicionamientos, las leyes extreman los recaudos para que la *verdad* que se admita en el proceso sea lo más correspondiente posible con la realidad de lo ocurrido. Así, exigen que las pruebas de cargo en él obtenidas, sean idóneas para provocar en los jueces la firme convicción, demostrable racionalmente (exigencia de motivación) sobre la base de aquéllas, de que están en lo cierto (certeza) sobre la culpabilidad del acusado, sin la cual no puede haber condena penal. Podríamos decir que, frente a la dificultad para demostrar la absoluta *verdad* por correspondencia de la acusación, el orden jurídico, en garantía del acusado, opta por solucionar el problema en términos psicológicos, pero imponiendo las condiciones de prueba y motivación señaladas precedentemente, que le otorguen a la creencia o convicción de los jueces (de naturaleza psicológica) el título de *certeza judicial*. Para eso deberán extremar sus controles de calidad y aventar las tentaciones de sustituirla por el arbitrio judicial fundado en otros motivos o en el puro voluntarismo.-

Asimismo, habrá que garantizar que la acusación pueda ser refutada, comprobada o desvirtuada mediante procedimientos probatorios idóneos a tal fin y que sólo se la admita como verdadera cuando pueda apoyársela en pruebas de cargo, no enervadas por las de descargo, mediante la valoración de todas ellas conforme a las reglas que orientan el recto pensamiento humano: la lógica, los principios de las ciencias y la experiencia común (reglas de la sana crítica), que son reglas que permiten discernir lo verdadero de lo falso. Es bueno aclarar que la *verdad* que se procura en el proceso penal es la *verdad* sobre la culpabilidad del imputado: su inocencia, por imperio constitucional, se tiene por verdadera hasta que se pruebe lo contrario, lo cual no excluye el derecho de aquél a acreditarla ni la obligación de los órganos públicos de no ignorar (ni ocultar) pruebas de descargo ni la de refutar las circunstancias eximentes o atenuantes que hubiere invocado.-

b) **Certeza:** La *verdad* es algo que está fuera del intelecto del Juez, quien sólo la puede percibir subjetivamente como creencia de haberla alcanzado. Cuando esta percepción es firme se dice que hay certeza, la cual puede ser definida como la firme convicción de estar en posesión de la *verdad*. La certeza puede tener una doble proyección: positiva (firme creencia de que algo existe) o negativa (firme creencia de que algo no existe); pero estas posiciones son

absolutas. El intelecto humano para llegar a esos extremos debe generalmente recorrer un camino, debe ir salvando obstáculos en procura de alcanzar esa certeza. Y en este tránsito se van produciendo estados intelectuales intermedios, los cuales suelen ser denominados: duda, probabilidad e improbabilidad.-

c) **Duda:** Entre la certeza positiva y la certeza negativa se puede ubicar a la duda en sentido estricto, como una indecisión del intelecto puesto a elegir entre la existencia o la inexistencia del objeto sobre el cual se está pensando, derivada del equilibrio entre los elementos que inducen a afirmarla y los elementos que inducen a negarla, todos ellos igualmente atendibles. La impotencia conviccional de la prueba de cargo para justificar racionalmente la íntima convicción del juzgador sobre la culpabilidad del imputado es equiparable a la duda en sus efectos benéficos para éste.-

d) **Probabilidad:** Habrá probabilidad cuando la coexistencia de elementos positivos y negativos permanezca, pero los elementos positivos sean superiores en fuerza conviccional a los negativos, es decir, que aquéllos sean preponderantes desde el punto de vista de su calidad para proporcionar conocimiento. Cuando los elementos negativos son superiores a los positivos, se dice que hay improbabilidad o probabilidad negativa.-

IV).- Concepto de 'prueba' - Cuatro aspectos

IV)a) Elemento de prueba: O prueba propiamente dicha, es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva.-

En general, estos datos consisten en los rastros o huellas (o efectos materiales) que el hecho delictivo pueda haber dejado en las cosas, en el cuerpo o en la psiquis de las personas, y el resultado de experimentos u operaciones técnicas sobre ellos o de inferencias a partir de su correlación con ciertas reglas de la experiencia (indicios). Pero para que un dato sea prueba deberá poseer indiscutible aptitud conviccional, potencial o hipotética -per se- para provocar conocimiento de acuerdo con las reglas de la lógica, de las ciencias y de la experiencia común, con prescindencia de que así lo logre en el proceso que se quiere hacer valer como tal. Se desprenden los siguientes caracteres:

1º) Objetividad: El dato debe provenir del mundo externo al proceso y no ser mero fruto del conocimiento privado del Juez, carente de acreditación objetiva. Y su trayectoria (desde fuera hacia dentro del proceso) debe cumplirse de modo tal que pueda ser controlada por las partes, lo que implica que ellas puedan controlar todo el proceso de construcción de la prueba, su encadenamiento causal; o sea, desde la aparición del simple dato originario, su forma de obtención y sus procedimientos de corroboración, hasta su incorporación formal al proceso, no pudiendo reducirse el ámbito del control defensivo, pues semejante limitación podría afectar

gravemente el derecho de defensa (que no puede darse por satisfecho con la formalidad final del control de lo que bien podría denominarse 'la frutilla del postre'). La verdad real sobre la etiología del dato probatorio no puede quedar encubierta bajo el manto de su incorporación formal al proceso (CAFFERATA NORES & HAIRABEDIÁN, 2011).-

2°) Legalidad: La legalidad del elemento de prueba será presupuesto indispensable para su utilización en abono de un convencimiento judicial válido. Su posible ilegalidad podrá obedecer a dos motivos: su irregular obtención (ilegitimidad) o su irregular incorporación al proceso.-

a) Con respecto a la obtención ilegal no hay reglamentación expresa, la tutela de las garantías individuales constitucionalmente reconocidas exigirá que cualquier dato probatorio que se obtenga en violación de ellas sea considerado ilegal y, por ende, carezca de valor para fundar la convicción del Juez. La justicia de las resoluciones judiciales, no está sino en su legalidad y ésta debe ser defendida por encima de la verdad real, porque esta verdad real debe ser antes una verdad legal. Eso no es tecnicismo jurídico ni irrealidad, sino la única forma de preservar la República.-

En principio, la tacha de ilegalidad deberá alcanzar no sólo a las pruebas que constituyan en sí mismas la violación de la garantía constitucional (Art. 18 CN) sino también a las que sean su consecuencia inmediata, siempre que a éstas no se las hubiese podido obtener igualmente sin la vulneración de aquélla.-

Del orden jurídico vigente surge la prohibición de utilizar ciertos métodos para la obtención de pruebas. Así, cabe considerar proscriptas todas aquellas formas de coacción directa, física o psíquica, sobre las personas que pueden ser utilizadas para forzarlas a proporcionar datos probatorios, los mismos obtenidos en violación de esta prohibición serán ilegítimos y no podrán ser válidamente utilizados para formar la convicción judicial.-

Por imperio de normas constitucionales y procesales, el imputado no puede ser constreñido a producir pruebas en contra de su voluntad, pues aquéllas le reconocen la condición de sujeto incoercible del proceso penal. Sólo cuando el imputado actúe como objeto de la prueba podrá ser obligado a participar en el respectivo acto procesal, vgr.: el reconocimiento por rueda de personas.-

También las fuentes extraprocesales de conocimiento o información, vgr.: denuncia anónima, informes de inteligencia, etc.; sin ser pruebas, pueden llegar a dar origen a una investigación policial o judicial, deben reunir las mismas exigencias de legitimidad requeridas para las pruebas que se pretenda utilizar en el proceso. Si bien en los casos de acción pública perseguible de oficio, los órganos de persecución penal deben iniciarla tan pronto tengan noticia, por cualquier medio de la posible existencia del delito, esto no quiere decir que la

noticia puede ser ilegalmente obtenida o transmitida. Aprovechar la ilegalidad para iniciar la persecución del delito es tan inadmisibles como aprovechar la ilegalidad para intentar probar su comisión. Sea *ex ante* o *ex post* al inicio de la investigación, la ilegalidad sigue siendo tal. Respecto de la inteligencia criminal estatal debe descartarse toda posibilidad de que pueda valerse de medios ilegales para procurar conocimiento sobre el delito, o para utilizar conocimientos ilegalmente obtenidos o ilegalmente transmitidos por particulares. Es que aquella necesaria tarea será tolerable en un Estado de derecho sólo si se cumple en el marco de la Constitución. Lo mismo ocurre con las medidas de investigación (CAFFERATA NORES & HAIRABEDIÁN, 2011).-

b) Dentro de la incorporación irregular de prueba al proceso: El ingreso del dato probatorio en el proceso deberá ser realizado respetando el modo de hacerlo previsto en la ley o el analógicamente más aplicable en caso de que el medio de prueba utilizado no estuviera expresamente regulado. Cuando la ley impusiera alguna formalidad especial para su producción, relacionada con el derecho de defensa, la observancia de ella será también condición *sine qua non* para que la prueba que se obtenga pueda ser regularmente incorporada.

3°) Relevancia: El elemento de prueba será tal, no sólo cuando individualmente o con el apoyo de otros produzca certeza sobre la existencia o inexistencia del hecho que con él se pretende acreditar, sino también cuando permita fundar sobre éste un juicio de probabilidad. Esta idoneidad conviccional es conocida como *relevancia* o *utilidad* de la prueba.-

4°) Pertinencia: El dato probatorio deberá relacionarse con los extremos objetivos (existencia del hecho) y subjetivo (participación del imputado) de la imputación delictiva, o con cualquier hecho o circunstancia jurídicamente relevante para el proceso (vgr. agravantes, atenuantes o eximentes de responsabilidad, personalidad del imputado, existencia o extensión del daño causado por el delito, calidad de un elemento de prueba, etc.).-

La relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar y el elemento de prueba que se pretende utilizar para ello es conocida como *pertinencia* de la prueba.-

IV) b).- Órgano de Prueba: Es el sujeto que porta un elemento de prueba y lo transmite al proceso. Su función es la de intermediario entre la prueba y el Juez (por eso al Juez no se lo considera órgano de prueba). El dato conviccional que transmite puede haberlo conocido accidentalmente (testigo) o por encargo judicial (perito). La ley regula su actuación al ocuparse de los medios de prueba, y admite la posibilidad de que intervengan como tales, tanto aquellas personas que no tienen interés en el proceso como las interesadas en su resultado, sin perjuicio del especial cuidado que se debe guardar al valorar los aportes de estas últimas.-

IV) c).- Medio de Prueba: Es conveniente distinguir el medio de prueba en sentido propio y las llamadas *medidas de investigación*. Si bien existe una estrecha vinculación entre ambos, su correcta distinción tiene importantes consecuencias jurídicas.

Medio de prueba es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso. Su regulación legal tiende a posibilitar que el dato probatorio existente fuera del proceso penetre en él para ser conocido por el tribunal y las partes, con respeto del derecho de defensa de éstas. Con este doble propósito, la ley establece separadamente los distintos medios de prueba que acepta, reglamentándolos en particular, a la vez que incluye normas de tipo general con sentido garantizador (vgr.: las relacionadas con los actos definitivos o irreproducibles) o restrictivo de los derechos de los sujetos procesales privados (CAFFERATA NORES & HAIRABEDIÁN, 2011).-

Medidas de investigación son meros actos de averiguación iniciales, desarrollados por los órganos de persecución penal, tendientes a avanzar una pista de una pesquisa, obtener hipótesis que orienten la averiguación de un delito o verificar la posible existencia de elementos de prueba de su comisión. Si aquellas medidas tuvieran resultado positivo los elementos de prueba que permitan avizorar deberán introducirse al proceso a través de un medio probatorio específico, vgr.: indagación en informantes, el procurar la confirmación de informaciones anónimas o rumores, etc; seguimientos y observación de personas en la vía pública para detectar sus movimientos, hábitos, relaciones, rutinas, que pueden ser útiles para el descubrimiento del delito, etc. Como son instrumentales respecto de la evidencia, en sí mismas carecen de los datos capaces de producir conocimiento cierto o probable, en sentido estricto, no generan prueba.-

Consecuencias prácticas: Las *medidas de investigación* quedan fuera del régimen de los actos definitivos e irreproductibles, por lo que no hay obligación legal de notificar a las defensas previamente de la realización de alguna de ellas, por no ser idóneas para producir por sí conocimiento. Por supuesto que en la ejecución de las *medidas de investigación* se deberán observar los derechos constitucionalmente reconocidos a las personas respecto de las que versen o afecten. No es admisible que, so pretexto de que no se trata de pruebas en sentido estricto, la informalidad en realidad disimule y legitime algún tipo de ilegalidad (CAFFERATA NORES & HAIRABEDIÁN, 2011).-

IV)d) Objeto de la Prueba: Es aquello que puede ser probado, aquello sobre lo cual debe o puede recaer la prueba. El tema admite ser considerado 'en abstracto' o 'en concreto'. Desde el primer punto de vista vemos: qué puede ser probado en cualquier proceso penal; desde la segunda óptica: se considerará qué es lo que debe ser probado en un proceso determinado.-

'En abstracto': La prueba puede recaer sobre hechos naturales o humanos, físicos o psíquicos. También sobre la existencia y cualidades de personas, cosas y lugares, y cualidades

jurídicas. Se podrá intentar probar también las normas de la experiencia común y el derecho no vigente. En cambio, no serán objeto de prueba los hechos notorios ni los evidentes, salvo que sean controvertidos razonablemente, tampoco la existencia del derecho positivo vigente ni aquellos temas sobre los cuales las leyes prohíben hacer prueba. Crecen las propuestas tendientes a que, mediante acuerdo de partes, se dé tratamiento de hecho notorio a ciertos acontecimientos o circunstancias, incluso relacionados exclusivamente con la cuestión penal.-

En concreto: En un proceso penal determinado, la prueba deberá versar sobre la existencia del hecho delictuoso y las circunstancias que lo califiquen, agraven, atenúen o justifiquen, o influyan en la punibilidad y la extensión del daño causado. Deberá dirigirse también a individualizar a sus autores, cómplices o instigadores, verificando su edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes, el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que lo determinaron a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad. Estos aspectos necesariamente deberán ser objeto de prueba, aun cuando no haya controversia sobre ellos, salvo casos excepcionales. También podrán ser objeto de prueba hechos o circunstancias tendientes a la mejor valoración de otras pruebas.-

No podrá ser objeto de prueba ni de investigación ningún hecho o circunstancia que no se vincule con estos aspectos, cualquiera que sea el pretexto que se invoque (CAFFERATA NORES & HAIRABEDIÁN, 2011).-

IV)e).- Actividad Probatoria: Establecido ya que el proceso penal persigue el descubrimiento de la verdad sobre la imputación y que el único medio científico y legalmente admitido para conseguirlo es la prueba, deviene sencillo deducir la necesidad de la actividad probatoria, concebida como el esfuerzo de todos los sujetos procesales tendientes a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba. Invocando el interés público en materia criminal, los códigos, en general, pusieron la mayor parte de esta actividad a cargo de órganos oficiales (Ministerio Público Fiscal, Policía, e incorrectamente a los Tribunales), los cuales, con diferente intensidad según los distintos códigos o la etapa del proceso (o la parte de actividad) de que se trate, intentarán lograr el descubrimiento de la *verdad*. Los sujetos privados (imputado, querellante, actor civil y tercero civilmente demandado), en cambio, tratarán de introducir solamente los elementos probatorios que sean útiles para sus intereses particulares, procurando demostrar su aptitud para evidenciar el fundamento de sus pretensiones o la falta de fundamento de las deducidas en su contra (CAFFERATA NORES & HAIRABEDIÁN, 2011).-

V).- Sistemas de valoración de la prueba: Teniendo en cuenta a los autores Cafferata Nores & Hairabedián (CAFFERATA NORES & HAIRABEDIÁN, 2011): Tres son los

principales sistemas de valoración de la prueba que se conocen, los dos primeros, ya fueron descritos en el marco teórico del presente trabajo, por lo que en esta instancia se desarrollará el paradigma actual:

- **Prueba Legal,**
- **Íntima Convicción:** Es necesario tener presente que con el sistema acusatorio se incorporó a los Jurados Populares para que dictaminen sobre la culpabilidad o no de un imputado, en los delitos cuya pena máxima supera los quince (15) años de prisión. Los Jurados Populares dictaminan según su íntima convicción.

- **Libre convicción o sana crítica racional:** Establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige, a diferencia de lo que ocurre en aquél, que las conclusiones a que se llegue sean el fruto razonado de las pruebas en que se las apoye. Pero esa libertad tiene un límite tan estrecho como imperceptible a los ojos de muchos tribunales: no autoriza a acordar categoría de prueba a datos que carecen de tal ontología y que, sólo parecen ser pruebas, ni utilizar pruebas ilegales. Claro que, si bien el Juez en este sistema, no tiene reglas jurídicas que limiten sus posibilidades de convencerse y goza de las más amplias facultades al respecto, con las limitaciones indicadas ut-supra, su libertad tiene una valla infranqueable: el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La sana crítica racional se caracteriza por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa, valorando la eficacia conviccional de la prueba con total libertad, pero respetando al explicar cómo llegó a ellas, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente, los principios incontrastables de las ciencias –no sólo de la criminología, psicología, utilizable para la valoración de percepciones, estados emocionales, personalidad, dichos o actitudes- y la experiencia común –constituida por conocimientos vulgares indiscutibles por su raíz científica, inercia, gravedad-. Parece insuficiente, a estos efectos, el solo uso de la intuición pues aunque ésta es una forma reconocida y frecuente entre los jueces, de adquirir convicción, la corrección de la conclusión intuitiva debe ser demostrada racionalmente, a base de pruebas.

Pero la libertad acordada a los jueces del juicio para seleccionar y descartar, primero y después: conceder o restar mayor o menor eficacia conviccional a las pruebas en que fundan la sentencia, no puede ser ni una atribución de ejercicio arbitrario ni un pretexto o mecanismo para resolver de acuerdo con su íntima convicción ni mucho menos tan soberana como para que, bajo ningún concepto, pueda ser controlable por la vía recursiva, para la corrección de atrocidades judiciales, el control de la vigencia de la Constitución y de la ley en la sentencia y su sensatez global. La otra característica de este sistema es la necesidad de motivar las

resoluciones, o sea, la obligación impuesta a los jueces de proporcionar las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que arriban y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas. Esto requiere la concurrencia de dos operaciones intelectuales: la descripción del elemento probatorio y su valoración crítica, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya.-

Las posibilidades persuasivas de los jueces se plasman mediante la argumentación: dar razones para convencer. Para ello no debe ser viciosa, situación que se presenta en tres grandes bloques: 1°) falacia; 2°) paralogismo y 3°) sofisma. La falacia consiste en un error en el razonamiento que lo torna incorrecto. Los dos últimos bloques son silogismos incorrectos que se diferencian en que los sofismas se realizan con la intención de inducir a error. Éste suele presentarse como la ignorancia elenchi, falacia madre, de la que participan otras que se emplean para desviar la atención, como la de pista falsa –llevar la atención hacia un asunto colateral para disimular la debilidad de la propia posición- y la casuística -rechazar una generalización, alegando excepciones irrelevantes-.

Así, se conmina con nulidad la sentencia en caso de falta de fundamentación, comprendiéndose -en este vicio- la ausencia total de fundamentos; o que los datos admitidos como probatorios no pueden ser considerados tales –no son ontológicamente pruebas- por su incapacidad o falta de idoneidad potencial para generar conocimiento; la fundamentación aparente –el fallo no se basa en pruebas sino en opiniones o valoraciones-, la fundamentación incongruente –la prueba que se invoca en sustento de una conclusión no tiene relación con ella, la fundamentación falsa –la conclusión se funda en una inexacta reproducción de los dichos del testigo-, la fundamentación global –no se especifica en qué prueba se fundamenta cada conclusión, la fundamentación omisiva –se omite valorar prueba dirimente, que de haber sido valorada, hubiese determinado una conclusión diferente de la arribada- y la fundamentación contradictoria –el mismo hecho es afirmado y negado simultáneamente, en distintas partes de la misma resolución-. También se conminan con nulidad la fundamentación absurda –cuya arbitrariedad es consecuencia de ser contraria a toda lógica o contener errores burdos de apreciación probatoria- como la ilegal, por valerse de pruebas ilegalmente obtenidas o ilegalmente incorporadas al debate. Pero la nulidad se producirá sólo si los aludidos defectos afectan a elementos probatorios de valor decisivo. Se consideran tales, en sentido negativo: aquellos que si fueran hipotéticamente suprimidos del razonamiento, dejarían huérfanas de sustento a las conclusiones que en ellos se basaron o que estas conclusiones no puedan encontrar suficiente fundamento en otras pruebas.-

Se combinan, así, las exigencias políticas y jurídicas relativas a la motivación de las resoluciones judiciales, con las mejores posibilidades de conocer la *verdad*, sin cortapisas meramente formales, mediante el caudal probatorio recogido en el proceso.-

Fundamento de la importancia del análisis y valoración de la prueba

“El abandono de las pruebas legales, en favor de la libre convicción del Juez, sin embargo, por el modo en que se concibió y practicó por la cultura jurídica post- ilustrada, se corresponde con una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales” (FERRAJOLI, L. DERECHO Y REGLAS, 2012, página 137).-

Estado actual de la discusión teórica

I).- Planteamiento: La presencia del concepto de *verdad* como objeto del proceso nos lleva a una triple relación: El primer aspecto de esa triple relación se expresa en el proceso de verificabilidad, o sea, en el establecimiento de todo aquello sobre lo que resulta necesario expresarse como un acontecimiento verídico.-

De allí se derivan las garantías de primer orden, tales como la externalidad de la conducta (derecho penal de acto), el juicio de subsunción (legalidad), el juicio de reproche (culpabilidad) y su capacidad dañosa (lesividad). Únicamente, cabe preguntarse por la *verdad* de un evento en tanto adquiera sentido a través de determinados principios jurídicos que conducen a calificarlo como un *hecho penalmente relevante*.-

El segundo aspecto de la *verdad* se vincula a la forma de construcción, es decir, a su forma de verificación. Dentro de ésta, se establecen las condiciones de los órganos encargados de investigar, como de aquellos asignados a juzgar, del derecho a la defensa y de su real ejercicio para poder comprender la acusación (clara, precisa, circunstanciada), ofreciendo prueba, como así también, permitiendo el control de aquella utilizada para acreditar la imputación. En este punto cabe considerar las *reglas de exclusión*, como así también, las de *pertinencia* y *admisibilidad* de las pruebas.-

El último aspecto de esta triple relación del juicio de *verdad*, el cual se vincula a las *reglas de comprobación*. Es decir, las formas bajo las cuales es posible afirmar: que resulta verídica la historia relatada en el hecho; tienen una íntima vinculación con las anteriores, en tanto ellas requieren una particular conexión con las que rigen la conformación narrativa del hecho y las formalizaciones de los medios de prueba; pero también comprenden aquellas otras vinculadas a la valoración de la prueba.-

Todas éstas -en conjunto- hacen a la fijación de determinados estándares de prueba que deben alcanzarse, para poder afirmar la existencia del hecho.-

La obra de SCHIAVO (2012) se vincula –principalmente- a este aspecto último, o sea, al debate sobre los estándares probatorios que deben alcanzarse en el curso de la valoración de la prueba para afirmar que determinado *hecho* puede ser tenido por verídico.-

La explicación que antecede resulta relevante, pues de este modo no sólo se logra captar la específica ubicación del problema, aquí presentado dentro del concepto global de verdad, sino que también permite advertir la incidencia general que este último aspecto tiene sobre el conjunto de garantías.-

En igualdad de principios, el concepto de valoración se ve alterado por la diversa relación que el sistema establece para con la *verdad* que, en este caso, se evidencia en las diferentes consideraciones del juicio de verificación.-

Según Michele Taruffo: “El principio de la libre convicción ha liberado al Juez de las reglas de la prueba legal, pero no lo ha desvinculado de las reglas de la razón” (TARUFFO, CONOCIMIENTO CIENTÍFICO Y ESTÁNDARES DE PRUEBA JUDICIAL, 2011).-

En contraposición con ello, la fijación de un estándar probatorio sobre la base de razones posteriores destinadas a sustentar el juicio de valoración que descansa en la convicción de quien lo emite, en realidad no implica ningún estándar. La llamada fundamentación de la valoración como juicio *ex post*, no es una regla de valoración ni permite un juicio de control de ella, en la medida que no existan estándares *ex ante* fijados que habiliten su imposición.-

II).- Un estándar probatorio subjetivo que no es tal: Los Tribunales de Justicia, las modernas Legislaciones procesales, no asumieron el problema de fijar estándares probatorios que permitan afirmar como cierto un hecho. Sólo dan razones de un estándar subjetivo, intentando justificar así sus valoraciones subjetivas.-

El problema es grave, porque las explicaciones *ex post* de un juicio valorativo subjetivo no implican el establecimiento de un estándar probatorio, sino un pretense recurso, paralelo e ineficiente de garantía contra la arbitrariedad. Ergo, resulta ineficiente por cuanto implica controlar el acto meramente retórico de explicar por qué se decidió tal cosa y no el cómo se llegó a esa decisión.-

Schiavo (SCHIAVO, 2012) advierte que lo que dice la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en la causa “Casal Matías Eugenio y Otros”, en el Considerando 29, es que:

Se afirma que no es admisible que una sentencia esté librada a la íntima convicción, pero también, que las razones que llevan a un pronunciamiento condenatorio deben provenir de razones reconocibles, para que finalmente, ellas se sujeten a la aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado.-

La traducción de estas expresiones, en los términos conceptuales, sería similar a indicar que, la certeza subjetiva no es suficiente en tanto no se explicita en un estándar probatorio

previamente establecido. La motivación no está en el centro del problema, únicamente opera como un resguardo de control de la conexión, entre la aplicación del método racional en la reconstrucción del hecho y la afirmación de su existencia más allá de cualquier ponderación subjetiva, pero que –en tanto control- puede ser reemplazado por cualquier otro mecanismo.-

III).- Prueba que trae el fiscal al juez y algunas cuestiones procesales: Aunque históricamente se prestó mayor atención a la motivación jurídica que a la motivación fáctica, aceptando inclusive la íntima convicción del juez y excusándolo del deber de motivar, debe tenerse en cuenta que el conocimiento de los hechos suele ser mucho más problemático que la comprensión y aplicación del derecho, pues frente a las normas existe un importante desarrollo legislativo y jurisprudencial que permite controlar de mejor manera la labor de quien juzga, mientras que los hechos son siempre diferentes y la posibilidad de un conocimiento adecuado de estos, no es siempre la apropiada (BEDOYA SIERRA, 2008).-

Desde esa perspectiva, es necesario tener claro que el adecuado manejo de las evidencias o de las pruebas por parte del fiscal tiene como objetivo mediático enterar al juez de las circunstancias que rodearon una acción con trascendencia penal y como objetivo final, propender por la materialización de la justicia, que en el área penal se logra con el esclarecimiento y la sanción de las conductas que afectan en mayor proporción las garantías fundamentales, es decir, las conductas punibles o con la absolución de los ciudadanos frente a quienes no fue posible desvirtuar el principio de presunción de inocencia.-

Para lograr los objetivos, las evidencias o las pruebas deben dar cuenta de todos y cada uno de los elementos estructurales de la conducta punible. Si el fiscal logra llevar a conocimiento del juez, buena parte de los aspectos trascendentales para decidir sobre la afectación de un derecho fundamental o sobre la imposición de la sanción penal, pero descuida aunque sea uno de esos aspectos, es posible que el juez no cuente con los elementos para decidir en forma justa y que, en consecuencia, no sea posible cumplir los objetivos inherentes al ejercicio de la acción penal en un Estado Social de Derecho, que se refieren a la protección de bienes jurídicos de alta trascendencia constitucional: como la vida, la libertad y la dignidad, entre otros.-

Bajo este lineamiento, la actividad probatoria de las partes, en este caso del fiscal, debe centrarse en el contenido de cada medio de acreditación pero, también, debe estar orientada a verificar la confiabilidad del medio utilizado, es decir, la credibilidad del testigo, la autenticidad del elemento material probatorio, la idoneidad del perito u otros aspectos. Esta actividad implica también la verificación de que el medio cognoscitivo sea presentado de tal manera que facilite en la mayor medida posible la aprehensión del conocimiento por parte del juez.-

Los medios de prueba se analizan desde tres aspectos:

- 1) El contenido del medio de prueba
- 2) La confiabilidad del medio de prueba
- 3) La forma en que es transmitida la información contenida en el medio de prueba.

Los fines de la prueba están íntimamente ligados al deber de motivar y permiten comprender las relaciones que se tejen en el cumplimiento de las funciones de fiscales y jueces. En efecto, los jueces tienen la obligación de motivar sus decisiones y ello incluye un componente fáctico. Los fiscales, por su parte, además de motivar las decisiones que la Constitución y la ley les asignan, tienen el deber de velar porque la motivación de los jueces sea adecuada (BEDOYA SIERRA, 2008).-

Se debe advertir sobre la necesidad de crear conciencia sobre el carácter de los procesos mentales que aproximan al funcionario judicial al conocimiento de los hechos, como requisito para dar cumplimiento a la carga motivacional frente al componente fáctico. A partir de los medios de acreditación debe inferirse que un hecho ocurrió de una determinada manera. Los argumentos inductivos son fundamentales para establecer la credibilidad, aspecto necesario en el proceso de conocimiento de los *hechos*.-

Irving M. Copi afirmó que “El estándar de prueba para la ley penal es muy alto. Son tan terribles las consecuencias de condenar a una persona inocente que, se debe evitar esa posibilidad a toda costa. Por tanto, un acusado en este caso debe considerarse inocente hasta que no se pruebe lo contrario. La convicción del crimen requiere que el acusado sea encontrado culpable más allá de toda duda razonable. Esto significa que el acusado se debe encontrar culpable con una probabilidad tan grande que ninguna persona razonable, luego de considerar todas las evidencias disponibles, podría creer en su inocencia. La aplicación de este estándar tiene como resultado el perdón de algunas personas que probablemente son culpables del *hecho*, pero esto es mucho mejor que condenar a los inocentes” (COPI & COHEN, 2007).-

Parfraseando a Bedoya Sierra (BEDOYA SIERRA, 2008): si se acepta que en materia de derecho ordinariamente se está en el terreno de lo plausible o probable y que, no siempre es posible establecer con certeza lo ocurrido, el fiscal procurará reconocer adecuadamente cada uno de los procesos mentales que lo llevan a decidir: acusar, solicitar condena o determinada decisión frente a la ejecución de la pena, etc. La verificación de la solidez de cada uno de los argumentos principales o secundarios, denota mayor y mejor comprensión de las razones por las que otorga a un testimonio mayor o menor credibilidad o por las que atribuye un determinado poder persuasorio a los diferentes medios de acreditación; lo que ayudará a transmitir con mayor precisión la información al Juez, al tiempo que le permitirá establecer en qué eventos sus conclusiones están basadas en suposiciones o prejuicios.-

III).A)- Libertad probatoria: La Corte Constitucional Colombiana, tiene precisada en su jurisprudencia que: “La búsqueda y realización de la justicia constituye una función primordial para el Estado de Derecho y estructural en el Estado social y democrático. En nuestro contexto constitucional, la búsqueda de la verdad en el proceso penal no es sólo una norma informadora del ordenamiento jurídico como garantía de justicia para el sindicado o para la sociedad, sino también, es un instrumento de protección de la víctima y de eficacia de derechos de especial relevancia constitucional. De igual manera, advirtió que el principio de imparcialidad, impone que los jueces deben orientarse por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia. Ahora bien, dentro de los parámetros constitucionales, el legislador goza de amplio margen de discrecionalidad en el diseño de los procesos judiciales y en desarrollo de la política criminal, puede adoptar diferentes modelos y técnicas para la averiguación de lo sucedido. Dentro del marco de una sociedad democrática, se trata de conciliar la tensión existente entre el respeto de las libertades y derechos ciudadanos y la efectividad del derecho penal, que en sentido estricto no es más que el reflejo legítimo del ius-puniendi del Estado”.-

III).B).- Actos de investigación y legalidad de la prueba: Los actos de investigación orientados a la obtención de evidencias pueden ser clasificados en: fundamentales y actos de investigación que no implican la limitación de derechos. La recopilación de evidencias en la escena del crimen, la recepción de entrevistas, la práctica de ciertos dictámenes (como el de balística, o el orientado a determinar la autenticidad de un documento) son algunos de los actos de investigación que generalmente no implican la afectación de derechos, mientras que otros como: el allanamiento y registro de un inmueble, la interceptación de comunicaciones telefónicas, las inspecciones corporales, entre otros, sí comprometen derechos fundamentales.-

Pasos de un estándar objetivo: Construyendo estándares objetivos— mirando el derecho comparado y el nacional

Planteamiento: El establecimiento de un estándar de prueba se compondría de pasos que afectarían directamente el concepto de verdad.-

Un primer paso objetivo: previo a la posibilidad de valorar se advierte en la construcción misma de la hipótesis de imputación. La imputación debe satisfacer las condiciones de verificabilidad. No es posible valorar y afirmar como verídica una hipótesis de imputación que no señala una conducta externamente verificable, que no se corresponda con una norma punitiva, que no resulta reprochable al agente, o que, finalmente no materializó su antijuridicidad lesiva. Cualquier juicio de valoración jurisdiccional está expresamente vedado en estos casos (SCHIAVO, 2012). Por expresa prohibición Constitucional, el Estado no puede

afirmar como verídico el pensamiento de un sujeto o el comportamiento que no transgrede una específica disposición legal.-

El segundo paso: objetivo previo: también, se vincula a la construcción de la hipótesis de imputación pero desde una óptica diferente dispuesta por las condiciones de verificación, y que puede ser conceptualizada del siguiente modo: No es posible valorar como verdadera una imputación que no puede también y alternativamente, ser valorada como falsa. Esta es una de las principales razones por las que se exige que la hipótesis de imputación sea clara, precisa y circunstanciada. La veracidad o falsedad de la hipótesis debe depender de la prueba en que ella se apoye y no en la forma en que ella se construye, como juicio apodíctico de verdad. Esas pruebas en que se apoya la hipótesis de imputación deben ser consideradas como válidas para acreditar cada uno de los extremos invocados. Esta afirmación nos conduce a dos reglas asociadas a esa exigencia:

Pertinencia y admisibilidad de la prueba

La primera regla vinculada a la incorporación de las pruebas en que pretende apoyarse la hipótesis de imputación, es que hayan sido producidas dentro de lo que se llamó 'el debido proceso' (art. 18 CN).

Una prueba es **pertinente** para acreditar un hecho si ella demuestra una conexión entre su aporte y aquello que pretende acreditarse por su intermedio. Por el contrario, es **admisibile** si intrínsecamente reúne los requisitos que le son propios, como lo son los principios de científicidad y de confrontación testimonial. No es posible efectuar una valoración destinada a afirmar la veracidad de la hipótesis de imputación, cuando la ley exige pruebas específicas destinadas a dar por cierto algunos de los elementos que componen el relato incriminante. Pero también existen reglas asociadas a la producción de cada uno de aquellos medios de prueba específicos que hacen al contenido de su admisibilidad, tanto sea por la cualidad probatoria que se le asigna, como por la indebida influencia que pudieran tener para quien debe, posteriormente, valorarlo.

Objetivo específico a desarrollar:

3) Analizar la importancia de las pericias y su valoración y, el rol de la criminología en el proceso penal.

Planteamiento: Existen sólo seis medios de prueba: 1) Testimonio, 2) Pericial (Narraciones diferentes), 3) Informe (Medir lo que hay en una base de datos), 4) Documental (también es una narración), 5) Objeto (se integra materialmente a otros relatos) y 6) Declaraciones de las partes (narración de personas que tienen interés. Declaración del imputado

negativa: Confesión; si es positiva: NO. La víctima siempre tiene interés en el desarrollo del proceso) (BINDER, DERECHO PROCESAL PENAL, 2017)

A los fines de la presente Tesis, sólo me ocuparé de la segunda:

La prueba pericial en particular:

Desde hace dos décadas, al menos, impulsado por las obras de Cordero, Taruffo y Ferrajoli, se restableció en el derecho procesal la preocupación por las relaciones entre verdad y el proceso, que produjo un cambio en el instrumental conceptual y la perspectiva teórica desde la que -ese tema- fue encarado. Ciertamente, no se trataba sólo de una preocupación abstracta, la presión social sobre la justicia, aumentada hasta niveles antes desconocidos por los medios de comunicación masiva, las tentaciones meramente utilitarias y las nuevas funciones de la administración de justicia en la democracia moderna, pusieron tensión nueva sobre esta relación entre *verdad* y proceso penal, por más que se trate de un tema central en todo el desarrollo del derecho penal liberal (BINDER , PRÓLOGO, 2013).-

La preocupación principal del restablecimiento del problema de la verdad en FERRAJOLI (2008), no es teórica sino política (las implicancias de la opción republicana del Juez comprometido con la verdad y no gestor de intereses), la preocupación por los mecanismos de construcción de la *verdad* también se relaciona, en otro plano, con esa opción política. De poco nos sirven las refinadas reflexiones sobre la *verdad* en sistemas procesales toscos, impermeables y descuidados en el manejo de la información. Porque la verdad será siempre *verdad* de una narración construida en el proceso o un atributo de una proposición, de allí la dimensión semántica de la verdad. En realidad, la *verdad* es algo que se da siempre en el contexto de un diálogo y el juicio penal es una forma específica y compleja de diálogo (BINDER , PRÓLOGO, 2013).-

En el manejo de la prueba pericial se produce el choque entre dos discursos con pretensiones de *verdad*: el de la ciencia y el del proceso. Pasamos por momentos históricos en los que la ciencia pretendía superar las decisiones propias de los jueces y volver científico el control de la criminalidad. Este supuesto de valor de la *verdad* científica tuvo efectos sobre el sistema de garantías. Muchos jueces pretenden que la introducción de las conclusiones científicas es un mero consejo al Juez, que puede desecharlo, sin caer en notoria arbitrariedad. Litigar es introducir, producir, controlar, evaluar o discutir sobre perspectivas científicas alrededor de la construcción del hecho que será juzgado, tiene –consecuentemente- una importancia cada día mayor, porque la ciencia convertida en tecnología es de uso cada vez más frecuente en la investigación de los hechos criminales. Los acusadores, defensores y los jueces, no pueden dejar de entrenarse en el complejo mundo del litigio sobre la prueba pericial. El valor central de la *verdad* en el juicio penal es una tarea concreta, que reclama comprensión del papel

de cada uno de los protagonistas de ese juicio, pero también un profesionalismo del cual estamos lejos en nuestra región (BINDER , PRÓLOGO, 2013).-

Una parte de la literatura especializada comienza a concluir en que la prueba pericial es la prueba dominante en los procesos judiciales; enfatizando la idea de que se trata de una prueba que normalmente resulta decisiva en la resolución de los casos, aun cuando estadísticamente no sea el medio más masivo o que mayoritariamente se presenta (DUCE J., 2013).-

Se trata de un fenómeno que parece estar produciéndose, no solo en distintas tradiciones legales, sino también, en diversos ámbitos de funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos. El consenso de los expertos se funda en un conjunto de causas que están más allá de los sistemas jurídicos y en realidad tienen que ver con factores vinculados al desarrollo económico y social experimentado en las últimas décadas en varios continentes, que por cierto influyen o tienen diversos impactos en el funcionamiento de los sistemas judiciales (DUCE J., 2013).-

A) Aspectos generales sobre la prueba pericial en los Sistemas Acusatorios, en el contexto actual: Los alcances que tiene la idea de Sistema Acusatorio suelen ser motivo de confusión. En el caso de América Latina, el significado que se le dio a este sistema se refiere al modelo procesal consolidado en Europa Continental, a partir de la segunda mitad del Siglo XX; que tiene como base la propuesta desarrollada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal de mediados de la década del '80.-

Las principales características de este modelo fueron: establecer el juicio oral y público como elemento central del proceso, la separación de funciones y diferenciación de roles entre jueces y fiscales para poner término anticipado a la persecución penal, el reconocimiento de garantías básicas del debido proceso a favor de las personas objeto de persecución penal y, finalmente, el reconocimiento de los derechos de las víctimas como un acto relevante del Sistema (DUCE J., 2013).-

Un elemento paradigmático de esta transformación procesal, implica un cambio fundamental de metodología del sistema en la toma de decisiones relevantes.

Los procesos orales suponen que el mecanismo institucional que permite a los jueces tomar decisiones: es la realización de una audiencia en donde las partes pueden, cara a cara, presentar sus argumentos de manera verbal, la evidencia que apoya su posición y controvertir lo que la contraparte señala. Ésto no significa que desaparece cualquier vestigio de escritura en el procedimiento; todos los sistemas en la región, mantienen diversas exigencias y métodos de producción de expedientes o carpetas en manos de los distintos actores, pero cambia la idea central de la función de dichos expedientes o carpetas. La información presentada en audiencias es, en principio, la única que permite validar las decisiones judiciales, y no la lectura del expediente. La estructura básica de este juicio es el de ser una audiencia pública y

contradictoria, es decir, donde las partes tienen derecho a presentar su prueba y rebatir la evidencia presentada por su contraparte. La prueba debe ser presentada en el formato de una audiencia oral, pública y contradictoria y la ley no le señala al Juez qué valor específico debe entregarle a dicha prueba (DUCE J., 2013).-

B) Aspectos Generales sobre la noción de perito y su trabajo en los Sistemas Acusatorios: En términos generales, los peritos son personas que cuentan con una experticia especial en un área de conocimiento derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o del ejercicio de un determinado oficio. Lo que distingue al perito de un testigo cualquiera, es que el perito es llamado al juicio para declarar algo para lo cual su experticia es un aporte y le permite dar opiniones y conclusiones relevantes acerca de diversas cosas. El perito es alguien que comparece al juicio para aportar conocimiento experto, que se encuentra más allá del conocimiento del juzgador y que es considerado necesario para decidir el caso. La experticia que detenta el perito es lo que hace que las opiniones y conclusiones que él entrega, en el área de su experticia, sean admitidas.-

Conforme a la normativa general, el énfasis de lo que caracteriza a un perito: es el conocimiento especializado y la necesidad de ese conocimiento para apreciar correctamente un hecho o circunstancia relevante del caso. Se da un espacio muy amplio para determinar qué debe ser objeto de peritajes, al señalar que ellos son procedentes cuando para apreciar los hechos del caso, sea necesario un conocimiento especial de una *ciencia, arte, técnica u oficio* (disciplinas o cualquier tipo de actividades que generen conocimiento especializado) (DUCE J., 2013).-

Es necesario hacer una distinción entre perito y una categoría que suele ser reconocida como el testigo experto o testigo perito. Los testigos expertos o testigos peritos son una categoría regulada con poca claridad en las legislaciones procesales penales de la región y suele confundirse con la noción de peritos. Un testigo experto es un testigo que, sin ser ofrecido como perito –porque tomó conocimiento del hecho en forma espontánea- tiene, sin embargo, un conocimiento de cierta especialización en una determinada materia, que es relevante para un punto sobre el que prestará declaración. Sin ser exactamente un perito ofrecido como tal, mientras más expertizaje prueben las circunstancias concretas del testigo, más admisibles (relevantes) se tornan las opiniones o conclusiones de ese testigo en el área de experticia. Debe tenerse presente que se trata de un testigo, es decir, alguien que presenció o puede declarar sobre hechos relevantes para el caso, pero que además está dotado de un cierto conocimiento o experiencia que lo habilita para dar opiniones o conclusiones que también son relevantes para el caso, no obstante, no haber hecho un peritaje (DUCE J., 2013).-

El uso del testigo experto debe limitarse a casos, en donde el testigo tomó conocimiento casual de los hechos sobre los que va a prestar declaración, sin intentar sustituir el trabajo de los peritos, a los cuales el Sistema en general, pone mayores requisitos y exigencias para su admisibilidad. Si nuestros Sistemas no son estrictos en esto, se corre el riesgo de que el conjunto de reglas especiales que rigen la actividad pericial, diseñadas para garantizar un adecuado funcionamiento del sistema y el debido proceso, se vean defraudadas por malas prácticas de litigio y escaso control judicial (DUCE J., 2013).-

C) **Objeto de las pericias:** Actividades o el tipo de opiniones o información que corresponde que el perito incluya en el juicio oral: Lo primero que es necesario precisar, es que el rol del testimonio de un experto en juicio es entregar la interpretación de una información que exige un conocimiento especializado, con el objeto de explicitar sus significados en términos comunes y exactos dirigidos a generar la convicción del Tribunal que, de otra manera, no podría generarse. Esta información, no puede ser entregada al Tribunal por cualquier persona, pues se trata de un tipo de conocimiento que se encuentra fuera del alcance de una persona promedio. El aporte central de los peritos, normalmente se produce en el lenguaje de opiniones o conclusiones que surgen como consecuencia de la utilización de conocimiento experto para comprender ciertos hechos o fenómenos.-

D) **Los riesgos en el uso de la prueba pericial:** Dentro de los distintos aspectos problemáticos que es posible identificar con el uso de esta prueba, interesa destacar dos problemas de distinta índole que se presentaron en diversos países. El primero de ellos, tiene que ver con la posibilidad de que el uso de esta prueba fuera de los supuestos que la hacen necesaria, importa una afectación a los principios básicos sobre los cuales se construye la actividad judicial en un Sistema Acusatorio, generando así varios riesgos. El segundo, en cambio, se vincula al tema de la asignación racional de recursos estatales limitados, para el cumplimiento de ciertos fines socialmente deseables. Ambos problemas no son sólo teóricos, sino que se manifiestan en la práctica de los sistemas de justicia criminal comparados como obstáculos importantes para el funcionamiento de éstos.

- **Problemas en relación a los valores del sistema:** Riesgos: Se puede constatar que en la medida en que la prueba pericial se utiliza extensivamente, para casos en los que no es necesaria, tiende a generar un proceso de sustitución del trabajo judicial por el trabajo de expertos, con lo que se afectan las bases sobre las cuales se construye la legitimidad de las decisiones judiciales. También, el impacto que produce este tipo de prueba en el juzgador, especialmente tratándose de pericias en disciplinas de difícil comprensión para no especialistas, debilita el control judicial sobre la calidad de la información aportada por peritos, y ello aumenta la probabilidad en que los casos se resuelvan como producto de errores judiciales

(Riesgo de la sustitución: cuando la opinión experta comienza a utilizarse crecientemente, para sustituir el trabajo de razonamiento y construcción de la verdad procesal, encargadas a los jueces). La función central del Juez es evaluar la veracidad y razonabilidad jurídica de las pretensiones en disputa, con el propósito de adoptar una decisión sobre las mismas. En este entorno, una política abierta de admisibilidad de peritajes a juicio, corre el riesgo de utilizar el conocimiento experto como forma, en los hechos y no jurídicamente hablando, de sustituir el trabajo que nuestros sistemas institucionales le asignan exclusivamente a los jueces, sin que ese conocimiento experto sea objeto de los resguardos y procedimientos establecidos para asegurar la calidad, independencia e imparcialidad del trabajo judicial. Este riesgo se produce como consecuencia de la dinámica de funcionamiento del sistema y de la poca capacidad que, en muchos casos concretos, puede tener el Juez –debido a la enorme especialización del conocimiento experto-, de efectivamente incluir la opinión del perito como parte de un razonamiento propio y complejo en el caso.

Por su parte, también tenemos el riesgo del error: se produce como consecuencia del enorme impacto que la opinión experta, especialmente en disciplinas científicas lejanas al conocimiento profano, produce en el juzgador.-

El proceso de evaluación de un juzgador –sea profesional o lego- de la credibilidad y peso de un peritaje técnico o de una disciplina científica es siempre una cuestión compleja. La dificultad que significa tal tarea, abre un espacio para que la decisión final sea distorsionada, basada en percepciones erróneas de parte del juzgador o en razonamientos que confunden los alcances de la información aportada por expertos. La situación descrita se transforma en un problema grave o de mayor riesgo cuando la fuente de la confusión o del error es una consecuencia de que se trate de una opinión emanada de una ciencia novel o en estado de desarrollo y consolidación, la que no fue admitida como válida por la Comunidad Científica, o en casos en los que directamente se trata de una disciplina que no satisface los estándares mínimos para tener un reconocimiento en la Comunidad Científica respectiva. También, puede suceder cuando las hipótesis en las que la evidencia científica -en disciplinas que sí son reconocidas- son obtenidas sin cumplir los parámetros o protocolos aceptados por la disciplina respectiva para otorgarle validez.-

En los estudios que existen a nivel comparado, que intentan identificar las causas que producen las condenas erróneas, el uso de la prueba pericial de baja calidad o poca confiabilidad, aparece como una de las principales causas que lleva a los tribunales a fallar. El uso de prueba pericial de manera incorrecta, es un factor que puede jugar un rol decisivo en la condena de inocentes. Ello obliga a revisar las políticas de admisibilidad de la misma a juicio,

la forma en que se presenta y, más general aún, la regulación que el sistema debiera dar a la producción de prueba científico- forense (DUCE J., 2013).-

E) **La Admisibilidad de la Prueba Pericial a Juicio:** En el Derecho Comparado, especialmente en el mundo Anglosajón, se produjo un debate muy intenso, en torno a la necesidad de elevar las exigencias de admisibilidad de la prueba pericial. Estas exigencias se pueden agrupar en tres requisitos específicos: La necesidad del conocimiento experto, la idoneidad del experto y la confiabilidad de la información experta. Debiendo agregarse, el requisito básico común para la admisibilidad de toda prueba: la pertinencia o relevancia. La pertinencia lógica se justifica como un mecanismo destinado a evitar el mal uso de los recursos del sistema, la pertinencia legal intenta proteger diversos valores del mismo, incluido por cierto, el uso eficiente de sus recursos. La pertinencia puede ser excluida, cuando su valor probatorio, es –sustancialmente- superado por los siguientes factores: Riesgo de causar prejuicio indebido, riesgo de causar confusión, riesgo de causar desorientación del jurado, dilación indebida de los procedimientos e innecesaria presentación de prueba acumulativa (Reglas de Evidencia de Puerto Rico -2010).-

F) **Necesidad del Conocimiento Experto:** Una primera exigencia está constituida por esta necesidad para poder resolver el asunto sometido a debate en juicio. Se trata de un requisito que surge como consecuencia natural de la lógica y función que cumple la prueba pericial en los procesos judiciales y, por lo mismo, es solo exigible para este tipo en particular de prueba.-

La necesidad de conocimiento experto se refiere a que la contribución central del perito en el juicio, será ayudar al Tribunal a decidir algo que está fuera del ámbito de su experiencia, sus conocimientos o su capacidad de comprensión. La presentación de un perito a juicio, sólo se justifica cuando el Tribunal por sí solo, no estaría en condiciones de apreciar un hecho o circunstancia del caso, ya sea debido a que se encuentra fuera de la experiencia común, fuera de su conocimiento o no es susceptible de ser comprendido con claridad sin la ayuda de un especialista. La introducción del peritaje debe ser útil para el juzgador, pero también, debe ser necesaria, lo que supone un estándar más alto.-

G) **Idoneidad del perito:** Un segundo requisito especial de admisibilidad de la prueba pericial está constituido por la necesidad de acreditar que quien se presenta como experto efectivamente lo sea. Se trata de una consecuencia natural de la lógica que justifica la existencia de la prueba pericial. Si el sistema permite a expertos con la finalidad de aportar información necesaria para construir las decisiones judiciales a través de sus conclusiones u opiniones, lo lógico resulta que exista un mínimo filtro previo que permita verificar si se trata de una persona idónea, es decir, alguien calificado en la ciencia, arte o técnica sobre la cual

prestará declaración en juicio. Para MAIER (2003) un primer elemento de la prueba pericial consiste en la acreditación de idoneidad del perito en una ciencia, técnica o arte.-

Ergo, se exigen calificaciones técnicas o profesionales por medio de la posesión de un título habilitante como requisito básico para quienes cumplirán la función de perito. En caso de que se trate de un área de experticia no reglamentada (formal), se exige una idoneidad manifiesta del perito.-

Un problema que se presenta: se da por la lógica instalada en las reglas de designación de personas que, ya tuvieron una cierta preacreditación de idoneidad por pertenecer a listas oficiales de peritos; en un sistema de libre valoración de la prueba o sana crítica racional nunca se debiera dar por acreditado nada en abstracto (DUCE J., 2013). La idoneidad del perito debe ser acreditada en el área de experticia en el que se pretende declare, debe tratarse de una idoneidad relevante para los efectos de su aporte en el caso. El Juez debe verificar la consistencia de la acreditación con la declaración que va a prestar el perito de acuerdo a su informe pericial ya rendido. Si no hay consistencia entre ambos: no debe darse lugar a la admisibilidad de tal prueba.-

El segundo tema consiste en determinar cuál debiera ser el estándar de acreditación de idoneidad requerido como requisito de admisibilidad de la prueba pericial. En un sistema acusatorio hay dos juicios de idoneidad que se realizan a un perito con propósitos distintos y en etapas diversas. El primero de ellos: es un juicio de admisibilidad cuya función es evitar el ingreso de expertos sin una mínima audiencia de juicio y su objeto pesar la credibilidad del perito: determinar cuán bueno sea ese perito es una cuestión que queda entregada al juicio oral ya que se trata de un asunto de credibilidad y no de admisibilidad (DUCE J., 2013).-

H) **Confiability del peritaje:** Determinar si el experto aporta información considerada como razonable dentro de la comunidad científica a la que pertenece o a la disciplina en la cual desarrolla su arte u oficio. Se trata de una exigencia de admisibilidad central de la cual no puede prescindirse, sin perjuicio de que exista espacio para discutir con qué intensidad o profundidad. El Legislador enfatiza que para admitir esta prueba a juicio, la información que aportará el perito debe ser seria y profesional y debe atenerse a los principios que rigen la respectiva ciencia o disciplina (DUCE J., 2013).-

Hay criterios que no son exclusivos ni excluyentes, pero deben formar parte del análisis que realiza el Juez:

- La falsificabilidad de la teoría o posibilidad de que ésta sea testeada.-
- Que haya sido sometida a revisión de pares o publicada.-
- Conocimiento de la tasa potencial de error y la existencia de estándares que controlan la investigación, sobre la cual se basa la teoría.-

- Aceptación general de la metodología que subyace a la teoría en la comunidad científica.-

I) **Los peritos en el Juicio Oral: Aspectos legales y estratégicos para su litigación:** Esto es a partir de que la prueba pericial ya fue admitida como evidencia y debe ser ingresada a juicio.-

- **La prueba pericial en el juicio Acusatorio: aspectos de diseño legal**

a) **La prueba pericial y principio de comparecencia:** La prueba pericial tiene una estructura compleja que la hace diferente de otras evidencias del sistema. Esta prueba supone, por una parte: que el perito elabore un informe pericial escrito en el que registre sus procedimientos, observaciones y conclusiones y, por la otra: la comparecencia del perito a juicio a prestar declaración. La regla en la materia debiera ser que el perito que realizó la opinión experta es el único habilitado para prestar declaración en juicio sobre dicho peritaje. Cualquier otra alternativa, es un engaño respecto a la vigencia de los principios elementales en la organización de un juicio oral en un sistema acusatorio.-

b) **El método de producción de la prueba pericial en juicio:** La declaración del perito se produce por medio de las preguntas que le hace quien solicitó su comparecencia (examen directo) y luego es sometido a las preguntas que formula la contraparte (contraexamen). Se permite que el Tribunal pueda formular preguntas, las que –en todo caso– son posteriores al trabajo de las partes y limitadas en cuanto a su finalidad y alcance (preguntas aclaratorias de lo ya declarado por el perito).-

J) **Temas relevantes de litigación para la presentación y examen directo de los peritos:** El examen directo está constituido por la declaración que realiza el perito a partir de las preguntas que le formula la parte que solicitó su comparecencia como prueba para su caso. Los dos principales objetivos de esta actividad en juicio para el litigante, son:

- Solventar la credibilidad del perito: elementos de juicio para convencer al juzgador de que se está en presencia de un experto que es digno de crédito.-

- Acreditar proposiciones fácticas favorables a la teoría del caso de quien presenta al perito.-

A ellos podrían agregarse otros objetivos eventuales, como ser: utilizar la declaración del perito para acreditar e introducir objetos o documentos o la de obtener información que puede servir de contexto para la valoración de otra prueba del caso.-

a) **La especial relevancia de la acreditación de la idoneidad del perito:** Primer objetivo: transmitir al juzgador el hecho de que estamos en presencia de un verdadero conocedor de la materia sobre la cual versa el testimonio (acreditación o legitimación del perito), para que el Tribunal pueda darle el valor que el litigante considera, merece ‘su’ experto,

el peso de su declaración dependerá –centralmente- de cuan confiable puede ser esta persona en el área de experticia. Para ello: las primeras preguntas deben dirigirse a que demuestre su experticia de modo de legitimarlo. Si este expertizaje se funda en sus conocimientos formales de una ciencia o disciplina científica, las preguntas deben dirigirse hacia elementos como sus estudios de pre y postgrados, especialidades, perfeccionamientos, entre otros; sus publicaciones e investigaciones (cada uno, dependiendo de la necesidad concreta y de la idoneidad del elemento igualmente concreta). Si la acreditación se funda en su experiencia, las preguntas deben dirigirse a las actividades que desempeñó, durante cuántos años, a la cantidad de ocasiones en que participó en situaciones como las que son materia de prueba, el reconocimiento que tiene por el trabajo que realiza en su respectiva área, etc.-

Una prevención sobre el tema de la experiencia para cualificar los alcances: en disciplinas científicas formales: la experiencia no puede sustituir al buen trabajo profesional y el razonamiento del perito, basado en la evidencia disponible en su disciplina. Hay casos en los que un perito puede tener enorme experiencia práctica, realizando cierto tipo de operaciones, pero en las que siempre las hizo por fuera de los acuerdos disciplinarios o sin considerar la evidencia disponible en su área. Hay que tener cuidado, ya que en nuestros países todavía es posible encontrar a muchos profesionales que pueden exhibir mucha experiencia, pero que solieron hacer las cosas mal, opinar sin una base sólida al interior de la disciplina que profesan.-

Una buena cantidad de disciplinas, particularmente las de corte científico, la potencia de los resultados y conclusiones no depende sólo de las cualidades personales del perito, sino del hecho que éste haya seguido ciertos procedimientos estandarizados y uniformados de los expertos de la disciplina. Normalmente, estos puntos de acreditación se presentarán en el desarrollo del relato, a propósito de la descripción de las operaciones realizadas por el perito para llegar a sus conclusiones y no como preguntas iniciales referidas más bien a los antecedentes curriculares o experiencia del mismo (DUCE J., 2013).-

b) **Protagonismo y control en el examen directo de los peritos:** Un elemento central del arte de realizar un buen examen directo de testigos o peritos, es generar un escenario en el que el Tribunal perciba que es la fuente de la prueba quien aporta la información y no el abogado. El mejor abogado de exámenes directos es aquel que resulta invisible para el Tribunal. Por más que el experto conozca la materia sobre la cual depone, el examen debe ser dirigido por el litigante, a modo de seguir la estrategia diseñada y obtener la información necesaria. En muchas ocasiones resulta difícil controlar a los peritos ya que por su carácter de expertos se ven tentados a dictar cátedra o a aportar más antecedentes que los solicitados. El abogado debe ser capaz de llevar las riendas de la declaración.-

c) **Temas relevantes de litigación para el contraexamen de peritos:** Consiste en la posibilidad que tiene el abogado de la contraparte de quien presentó un perito, de interrogarlo frente al Tribunal para testear la calidad de la información que aportó al juicio.-

Los objetivos posibles del contraexamen de peritos pueden ser divididos en dos grandes grupos: 1) Objetivos confrontacionales y 2) los destinados a apoyar la teoría del caso de quien realiza esta actividad. El contraexamen clásico se suele asociar a los objetivos más bien confrontacionales. Cuestiones que lucen aparentemente como similares, pero que son extremadamente diferentes:

- **Desacreditar al perito en este primer objetivo:** se intenta cuestionar la credibilidad personal del perito, su valor como fuente de información.
- **Desacreditar la pericia:** En este caso se trata de atacar la credibilidad ya no de la persona del perito, sino de la pericia que realizó y del testimonio prestado en juicio.-

En otro punto, las preguntas pueden dirigirse centralmente a mostrar cómo aplicó un método al caso que todavía no fue reconocido al interior de su propia disciplina. Mensaje que se transmite al juzgador: 'la opinión del experto no debe ser creída debido a la poca rigurosidad del método empleado, aun a pesar de la idoneidad que podría tener el perito'.-

Junto con estos objetivos confrontacionales, el contraexamen de los peritos se presta también para objetivos que podrían considerarse más amigables o que son funcionales a la teoría del caso de quien practica el contraexamen, tales como la obtención de proposiciones fácticas de parte del perito que son consistentes o favorables con la teoría del caso de la parte contraria, o como cuando se acreditan e introducen objetos y documentos propios por vía del perito.

d) **Una cuestión previa: los alcances del contraexamen:** Las posiciones en juego son básicamente dos: aquellas que sostienen que el contraexamen solo debiera estar limitado a los aspectos abordados en forma explícita en el examen directo y aquellas que sostienen que el contraexamen es amplio y no queda limitado por el contenido del examen directo. Sostener que el contraexamen está limitado al examen directo es un error normativo, pero por sobre todo, una mala interpretación de los valores y la lógica que debieran inspirar a un sistema acusatorio. Limitar el contraexamen a los temas cubiertos por el examen directo, implica entregar el control de la información examinable a la parte que presenta al testigo o perito, precisamente quien tiene más incentivos para ocultar información (DUCE J., 2013).-

e) **El gran desafío de trabajar con desventaja:** Tal vez lo que constituye el principal desafío de la litigación con los peritos es: si el contraexamen se dirige principalmente a desacreditar al experto o sus conclusiones. Todas las destrezas se ponen a prueba al contraexaminar peritos. Es común ver casos en que los litigantes se plantean con una actitud que promete destrozarse a los peritos y al final, uno se queda con la impresión de que el perito se

dio un festín y que, desde el punto de vista de los intereses del contraexamen, tal vez hubiera sido mejor no hacer nada (DUCE J., 2013).-

La capacidad del litigante de controlar al perito en temas de punta de su disciplina es escasa. El perito podría estar exagerando o directamente mintiendo, lo cual sería en extremo difícil de acreditar sin un conocimiento acabado de la disciplina que difícilmente pueda haber adquirido el litigante, por más que se haya preparado.

f) **Algunas estrategias comunes de contraexamen con objetivos confrontacionales:** Líneas posibles de contraexamen confrontacional con peritos, muchas de ellas relacionadas estrechamente con las mismas exigencias de admisibilidad:

- La falta de imparcialidad del perito (declaración motivada por interés): Si es posible mostrar que la opinión del experto está influida por intereses diversos al de la disciplina u oficio que profesa: será un buen punto para desacreditar la credibilidad del mismo. Tal vez, la más clásica se refiere al potencial interés pecuniario que tuvo como motivación central para obtener sus conclusiones; por ejemplo: un indicador que permita construir una línea efectiva de contraexamen, sería que las remuneraciones que recibió el perito en el caso, sean excesivas – tasas fuera del Mercado; también, hay peritos que trabajan en ciertas organizaciones que tienen una misión u objetivo que puede comprometer la imparcialidad de la conclusión técnica. La literatura científica disponible indica que los peritos son vulnerables, inintencionalmente incluso, a los sesgos de las instituciones en las que trabajan. -

- La falta de idoneidad del perito.-
- La falta de confiabilidad del peritaje.-

En las disciplinas científicas, el elemento central que asegura confiabilidad de los resultados pasa por el uso de los procedimientos acreditados y considerados idóneos en su área para obtener conclusiones. Cuando esos procedimientos no son seguidos, los resultados, por impresionantes que sean, normalmente carecerán de valor para quienes cultivan las respectivas disciplinas.-

La ciencia se caracteriza por el uso riguroso de un método que se validó como el apropiado al interior de las disciplinas. En consecuencia, si hay un error o un cambio en el procedimiento utilizado, normalmente, la conclusión pierde validez. Si se muestra al Tribunal que el perito invoca procedimientos y métodos que no son los que se debe utilizar para el caso concreto o que ellos no habilitan: incredibilidad por falta de rigor. Se trata de un área en donde estratégicamente los peritos poco rigurosos, sacan ventajas frente a litigantes mal preparados (DUCE J., 2013).-

Otra línea de contraexamen posible de analizar en materia de confiabilidad, se produce cuando las conclusiones del perito contradicen conocimientos consensuados en su disciplina (DUCE J., 2013).-

Una tercera opción posible para atacar la confiabilidad de un peritaje: se da en casos en los que el mismo experto manifestó una opinión contraria a la que sostiene ahora en el Tribunal. Esto, no significa que el perito no pueda ser creído en lo absoluto, ya que en muchas ocasiones, el cambio de opinión se debe precisamente al profesionalismo del experto (DUCE J., 2013).-

Finalmente, hay también una línea posible relativa a la confiabilidad de los peritajes, vinculada a los niveles de certeza que el experto puede manifestar en sus conclusiones u opiniones. En las disciplinas técnicas suele ser frecuente que no sea posible afirmar con completa certeza una conclusión. Aun cuando la conclusión sea altamente probable a la luz de su disciplina, un experto serio –normalmente- estará dispuesto a reconocer porcentajes o márgenes de error en sus resultados, se debe relacionar con el resto de la prueba (DUCE J., 2013).-

K) El Informe Pericial y su Uso en el Sistema Acusatorio

• Las funciones o usos del informe pericial escrito en un Sistema Acusatorio:

La gran mayoría de los Códigos de forma de la región, contienen normas explícitas que regulan la necesidad de que la prueba pericial vaya acompañada de un informe escrito del experto, el cual, en la mayoría de los países es llamado *dictamen*, que no sustituye la comparecencia, ya que la prueba que se valora es la declaración prestada en juicio por el perito respectivo. Es el ejercicio de examen y contraexamen el que debe poner ante los jueces toda la información relevante del peritaje, hasta que esos jueces no tengan dudas, respecto de cuáles son las conclusiones del perito y cómo llegó a ellas. La función del perito no es sentarse a repetir mecánicamente su informe pericial, sino explicarlo, reducir sus diagnósticos y conclusiones a proposiciones fácticas, traducir sus expresiones a términos comprensibles. Si el perito hace todo esto correctamente, por medio del examen y contraexamen, el informe es completamente superabundante (DUCE J., 2013).-

Principales usos que debiera tener un dictamen escrito, en un Sistema Acusatorio, que respete sus principios básicos:

- **El control de admisibilidad:** Una primera función crucial del informe será permitir sustentar los debates de admisibilidad en la audiencia intermedia o instancia procesal donde se realice este debate.-

Sin el informe escrito resulta casi imposible hacer análisis serios en temas como la idoneidad del perito o la confiabilidad del peritaje. El informe pericial debe estar puesto a disposición de la contraparte, con un tiempo razonable, previo a dicho debate.-

- **Uso como declaración previa:** Técnicamente el dictamen es equivalente a una declaración previa del perito, en consecuencia, en la lógica de sistemas acusatorios podría ser utilizado legítimamente para dos fines: refrescar la memoria del perito y manifestar inconsistencias relevantes entre las declaraciones actuales con el informe.-

Un primer uso legítimo del dictamen escrito como declaración previa: el valor que está detrás, descansa en la idea de experiencia, en el sentido de que la memoria humana tiene limitaciones y que, por lo tanto, es razonable que algunos detalles se olviden o se tornen difusos con el paso del tiempo. Una segunda finalidad legítima es: con el objetivo de manifestar inconsistencias del perito entre sus declaraciones actuales, -prestadas en la Sala de Audiencias- y el contenido del informe entregado previamente (cambia sus versiones sobre los hechos, lo cual impacta su credibilidad).-

- **Las excepciones a la regla general:** Un sistema acusatorio debiera permitir en casos excepcionales y particularmente justificados, la posibilidad de incorporar el dictamen escrito en calidad de prueba sobre el fondo del asunto, sin necesidad de comparecencia del perito. Por ejemplo: ambas partes en disputa están de acuerdo en incorporar dicha información a través de la lectura del dictamen en la audiencia del juicio (incorporación consensual por niveles bajos de controversia pero requieren de dicha información para acreditar algunas de sus proposiciones fácticas).-

- **Los contenidos del informe o dictamen pericial:** Parafraseando a Cafferata y Hairabedián (CAFFERATA NORES & HAIRABEDIÁN, 2011) presentan los *criterios de valoración* de la prueba pericial: Pautas y advertencias:

a) Se recomendó, desde el punto de vista subjetivo, la valoración ético- psicológica de la personalidad del perito (no es difícil intuir si el perito se encuentra en relación con el imputado, si tuvo el cuidado de ser objetivo o si, más o menos hábilmente, trató de adaptar los hechos a conclusiones mendaces o artificiosas, si está dotado de suficiente astucia y poder crítico -ya que es notoria la característica de ingenuidad de los científicos puros-, si pertenece a sectas o escuelas que profesan a las meras hipótesis un culto igual al que sólo merece la verdad aplicada a todos). Se señaló también, como fuente de posibles errores del perito: defectos de percepción de los hechos sobre los cuales basará sus conclusiones, sus deficiencias de raciocinio (las conclusiones lógicamente correctas, pueden no ser verdaderas), su oscilación entre posiciones científicas diversas y el nivel de sus conocimientos.- b) Desde el punto de vista objetivo: se señaló como pautas de valoración la autenticidad de los hechos que fundan la conclusión, el sustento de los métodos científicos empleados, el grado de desarrollo alcanzado por la respectiva ciencia, arte o técnica, si entre las premisas y conclusiones hay un necesario nexo lógico, si el informe es en sí mismo preciso o indeciso, coherente o contradictorio,

concluyente o inconcluyente. También se podrá atender a la firmeza o calidad de los fundamentos: la uniformidad o disconformidad de las conclusiones –si hubiese varios dictámenes- y los demás elementos de prueba obrantes en el proceso.-

La eficacia probatoria: a) La cuestión de la obligatoriedad del dictamen: la opinión del perito no obliga al Magistrado, quien en principio, es libre de aceptar o rechazar total o parcialmente el dictamen. Pero para hacerlo debe fundamentar su aceptación o su rechazo, observando en el razonamiento respectivo las reglas que gobiernan el pensamiento humano; lógica, psicología y experiencia común, lo que permitirá su control por vía del recurso de casación –y hasta para revisar su eficacia convictiva-. La ley le confiere al Juez: el poder y el deber de someter a su crítica las conclusiones periciales. Surge del sistema de la Sana Crítica Racional, que autoriza a meritar y, por ende, descalificar el dictamen pericial por infracción de las reglas de la lógica, la psicología o la experiencia común. Pero este poder debe ser utilizado con todo cuidado y con criterio restrictivo, y con observancia de ciertos criterios b) Agotamiento de instancias previas: La irregularidad del trámite de las operaciones periciales, la ausencia o deficiencia de los fundamentos, la falta de claridad, precisión o lógica de las conclusiones, o su contradicción con hechos notorios, normas de experiencia u otras pruebas de la causa, permitirán al Tribunal no seguir el dictamen. Empero, en tales supuestos no podrá disponer sin más su descalificación probatoria, pues al versar sobre pruebas que no pueden ser descubiertas ni valoradas sin el auxilio de conocimientos especializados, el Tribunal no podrá suplir per se la intervención pericial. En consecuencia, en estos casos deberá intentar, previamente, la aclaración o ampliación del dictamen, o bien ordenar una nueva pericia. La prescindencia lisa y llana de una pericia, sin extremar los recaudos para su aclaración, ampliación o renovación, podría configurar una hipótesis de arbitrariedad en la selección o en la valoración de la prueba, capaz de causar la anulación de la sentencia. c) Imposibilidad de que el criterio judicial sustituya al perito: El Juez no podrá descalificar el dictamen desde el punto de vista científico, técnico o artístico, ni modificar el alcance de sus conclusiones, fundándose en sus conocimientos o deducciones personales, pues no puede sustituir al perito. En efecto, aquél ‘no está en condiciones de apreciar la exactitud sustancial’ del dictamen, por carecer de adecuados conocimientos peculiares o técnicos.-

Regla de cientificidad del dictamen pericial: Es una regla construida jurisprudencialmente en razón de varios factores que confluyen en el proceso, pero –particularmente- por el prestigio social que tiene asociado el término *ciencia*, y que conduce en muchos casos a que sean estas otras disciplinas aquellas que se irrogan la función de decir *verdad* en el caso.-

El asunto no fue problemático cuando se trató de incorporar los conocimientos aportados por las *ciencias duras*, en la que se emplean determinados procedimientos regulados

y previamente verificados, en el proceso de validación de la hipótesis. El progreso de estas disciplinas científicas permitió un avance en la posibilidad de afirmar la *verdad*, lo cual generó un fortísimo impacto en el proceso penal.-

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, estableció cinco requisitos a los fines de dotar de científicidad a la información suministrada, a saber: A) La Teoría Científica en que se funda la prueba debe ser controlable y falseable. B) Se debe determinar –ex ante- el porcentaje de error asumido en la técnica empleada. C) El procedimiento debe poder ser controlado por otros expertos, incluso de forma presencial, es decir, tiene que tener una revisión de pares. D) Debe existir, en la comunidad científica, un generalizado consenso sobre la pertinencia del método utilizado y de las conclusiones arrojadas por su aplicación. E) Finalmente, debe existir una relación directa entre el método empleado y aquello que pretende acreditarse en el proceso.-

El Superior Tribunal de Justicia de Texas agregó otros dos criterios de validación a los cinco que preceden: 1) ¿En qué grado la técnica se basa en la interpretación subjetiva del experto? Y 2) ¿Qué aplicaciones y usos no judiciales derivaron de esta teoría?

La Corte Suprema terminó estableciendo que los jueces son quienes deben decidir, previamente qué clase de evidencias son admitidas como prueba científica en el proceso; ya que tienen la capacidad suficiente para admitir la base científica de la prueba que pretende ser presentada a los efectos de establecer su pertinencia. Se trata de un problema de estándar probatorio y no de valoración de la prueba que no alcanza el estándar probatorio.-

Estos pasos resultan centrales, cuando se trata de afirmar la verdad del hecho imputado y están por fuera de cualquier posibilidad de valoración subjetiva. De allí que, cuando ese estándar probatorio mínimo no se encuentra satisfecho, no resulta posible la habilitación del juicio en ausencia de causa probable (SCHIAVO, 2012).-

Pericia e Informe técnico Policial: Especial interés tiene la distinción entre pericia propiamente dicha e informe técnico de la Policía Judicial, en cuanto a sus diferencias formales, puntos sobre los cuales pueden versar y eficacia probatoria de los mismos: a) La pericia en sentido propio, sólo puede ser ordenada por un órgano jurisdiccional en el orden Nacional, dirigida por éste, con observancia de todas las disposiciones tendientes a garantizar la seriedad de las conclusiones periciales y los derechos del Ministerio Fiscal y Defensa; y llevada a cabo por un experto titulado. En cambio, los informes técnicos de la Policía Judicial, serán ordenados por ésta si hubiera peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación; sin exigir, a quienes los lleven a cabo, títulos especiales.- b) La pericia estará dirigida a descubrir o valorar un elemento de prueba cuando para ello fuese necesario o conveniente tener conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica; y se concretará en una conclusión,

fruto de un juicio realizado al amparo de esos conocimientos especiales. Los informes técnicos de la Policía Judicial, en cambio, tendrán otra finalidad: hacer constar el estado de las personas, de las cosas y de los lugares, mediante: inspecciones, planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica (naturaleza esencialmente descriptiva). Sin embargo, la práctica amplió incorrectamente el campo de los informes técnicos, pues entre las actuaciones de policía científica figura el cotejo de huellas dactilares, el análisis químico de sustancias, etc.; que proporcionan criterios para el descubrimiento o la valoración de pruebas, originados en los especiales conocimientos de los auxiliares técnicos que los llevan a cabo, y que comúnmente culminan en un verdadero juicio: las manchas existentes en las prendas examinadas son de sangre; las huellas dactilares levantadas en el lugar del hecho, pertenecen al imputado, las causas del incendio fueron éstas, etc.- Lo expuesto, demuestra que en estos casos, más que por una diversidad sustancial entre el informe técnico policial y la pericia, ambos se distinguirán entre sí, sólo por los elementos formales señalados. Sin embargo, ateniéndonos al texto de la ley, es correcto criticar la tesis amplia, sosteniendo que la policía judicial sólo tiene, en este aspecto, atribuciones para hacer constar el estado de las personas, cosas o lugares, es decir, facultades meramente descriptivas, pero no puede emitir juicios acerca de las causas, efectos o consecuencias de tales comprobaciones, porque las operaciones de policía científica son solamente medios para aquellas comprobaciones. Con arreglo a esta posición, todo informe técnico policial que exceda de este ámbito, deberá ser considerado como el producto del ejercicio abusivo de las facultades otorgadas por la ley, y en todo caso, habrá que realizar una pericia en sentido propio, a la cual aquél no podrá sustituir.- c) Si el informe técnico policial hubiera sido producido dentro de los límites de la normativa, podrá ser valorado en la sentencia, previa incorporación al debate –puede ser considerado entre *los otros documentos*-, y se podrá recibir, en esta fase: declaración testimonial al funcionario de quien emana pues no está prohibido. Será en el momento de la lectura del informe, o el de la recepción del testimonio del técnico que lo elaboró, cuando se concretará el contradictorio sobre su contenido, sin perjuicio del derecho de las partes de ofrecer una pericia sobre los puntos tratados por el informe policial.- Pero como el informe, fue realizado sin el control de los interesados, sus conclusiones pueden ceder frente a la simple prueba en contrario.-

ROL DE LA CRIMINOLOGÍA

Al fuero penal, le interesa saber: Determinaciones genéticas de las tendencias criminales, fallas en el proceso de civilización, educación del sujeto, trastornos psicopatológicos de la personalidad del individuo.

A los forenses, les interesa saber: La biografía del sujeto mediante testimonios de familiares y amigos, para saber diferentes aspectos de vida del criminal.

Todo ello, para determinar si se puede, mediante el encierro o castigo, hacer desistir al criminal de sus tendencias transgresoras y lograr la reducción de los delitos.

Si bien hasta aquí se hizo fundamental hincapié en la prueba pericial que se aporta al proceso penal, fue porque tal prueba puede ser llevada a cabo por un profesional Criminólogo. El aporte que puede hacer este profesional en un proceso es sumamente relevante y muy amplio, a diferencia de otros peritos, quienes solo pueden aportar sus especialidades propias y determinadas. Por lo que me remito a todo lo hasta aquí desarrollado en cuanto a la prueba y particularmente, la prueba pericial, que involucra la participación de este profesional.

Desde el comienzo de una investigación, ya sea que se trate de un hecho de autor conocido o desconocido, un criminólogo podrá aportar primeramente, un perfil criminológico del autor del hecho. Este perfil implicará direccionar la investigación, a partir del conocimiento sobre autor y víctima. Asimismo, el criminólogo podrá continuar con su aporte, desde sus conocimientos sobre la criminalística, con su presencia podrá dirimir entre los indicios que sean útiles a tener presente para proseguir con la investigación, lo que sea importante recolectar de la escena de un crimen, por ejemplo. Asimismo podrá actuar como perito en juicio, será capaz de peritar sobre distintos escenarios, realizar peritajes en accidentes de tránsito, entomológicos, antropológicos, documentológicos, de sonido, informáticos, psicológicos/ psiquiátricos, entre otros. Tendrá los conocimientos para confrontar peritajes de otros expertos. Su aporte es muy importante para todo el proceso judicial, y espero, en poco tiempo, la profesión sea valorada –principalmente- por la justicia. La justicia depende de los expertos para el análisis y valoración de las pruebas, de la dignidad, la objetividad, profesionalismo y la idoneidad de los mismos. Hoy, la psicología acaparó áreas que podrían ser propias de la criminología y por eso es que debemos luchar para el reconocimiento de nuestra profesión, sin excluir la experticia de los demás profesionales, pero el trabajo interdisciplinario es el que aportaría a que los procesos penales alcancen la verdad y la justicia.

Cuando ya existe la condena, el rol de la criminología continúa intacto. Es así como un criminólogo, mediante la técnica de entrevistas criminológicas, podrá aportar a la liberación o continuación en prisión de un condenado, brindando un informe experto de su situación actual y del peligro o no que su liberación podría causar en la sociedad.

Según MENDOZA BEIVIDE, A. (2007) y PROGRAMA SOCIAL DE TRABAJO (2014) se estudia la pena y su función y la entrevista criminológica, de la siguiente manera:

Teorías de la pena:

Teorías absolutas: Retribución:

- Las teorías absolutas o retribucionistas surgieron durante la época del Estado Absolutista, en que todo el poder estaba centrado en las manos del rey.

- Cuando alguien cometía un delito, el rey –representante de la ley y del Estado, debía sancionarlo, imponiendo al agente un castigo por el crimen cometido.
- El sentido de la pena por medio de la imposición de un mal es que la culpabilidad que el autor carga sobre sí mismo como consecuencia de su hecho es retribuida, compensada, expiada en forma justa.

Teoría de la prevención general negativa: Intimidación:

- Las doctrinas de la prevención negativa son las únicas que no confunden programáticamente: derecho con moral o con la naturaleza.
- Eso ocurre porque tal teoría tiene por objeto el cuerpo social y no al delincuente, ya que está basada en la intimidación de la sociedad.
- Cabe distinguir dos subgrupos: a) Las doctrinas de la intimidación ejercida sobre la generalidad de los asociados por medio del ejemplo ofrecido por la imposición de la pena llevada a cabo con la condena y b) Las de la intimidación dirigida también a la generalidad, pero por medio de la amenaza de la pena contenida en la ley.

Teoría de la prevención general positiva: Reafirmación del derecho:

- Para Roxin: “El aspecto positivo de la prevención general comúnmente se busca en la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico.
- Rivera Beiras, citando a Jakobs, afirma: “No puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de las normas”.
- Aquí la criminalización se fundaría en su efecto positivo sobre los no criminalizados pero no para disuadirlos mediante la intimidación sino como un valor simbólico productor de consenso y, por ende, reforzador de su confianza en el sistema social en general y en el sistema penal en particular.

Teoría de la prevención especial negativa: Incapacitación:

- Se le asigna a la pena la función de eliminación o neutralización física de la persona para conservar una sociedad que parece a un organismo o a un ser humano, a la que ha afectado una disfunción que es síntoma de la inferioridad ‘biopsicosocial’ de una persona y que es necesario responder en la medida necesaria para neutralizar el peligro que importa esa inferioridad.
- Aquí la persecución se dirige a la persona “criminalizada”, pero no para mejorarla sino para neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de un mal para la persona pero que, en definitiva, es un bien para el cuerpo social en su conjunto.

Teoría de la prevención especial positiva: Rehabilitación:

- Esta teoría, aunque tiene como finalidad la prevención de delitos, al contrario de la teoría de la prevención especial negativa, se direcciona a la corrección del agente, de manera que no vuelva a delinquir.
- Se contempla a la pena como fin para integrar el sujeto a la sociedad, promoviendo y realizando su socialización o resocialización.
- El sujeto privado de su libertad debe ser capacitado para que en el futuro pueda conducir su vida socialmente aceptada, exenta de hechos punibles; así, el autor de hechos punibles debe conservar la oportunidad de incorporarse a la sociedad luego del cumplimiento de su pena.

LEY 24.660: EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD:

Principios básicos de la ejecución:

Artículo 1º: La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también, la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto. El régimen penitenciario a través del sistema penitenciario, deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada.

Período de observación:

Artículo 13º: El período de observación consiste en el estudio médico- psicológico- social del interno y en la formulación del diagnóstico y pronóstico criminológicos. Comenzará con la recepción del testimonio de sentencia en el organismo técnico- criminológico, el que deberá expedirse dentro de los treinta (30) días. Recabando la cooperación del interno, el equipo interdisciplinario confeccionará la historia criminológica. Durante el período de observación: el organismo técnico- criminológico tendrá a su cargo: a) Realizar el estudio médico, psicológico y social del condenado, formulando el diagnóstico y el pronóstico criminológico, todo ello se asentará en una historia criminológica debidamente fallada y rubricada que se mantendrá permanentemente actualizada con la información resultante de la ejecución de la pena y del tratamiento instaurado; b) Recabar la cooperación del condenado para proyectar y desarrollar su tratamiento, a los fines de lograr su aceptación y activa participación, se escucharán sus inquietudes; c) Indicar la fase del período de tratamiento que se propone para incorporar al condenado y el establecimiento, sección o grupo al que debe ser

destinado; d) Determinar el tiempo mínimo para verificar los resultados del tratamiento y proceder a su actualización, si fuere menester.

DECRETO 396/99 RN:

Artículo 87°: El Servicio Criminológico estará constituido por profesionales con título habilitante que acrediten, además, su especialización o versación en criminología y en disciplinas afines. Formarán parte de él, por lo menos, un psiquiatra, un psicólogo y un asistente social, a los que se incorporará, en lo posible, entre otros, un educador y un abogado.

Artículo 88°: El responsable del Servicio Criminológico será el profesional universitario que acredite especialización universitaria en criminología o en ciencias penales.

Artículo 89° Cuando la cantidad de internos a considerar lo requiera, se aumentará el número de profesionales para que el Servicio Criminológico pueda funcionar en equipos, ya sea durante el Período de Observación o para el seguimiento del tratamiento del interno.

Artículo 90°: Los estudios, informes y propuestas a que se refiere el artículo 86° serán fundados, previa entrevista personal con el interno, por cada uno de los profesionales por especialidad que integren el Servicio Criminológico.

Artículo 184°: Los centros de reinserción social deben ser instituciones basadas en el principio de autodisciplina destinados a la recepción de condenados que se encuentren en semilibertad, prisión discontinua y semidetención. Serán dirigidos por profesionales universitarios con versación criminológica y, cuando las circunstancias lo permitan, podrán estar a cargo de un patronato de liberados y, de no existir aquél, de un servicio social calificado.

Artículo 185°: Los establecimientos destinados a la ejecución de las penas privativas de libertad, atendiendo a su destino específico, deberán contar –como mínimo- con los medios siguientes: a) Personal idóneo: en particular el que se encuentre en contacto cotidiano con los internos, que deberá ejercer una actividad predominantemente educativa y b) Un organismo técnico- criminológico: del que forme parte un equipo multidisciplinario constituido por un psiquiatra, un psicólogo y un asistente social y en lo posible, entre otros, por un educador y un abogado, todos ellos con especialización en criminología y en disciplinas afines.

DECRETO PROVINCIAL N° 1634/2004 RN:

GABINETE TÉCNICO CRIMINOLÓGICO:

Artículo 2°: El Gabinete Técnico Criminológico (art. 30 inc. f) de la Ley Provincial N° 3008) tiene las siguientes funciones esenciales: A) Realiza el estudio médico,

psicológico y social del condenado, formulando el diagnóstico y pronóstico criminológico. B) Contribuye a la individualización del tratamiento del interno e inicia la Historia Criminológica, sobre la base de los estudios técnicos que correspondan. C) Realiza las tareas correspondientes al Período de Observación: indicando el período del régimen y establecimiento, sección o grupo, al que debería ser destinado.

ENTREVISTA CRIMINOLÓGICA: Es una forma de conversación, no de interrogación, al analizar las características de los sistemas con personal seleccionado cuidadosamente por sus conocimientos sobre el sistema, los entrevistadores pueden conocer datos invaluable para un diagnóstico criminológico.

Fuentes de información: Los datos pueden obtenerse de dos formas: 1) Directa: A través del mismo entrevistado. 2) Indirecta: Ya sea testimonial (de familiares, amigos, autoridades, etc.) y/o documental (legajo, informes psicológicos, sociales, etc.).

Relato de los hechos: Debe permitirse a toda persona sujeta a una entrevista que sean ellos mismos quienes manifiesten de manera libre y con su propio lenguaje: cómo vivieron los hechos, lo que recuerden de los mismos y sólo hasta obtener un relato completo de la vivencia, iniciaremos el interrogatorio dirigido, para ampliar sobre cada uno de los rubros que deben establecerse según los puntos requeridos. Es importante aclarar que en ningún momento el entrevistador debe “juzgar” y sólo debe limitarse a su área de trabajo, sin invadir funciones que no le corresponden.

Motivo y circunstancia de la entrevista: Debe especificarse el motivo por el que se solicita la intervención y las condiciones en que se realiza, como también identificarse frente al entrevistado.

Privacidad: Deben seguirse las normas éticas para la elaboración de la o las entrevistas, es preferible mantener la privacidad y seguridad de las personas, pedir su consentimiento para la realización y, en su caso, para hacer uso de grabaciones, videos u otros medios de apoyo técnico.

1.- Datos Filiatorios: Son los datos generales que permiten hacer una identificación general de una persona.

2.- Situación Judicial: Los datos se obtendrán de dos formas: Documental: se extraen del legajo personal y Testimonial: Se indagará sobre los antecedentes de comisión de delitos, cómo se resolvieron, qué características emocionales le produjeron, cómo los vivió personalmente y las repercusiones en la familia y en la sociedad.

3.- Grupo Familiar Primario: Tipo de padres (biológicos, adoptivos o de guarda) y hermanos; ocupación y educación de los padres; personas responsables de su crianza; actitudes y sentimientos hacia los padres, hermanos o figuras cercanas; descripción de

la vida y relaciones familiares tempranas y actuales; actitudes y conductas de los padres; peleas, uso de drogas o alcohol por parte de éstos; episodios de abuso emocional y físico; edad y razones del abandono del hogar paterno; contactos actuales con los padres y hermanos.

4. Antecedentes Personales: A) La vivienda: Características del lugar de residencia, si cuenta con los servicios básicos, tipo de construcción, etc. B) Consumo de sustancias: Incluye el uso en el pasado y en el presente, tanto drogas legales como ilegales. C) El desarrollo del embarazo, la infancia, la adolescencia. Si el embarazo fue deseado, programado, las condiciones que lo rodearon, el nacimiento, el desarrollo de la infancia y la adolescencia, incluye las relaciones con los familiares cercanos y en general. D) Desarrollo escolar: Incluye datos de las escuelas a las que asistió, las calificaciones, la conducta, relaciones con docentes y compañeros. E) Sexualidad: Se anotan los datos de inicio de noviazgos, inicio de vida sexual activa, número de parejas sexuales y forma de relación, vida marital, número de hijos y relación con ellos. Si es casado, desde cuándo, con descripción de su relación conyugal. F) Historia laboral: Desde cuándo se inicia en tareas remuneradas, tipo de actividades laborales, cuántos trabajos ha tenido, duración de los mismos, relaciones con sus superiores, con personal a su cargo y compañeros, si lo han suspendido, despedido o los motivos de separación de los empleos. G) Tratamientos previos: Si el entrevistado toma algún medicamento, en su caso, qué tipo de medicamento, para qué le fue prescrito, la cantidad y la dosis utilizada o frecuencia de consumo, el tiempo de tratamiento y el resultado obtenido del mismo. H) Examen mental: Es parte de la exploración dentro de la historia biográfica que se elabora, y la finalidad es conocer el estado de las funciones intelectuales superiores del sujeto, para registrar una imagen precisa del estado emocional, el funcionamiento y la capacidad mental del entrevistado. Puede ser realizado por médicos psiquiatras y psicólogos, debiendo utilizarse el informe realizado por los mismos, aunque pueden anotarse impresiones propias del entrevistador.

5.- Conclusiones: Debe llegarse a conclusiones descriptivas, integrar diagnósticos médicos, psicológicos, psiquiátricos, así como realizar una evaluación sociocultural, familiar y situación económica, enumerando cada una de ellas.

6.- Plan sugerido: Incluir las medidas necesarias que se requieren para llevar a la estabilidad biológica, psicológica y social al sujeto, así como los tratamientos sugeridos, la necesidad de participación familiar, social o del Estado.

7.- Comentarios: Se añadirán los comentarios personales, los sentimientos que pudo causar el sujeto entrevistado al entrevistador y lo sucedido mientras se elaboraba la entrevista.

8.- Reporte escrito: El resultado de la entrevista debe escribirse de manera clara. La narración debe despejar las incógnitas, ser descriptiva, comprensiva y completa. El informe es el fundamento técnico- científico que emite un especialista, lo dirige a una autoridad y sirve para responder a un planteamiento determinado, es un elemento auxiliar para ampliar el criterio de la autoridad.

Todo lo expuesto, nos lleva a concluir el gran alcance que tiene nuestra carrera y que su trascendencia va más allá el derecho penal, y que resulta pisoteada por otras profesiones, las cuales nos quitan el espacio; sin pensar en que el trabajo multidisciplinario sería capaz de lograr la justicia que la sociedad necesita.

A continuación presento un cuadro que trasluce diferencias con unas de las profesiones que acaparan el Sistema Judicial, impidiendo –en muchos aspectos- el crecimiento de nuestra profesión (Cuadro N° 1):

Cuadro Comparativo N° 1: Psiquiatría Forense y Criminología

Psiquiatría forense	Criminología
Abarca a una persona natural, en función de un proceso penal.	Abarca a grupos humanos, hasta la comunidad de naciones.
Circunscrita a lo individual morboso.	No circunscrita a lo patológico, sino a dimensiones donde la enfermedad no es una categoría esencial.
Limitada a dar respuesta a una fórmula penal; acata lo penal y tiene que usar sus categorías.	Rebasa al derecho penal y hasta lo impugna y critica; prescinde de las categorías penales.
No busca causa ni prevención del delito en la dimensión social.	Busca causas y prevención del delito, sobre todo en la dimensión social.

Fuente: Psiquiatría y Psicología Forense - Lic. en Criminología y Cs. Forenses (UNRN) -2019

Discusión y conclusión: Respuestas a los objetivos de esta tesis

Aunada toda la información obtenida, como tesista puedo alcanzar las respuestas a mis interrogantes iniciales y a mis objetivos planteados al elegir el tema de mi trabajo final de grado.-

Mi objetivo general para el presente trabajo fue analizar el desarrollo y valoración de la prueba en el proceso penal, desde el inicio de su aplicación hasta la actualidad, en Argentina; desde una óptica teórica; considero que este objetivo se cumplió desde la relación casi ineludible de la criminología con el derecho; pues analizar los pormenores propios de la justicia nos lleva al desarrollo de nuestro eventual desempeño profesional como peritos, cómo se va a analizar y valorar nuestro trabajo en la justicia y nos enseña los alcances de nuestra labor,

teniendo en cuenta que se puede lograr eludir arbitrariedades judiciales, resaltar el sistema de garantías para alcanzar un proceso justo y saber cómo se debe desempeñar nuestra labor en un proceso para alcanzar un desempeño exitoso.

Si bien hay demasiada información al respecto, lo cierto, es que cabe la aseveración de que el análisis y la valoración de la prueba puede ser objetiva y fundamentada: Así, respondiendo al primer problema de investigación y primer objetivo específico planteado por la suscripta, lo cierto es que es posible prevenir las arbitrariedades y subjetividades en el proceso penal, pese a la subjetividad propia de los sujetos que intervienen e interpretan en el proceso penal. Sin embargo, esto no está claro en la práctica de Tribunales. No se puede separar la subjetividad de la persona, por el sólo hecho de ser tal, de su cargo o rol como sujeto de un proceso penal, pero sí, se le puede exigir una fundamentación que vaya más allá y sea capaz de dar cuenta de que su subjetividad tiene una razón y fundamento que exceden sus motivaciones propias; logrando una probabilidad bastante cercana a la certeza para condenar a él o los sujetos responsables de tal acontecimiento, en búsqueda de la verdad procesal y, evitar que un inocente vaya preso. Sería inaceptable que quien debiera aplicar las consecuencias sustanciales del Sistema Penal, se encontrara habilitado para ese ejercicio jurisdiccional desentendiéndose por completo de la verdad. Este obstáculo se deriva de la circunstancia de que la verdad, es la principal limitación política- institucional, que tiene la función jurisdiccional. La verdad como afirmación de la existencia del hecho, legitima el accionar público del Juez, por fuera de esta relación, sólo queda la gestión de intereses particulares. Ergo, la fijación de estándares probatorios objetivos y constitucionales es la base para alcanzar la objetividad de la valoración de la prueba en el proceso penal y, por consiguiente, la verdad procesal en el relato final del proceso, cual es, la sentencia. Lo que evitaría la posibilidad de que un inocente vaya preso, y se obtendría la imputación de los culpables. El uso de estándares (reglas ordenadoras fuertes) aparece como el camino más adecuado para avanzar en la limitación de la discrecionalidad sin despersonalizar todo el proceso. Coincido con Schiavo, en cuanto a que le prestamos atención a la exposición racional de la construcción del hecho (fundamentación) pero no a la racionalidad de la construcción misma, esto es, a la tarea de ir ganando terreno a la objetivación de esa construcción frente a la ineludible presencia de la subjetividad del Juez. Y es por ello, que elegí este tema para mi Tesis, pues la valoración de la prueba incide plenamente en la actuación de todo perito y en el relato final del proceso penal. Como criminólogos debemos preponderar que la prueba es el medio más confiable para descubrir la verdad real y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales. Si el hecho existió, dejó huellas. Una prueba es pertinente para acreditar un hecho si demuestra una conexión entre su aporte y aquello que pretende acreditarse por su intermedio. Es admisible si intrínsecamente reúne los requisitos que

le son propios. Bajo este lineamiento, al momento de controlar las sentencias, en lugar de sumar subjetividades y que las mismas sean una suma de subjetividades, deberíamos sumar racionalidades. La decisión del juez, sólo puede ser objetivada mediante la expresión de palabras razonadas.-

El segundo objetivo específico y problema de investigación planteado por la tesista, cual fue: conocer el funcionamiento del Sistema de Garantías en la valoración de la prueba, debemos afirmar que la valoración de la prueba constituye la médula del Sistema de Garantías. El concepto de *hecho* nos protege de las tendencias abusivas y moralizantes de la política criminal, sirve también de enlace entre las funciones políticas y operativas de la idea de verdad. Una justicia penal republicana se funda en el principio claro de que toda reacción penal se fundará en la verdad del hecho (penalmente relevante) cuya comprobación los jueces le exigirán que cumplan los acusadores (fiscales) –quienes deberán acreditar mediante las pruebas, con la ineludible participación de los peritos que corresponda- y si los acusadores no lo hacen en la ocasión prevista (el juicio) no suplirán sus omisiones sino que impedirán la concreción de la pena. Ésta es la base política, funcional y operativa de los Sistemas Acusatorios. A diferencia de los Sistemas Inquisitivos, donde se dedicaban a reafirmar una culpabilidad de la imputación, ya predeterminada. En los Sistemas Acusatorios rige el principio de Inocencia, desde el comienzo de todo proceso.-

El tercer objetivo y problema de investigación planteado en el presente fue hacer hincapié en qué es una pericia, su importancia dentro del proceso penal y el rol de la criminología durante el proceso y en la ejecución de la pena. Así, en el transcurso de mi obra, me dediqué a analizar un tipo de medio probatorio en particular (pericia), que nos incumbe como criminólogos. Si bien esta profesión no está aún en su auge, pues es bastante nueva, deberá abrirse camino con el tiempo, pues un criminólogo es un profesional fundamental, apto para arribar a la verdad de un hecho, con mucho para aportar a una investigación y a la posterior resolución de una causa. Con respecto a la prueba pericial, es necesario destacar que, en el manejo de este medio de prueba, se produce el choque entre dos discursos con pretensiones de verdad: el de la ciencia y el del proceso. Pasamos por momentos históricos en los que la ciencia pretendía superar las decisiones propias de los jueces y volver científico el control de la criminalidad. No obstante, debe haber un equilibrio, ya que se atraviesan innumerables factores en un proceso penal y muchos jueces pretenden entender que la introducción de las conclusiones científicas es un mero consejo al Juez, que puede desecharlo, sin caer en notoria arbitrariedad. Litigar es introducir, producir, controlar, evaluar o discutir sobre perspectivas científicas alrededor de la construcción del hecho que será juzgado, tiene –consecuentemente- una importancia cada día mayor, porque la ciencia convertida en tecnología es de uso cada vez más

frecuente en la investigación de los hechos criminales. El valor central de la verdad en el juicio penal es una tarea concreta, que reclama comprensión del papel de cada uno de los protagonistas de ese juicio, pero también un profesionalismo del cual estamos lejos en nuestra región. Una parte de la literatura especializada comienza a concluir en que la prueba pericial es la prueba dominante en los procesos judiciales, enfatizando la idea de que se trata de una prueba que normalmente resulta decisiva en la resolución de los casos, aun cuando estadísticamente no sea el medio más masivo o que mayoritariamente se presenta. La prueba pericial es factible de caer en vicios, por intereses particulares de los peritos, por inidoneidad de los mismos, por malos peritajes, etc. Pero si pudiéramos ejercer la profesión con dignidad y compromiso, la prueba pericial sería la protagonista de la resolución de una causa, desde que inicia hasta que termina, incluso cuando ya hay condena, la participación del criminólogo seguiría teniendo relevancia.-

Entiende DUCE que la cultura legal aún no reflexionó en profundidad, sobre el impacto concreto del cambio de modelo procesal penal, respecto de la prueba pericial. No obstante, la dinámica acusatoria establece un entorno de incentivos para las partes que hace necesario tener un control más riguroso de la prueba que se pretende introducir a juicio. Por otra parte, la flexibilización del sistema de peritos, obliga a revisar, antes de admitir a juicio, que el experto que se presenta reúna mínimas condiciones de idoneidad frente a los riesgos ciertos que –por esa mayor flexibilidad- se permita la comparecencia a juicio de peritos que aportarán información de mala calidad. Sin ánimo de repetir lo ya analizado en el presente trabajo, me parece interesante tener en cuenta los riesgos respecto a este tipo de prueba, tanto en relación a los valores del sistema, como al uso racional de los recursos del sistema. El uso de la prueba pericial de baja calidad o poca confiabilidad aparece como una de las principales causas que lleva a los Tribunales a fallar. El uso de la prueba pericial de manera incorrecta es un factor que puede jugar un rol decisivo en la condena de inocentes. Ello obliga a revisar las políticas de admisibilidad de la misma a juicio, la forma en que se presenta y, más general aún, la regulación que el sistema debiera dar a la producción de la prueba científica- forense. Que el Juez debe resolver la veracidad de los enunciados, considerando su aplicación a cada uno de ellos; que en el juicio de veracidad utilicen criterios racionales ajenos a la íntima convicción; que únicamente sea posible hablar de verdad en aquellos casos en que las pruebas confirmen la hipótesis que se asume como verdadera. Pero, fundamentalmente, y por sobre todas las cosas, que la cantidad de prueba presentada en el caso, permita asumir que la probabilidad en que se fundan las afirmaciones anteriores, son elevadas frente a las hipótesis contrarias. La explicitación razonada del peso probatorio conferido a la evidencia, carece de toda relevancia, si no se fija –previamente- un marco conceptual que permita afirmar el grado de certeza que requiere la hipótesis de imputación, para poder sustentar una condena, más allá de toda duda.-

Destaco las entrevistas de los Jueces, a cuyas respuestas me remito. Entiendo que existen diferencias entre la Valoración de la Prueba que hace un Juez Natural y la que hace el Juez Federal. Y que la del primero se ajusta más a lo desarrollado en el presente trabajo. Las entrevistas realizadas al criminalista y a la criminóloga activos, demuestran la labor ligada al proceso judicial, y la importancia de conocer cómo se analiza y valora la prueba que ellos construyen.

A diferencia de otras profesiones que se especifican en una sola especialidad, el criminólogo constituye una profesión general, es idóneo para intervenir en distintas especialidades y su participación es muy abarcativa y fundamental en un proceso penal. Por ello entendí sumamente relevante su aporte y su conocimiento en cómo se analiza y valora la prueba en el proceso penal y los alcances de su posible intervención. Considero que esta profesión debe luchar por su reconocimiento y el gran aporte que es capaz de brindar en todo el proceso.

Así, considero culminado mi trabajo final de grado y me doy por satisfecha, en cuanto haber cumplido mis objetivos –general y específicos- y haber obtenido respuestas a mis preguntas de investigación planteadas que me impulsaron al desarrollo del tema elegido.-

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Natalia', located in the lower right quadrant of the page.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bedoya Sierra, L. (2008). *La prueba en el proceso penal colombiano*. Bogotá: Editorial Galería Gráfica Compañía de Impresión S.A.
- Binder, Alberto (2000). *El Incumplimiento de las Formas Procesales*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
- Binder, Alberto (2012), Prólogo del libro de Schiavo, Nicolás. *Valoración racional de la prueba en materia penal*, Buenos Aires: Editorial Del Puerto S.R.L.
- Binder, Alberto (2013), Prólogo del libro de Duce J. *La Prueba Pericial*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Didot.
- Cafferata Nores, José Ignacio y HAIRABEDIÁN, Maximiliano (2011). *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Copi, L. & Cohen, C. (2007). *Introducción a la Lógica*. México: Editorial LIMUSA.
- Coscia, Orlando (2018). Entrevista realizada por Valeria Fernanda Soledad Ramos en Neuquén.
- Duce J., Mauricio (2013). *La prueba pericial*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Didot.
- Ferrajoli, Luigi (2012). *Derecho y Reglas*. México: Editorial Atelier, p. 137.
- González, E.P. (2005). *Tareas forenses de la psiquiatría y otros vínculos con el derecho penal y la criminología*. Bogotá: Revista colombiana de Psiquiatría, pp. 116-128.
- Lewis, Melvin (1997). *The expert witness in criminals cases (El perito en casos criminales)*. Chicago: Editorial General Consideration.
- Maier, J. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial Latingráfica S.R.L.
- Mendoza Beivide, A. (2007). *Psiquiatría para Criminólogos y Criminología para Psiquiatras*. México: Editorial Trillas.
- Merino, Virginia (2021). Entrevista realizada por Valeria Fernanda Soledad Ramos en Neuquén.
- Neyra Flores, J.A. (2014). *La valoración de la prueba*. Conferencia Internacional sobre la Valoración de la prueba. Lima. Escuela de formación de auxiliares jurisdiccionales y administrativos.
- Pérez González, Ernesto (2005), *Tareas forenses de la psiquiatría y otros vínculos con el derecho penal y la criminología*. Revista Colombiana de Psiquiatría, pp. 116 a 128.
- Pérez Moreno, E. (1999). *El secreto profesional frente al deber de testimoniar y a la obligación de denunciar*. Córdoba, Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal N° 4.

- Programa social de trabajo (2014). Entrevista Criminológica de Admisión. Cipolletti: Universidad Nacional de Río Negro. Ministerio de Seguridad de Río Negro.
- Prueger, Enrique Eduardo José (2021). Entrevista realizada por Valeria Fernanda Soledad Ramos en Neuquén.
- Schiavo, Nicolás (2012). *Valoración racional de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: Editorial Del Puerto S.R.L.
- Taruffo, M. (2002). *La Prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta.
- Taruffo, M. (2008). *La Prueba*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2011). *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. Madrid. Revista jurídica del Derecho Comparado N° 114.
- Taruffo, M. (2017). *Valoración de la prueba*. Conferencia Internacional de Valoración de la Prueba. Pamplona: Editorial Universidad Libre.
- Trincheri, Richard (2018). Entrevista realizada por Valeria Fernanda Soledad Ramos en Neuquén.
- Universidad Nacional de Río Negro (2012). Resolución N° 1905, Buenos Aires.
- Weber, Max (2019). *El político y el científico*, Documento preparado por el Programa de Redes Informáticas y Productivas de la Universidad Nacional de General San Martín (UNSAM). <http://www.bibliotecabasica.com.ar>.

ANEXO

A) Entrevistas semiestructuradas para ser respondidas por el Juez del Tribunal de Impugnación del Poder Judicial del Neuquén y por el Juez Federal Penal:

1°).- ¿Ud. cree que el Análisis y Valoración de la prueba, es fundamental para llegar a la Verdad del Hecho? ¿Por qué?

2°).- Para Ud. ¿la verdad está en el centro del proceso penal?

3°).- Cuando habla de “verdad”... ¿A qué “verdad” se refiere?

4°).- ¿Cómo se desarrolla el proceso penal, en cuanto a la valoración de la prueba, según su entender?

5°).- ¿Cómo se diferencia el Sistema Procesal Actual, respecto del Anterior, en cuanto al proceso probatorio?

6°).- ¿Es posible arribar a una sentencia fundada en la Verdad del Hecho?

7°).- ¿Considera que sus sentencias fueron objetivas? ¿En qué funda su respuesta?

8°).- ¿Es posible desprenderse del principio de legalidad, en búsqueda de la Verdad del Hecho?

9°).- ¿Qué valor le da a la prueba pericial? ¿Y cómo las valora?

10°).- ¿Ud. utiliza algún estándar probatorio objetivo para valorar la prueba? ¿Cuál/ es?

11°).- ¿Qué Juicios de Valoración de la prueba conoce?

Entrevistado que fuera el Dr. Richard Trincheri, Juez del Tribunal de Impugnación de Neuquén (ofreciendo su correo electrónico), contestó lo siguiente (respuestas textuales, escritas por él mismo):

1) El análisis y la valoración (libre y racional) de la prueba son fundamentales para tratar de evitar errores en el juzgamiento. Junto con el respeto irrestricto a los más importantes principios que rodean el juicio oral y público conforman la llamada garantía epistémica. Lo de “la verdad del hecho” implica incursionar en el problema de “la verdad” el cual, bien sabido es, resulta complejísimo. De aceptarse como objeto el establecimiento de la verdad del hecho hay que aceptar de inicio que tal “verdad del hecho” sería la verdad del hecho “afirmada por las partes”.

2) El centro del proceso penal está ocupado por el juicio público con todas las garantías que lo rodean y dentro de él aparecerá la verdad como fin de la prueba judicial, respetando los límites y condiciones en cuanto a su búsqueda y logro, principalmente los establecidos en el orden jurídico, comenzando por la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales.

- 3) Hay varias teorías sobre la verdad. La más aceptable en la actualidad parece ser la de la verdad “como correspondencia” seguida entre otros por Taruffo y Ferrajoli, tomada de Tarski. Obviamente será una verdad “judicial”, aproximada, por cuanto es imposible que el conocimiento de los jueces (humanos al fin) pueda excluir totalmente la chance del error en alguna proposición fáctica. Es decir, la obtenida sería la mejor verdad pero relativa.
- 4) El proceso penal acusatorio y adversarial se desarrolla dentro de un marco en el cual el acusador expone su teoría del caso y la defensa la refuta. Tal marco es tan amplio que dentro de él está contenido todo lo que tiene que ver con posibles refutaciones o contrapruebas, con amplio protagonismo de las partes en cuanto a la producción de las pruebas. Luego de ello vendrá la valoración de la prueba a realizar por el Tribunal.
- 5) Es diametralmente opuesto. La valoración de la prueba en el proceso penal actual se desarrolla en el contexto descrito en la pregunta anterior.

La verdad es que en los juicios realizados con la vigencia del proceso mixto o inquisitivo reformado el verdadero juez no era el tribunal de juicio sino el juez de instrucción (siempre lo decía Cafferata Nores), que establecería “su verdad” a través de las actas (no de actos) prolijamente (a veces no tan prolija) ordenadas en el expediente, cuerpo de papeles que era seguido invariablemente en el juicio para valorar la prueba. Tal prueba había sido agregada al expediente mediante una investigación comandada por el mismo juez que luego esquizofrénicamente juzgaba sobre su propia investigación y entendía que estaba en condiciones de avanzar a la siguiente etapa procesal.

- 6) Si, recordando lo dicho en la respuesta a la pregunta nro.1, que se trata sobre la verdad del hecho “afirmado por las partes”.
- 7) He dictado sentencias con el sistema inquisitivo y lo hago con el actual. Con todas las limitaciones del anterior (respuesta Nro.5) siempre procuré que las sentencias (absolutorias o condenatorias) puedan ser explicadas racionalmente. Para mí ser objetivo es aplicar la “sana crítica” sin condicionamiento alguno, motivando siempre las conclusiones probatorias como control de su racionalidad.
- 8) Nunca cabe el “desprendimiento” del principio de legalidad. Cualquiera sea el resultado al que se arribe “buscando la verdad del hecho” si existe un mínimo desprendimiento del tal principio la solución no es otra que la absolución.
- 9) El valor a otorgar siempre dependerá del caso de que se trate. En general se plantean preguntas en el juzgador cuando hay que valorar declaraciones de testigos o dictámenes de peritos. Yo en general tengo una actitud de creer al testigo o perito salvo que exista una razón atendible para no hacerlo. Siempre existe una evaluación epistémica para

establecer o fijar la relevancia, credibilidad y valor de la explicación dadas por los testigos y peritos. Los criterios de valoración derivarán de las ciencias y de las máximas de la experiencia.

- 10) El estándar mínimo racional más adecuado es el de probabilidad prevalente. Elimina la posibilidad de valoraciones irracionales y los criterios que utilizamos los jueces son controlables intersubjetivamente.
- 11) Los juicios de valoración de la prueba son tres de acuerdo a los momentos fundamentales del proceso en que se decide sobre aquél: 1) cuando se conforma el conjunto de elementos de juicio que serán base de la decisión a tomar; 2) la valoración propiamente dicha que se hace de esos elementos de juicio y 3) la toma de la decisión.

Dr. Richard Trincheri

(richardtrincheri@yahoo.com.ar)

Vocal del Tribunal de Impugnación de Neuquén

Entrevistado que fuera el Dr. Orlando Coscia, Juez Federal (ofreciendo su correo electrónico), contestó lo siguiente (respuestas textuales, escritas por él mismo):

- 1.- y 2.- Las pruebas son fundamentales en el proceso penal; sin pruebas (entre otros ítems) no hay caso. Y esas pruebas son el medio para descubrir la verdad;
- 3.- Me refiero a la verdad real; no a la jurídica;
- 4.- El desarrollo del proceso penal, en cuanto a las formas de adquisición y valoración de pruebas, está pautado por el CPPN; luego las partes pueden hacer sus propias valoraciones y juez decidirá;
- 5.- El anterior, de pruebas tasadas, era menos participativo. El actual da un lugar de mayor trascendencia a la actuación de partes;
- 6.- Sí, definitivamente;
- 7.- Sí; en los fundamentos que expongo en cada una de ellas. Luego pueden o no ser compartidas, aceptando críticas y estándome a cuanto digan las instancias superiores en caso que sean recurridas;
- 8.- No
- 9.- El valor es igual a los otros medios probatorios previstos por CPPN; la valoración es merced el sistema vigente (Libre Convicción o Sana Crítica Racional)
- 10.- Me remito a la respuesta anterior.
- 11.- Prueba Tasada, Libre Convicción o sana crítica racional e Íntima Convicción.

Dr. Orlando Coscia

(orlandocoscia@yahoo.com.ar)

B) Entrevistas semiestructuradas para ser respondidas por peritos: en Criminología y Criminalista:

- 1°) ¿Cómo se desarrolla el proceso penal, en cuanto a la valoración de la prueba, según su entender?
- 2°) ¿Ud. cree que la justicia es arbitraria y subjetiva en sus sentencias? ¿Por qué?
- 3°) ¿Cómo le parecería que debería valorarse su pericia en el proceso penal? ¿Qué le parecería que se debiera modificar?
- 4°) ¿Cómo se diferencia el Sistema Procesal Actual, respecto del Anterior, en cuanto al proceso probatorio? ¿Qué le parece a Ud. declarar oralmente en un juicio? ¿Le parece mejor que mandar un informe escrito? ¿Por qué?
- 5°) ¿Cómo y dónde desarrolla su actividad laboral? ¿Se relaciona siempre su actividad laboral con el Poder Judicial?
- 6°) ¿Ud. considera que es posible arribar a la verdad del hecho con prueba pericial? ¿Qué entiende por verdad del hecho?

Entrevistada que fuera la Lic. Virginia Merino, Licenciada en Criminología y Ciencias Forenses (ofreciendo su correo electrónico), contestó lo siguiente (respuestas textuales, escritas por la misma):

- 1) A mi entender, se desarrolla de manera correcta.
 - 2) Sí considero que es arbitraria y subjetiva en algunas oportunidades con respecto a sus sentencias, ya que muchas veces en las mismas no se expresan razones coordinadas y consecuentes.
 - 3) A mi criterio, en el proceso penal, la pericia se debe valorar de acuerdo a la base científica que la misma contiene, a la ética profesional del perito que la realiza y, la lógica y sentido del juez al realizar el dictamen.
 - 4) Comencé a ejercer con el sistema procesal actual, por ende, desde la parte práctica no puedo marcar diferencias con el sistema anterior. Me parece correcto exponer de manera oral la pericia, creo que es necesario para poder explicarla ante los jueces lo que le da más legibilidad y valor a la misma.
 - 5) Desde Febrero del 2020 integro el listado de peritos externos del Poder judicial de Neuquén, como perito en Criminología y perito en ciencias forenses. También trabajo de manera particular.
- Si, de manera directa o indirecta mi trabajo está en relación con el poder judicial.

6). Por " verdad del hecho" entiendo encontrar a los elementos o personas involucradas en determinado suceso. Sí se puede llegar a esta verdad a través de una prueba pericial, siempre y cuando la misma esté bien elaborada, comenzando por haber respetado el protocolo de cadena de custodia del lugar del hecho, como su posterior traslado y análisis de laboratorio. Teniendo en cuenta también la profesionalidad del perito que la realiza la misma.

Lic. Virginia Merino

(virginiamerino25@gmail.com)

Perito en Criminología (Mat. TSJNQN N°40) y Perito en Ciencias Forenses (Mat. TSJNQN N°4).

Entrevistado que fuera el Lic. ENRIQUE PRUEGER, Licenciado en Criminalística (ofreciendo su correo electrónico), contestó lo siguiente (respuestas textuales, escritas por el mismo):

1°) ¿Cómo se desarrolla el proceso penal, en cuanto a la valoración de la prueba, según su entender?

El proceso penal, instrumenta actos investigativos y el campo pericial es un procedimiento auxiliar dentro del esquema de proceso. Creo que la valoración pericial se circunscribe a un mecanismo verificadorio donde la actuación propiamente dicha de la investigación se basa en procedimientos testimoniales delegados a funcionarios que no tienen los profundos conocimientos de lo que ocurrió en la escena del crimen. Hoy en día un hecho o Incidente debe ser subdividido en eventos y cada uno de estos es necesario encontrar las acciones que lo identifican como tal.

2°) ¿Ud. cree que la justicia es arbitraria y subjetiva en sus sentencias? ¿Por qué?

Creo que en muchos casos las dos cosas, todavía se le da un valor muy importante a la prueba testimonial, y esto no es muy distinto a la época de la inquisición.

Hacer un correcto seguimiento del código de procedimientos vigente no significa que concretamente esclarezcamos el hecho que se investiga. Para llegar a la verdad real con seguridad es menester investigar y no instrumentar actos investigativos.

3°) ¿Cómo le parecería que debería valorarse su pericia en el proceso penal? ¿Qué le parecería que se debiera modificar?

Como la base para continuar en las distintas suposiciones científicas que esta "pericias" nos orienten. Y por el contrario las pericias con son el final de un proceso investigativo que de hecho es inconcluso.

En muchas oportunidades, tuve que asistir como perito y otras, como simple ciudadano interesado en las circunstancias de un hecho, y lamentablemente la experiencia me indica el

grave estado en que se encuentra la Justicia en general, tanto la nacional como las provinciales, específicamente en casos de elevada sensibilidad social; entiéndase que hablo de homicidios. En muchas ocasiones acusan a personas de un hecho en particular, y en realidad no saben realmente **qué** sucedió, respecto a todas las conductas localizadas en el momento de los hechos. En ocasiones definen un perfil del o los autores fundamentándose en una interpretación errónea, de las circunstancias y partícipes del hecho.

4°) ¿Cómo se diferencia el Sistema Procesal Actual, respecto del Anterior, en cuanto al proceso probatorio? ¿Qué le parece a Ud. declarar oralmente en un juicio? ¿Le parece mejor que mandar un informe escrito? ¿Por qué?

El sistema procesal actual es un importante avance, pero todavía los profesionales del derecho no están a la altura de lo que requiere este sistema.

Para tener éxito en un caso concreto hay que estar científicamente capacitado, obviamente dentro del marco legal correspondiente, en mi opinión la investigación de homicidios en Argentina se funda en una base testimonial, la cual es insegura y muy limitada. Por el contrario, la base científica se deja como un aspecto aleatorio y desconectado de la investigación concreta del hecho.

Pero, lamentablemente, quien reúne la información ignora aspectos básicos de la investigación criminalística y ésta, alejada de la exploración concreta, deja de ser ciencia y se torna una técnica aplicada; pues la información separada, autopsia por un lado y estudio de la escena por el otro, sin tener a alguien capacitado que las interprete, provoca que los análisis de interrelacionar los indicios no se realice. De esta manera, ignorando dos principios fundamentales en criminalística, el de correspondencia de características y el de reconstrucción de fenómenos o hechos, al desconocer esto, se imposibilita definir el **qué pasó** realmente, primera pregunta que se debe contestar. Es fundamental aplicar el método científico, que nos impone derivar consecuencias de una serie de observaciones.

5°) ¿Cómo y dónde desarrolla su actividad laboral? ¿Se relaciona siempre su actividad laboral con el Poder Judicial?

Ejercer desde hace 40 años y fui designado Perito en distintas causas importantes a nivel Nacional, en muchos casos trabajé como coordinador de investigación en casos complejos como el Doble Crimen de la Dársena, Soldado Carrasco, Fredy Pasos, etc.

6°) ¿Ud. considera que es posible arribar a la verdad del hecho con prueba pericial? ¿Qué entiende por verdad del hecho?

Si creo que sí, pero con la utilización del metanálisis en Criminalística, es el estudio integral de todos los elementos o evidencias que aunque ya hayan sido analizadas particularmente, la interrelación de los estudios nos permite obtener nueva información, más que importante para

el esclarecimiento de un hecho. Como te darás cuenta este aspecto es ignorado, pues solo se quedan en las pericias. **Planteo del problema:** La investigación de cualquier hecho, sea homicidio, suicidio o accidente, es llevada a cabo por técnicos ubicados en diferentes laboratorios (Química Legal, Toxicología, Fotografía, Planimetría, Balística, Papiloscopía, Medicina Legal, etc.), cuya tarea se limita al desarrollo de estudios parciales alejados del contexto general y posterior emisión del informe. Para luego, ser interpretados por el Fiscal, o el Juez, según el caso, quienes tienen la tarea de orientar de la investigación. En éste punto radica la principal contrariedad, ya que, quien debe plantear los lineamientos investigativos y derivar suposición que permitan el esclarecimiento del hecho, es un abogado advenido a Juez o Fiscal, con vasto conocimiento en el código de procedimiento pero con escaso o nulo conocimiento científico. Por otro lado, según surge del PROTOCOLO DE TRABAJO DE LA ESCENA DEL HECHO del Ministerio de Justicia de la Nación, la escena del crimen o del hecho, es considerada – erróneamente- como un “depósito de indicios” donde se debe Asegurar, Fijar y Levantar los indicios. Cuando en realidad, para la *Criminalística Moderna* la *escena del hecho*, es el universo donde toda la estructura judicial, especialmente la penal, toma como objeto de su existencia lo manifestado en ese lugar. Por ello, el sistema judicial carece de un coordinador científicos capaz de analizar metanalíticamente el hecho que se investiga, reuniendo e interrelacionando la información, como una sinergia que potencializa la información individual de cada laboratorio. La Justicia Penal debe dejar de limitarse al cumplimiento de simples actos de procedimientos y debe transformarse en un sistema eficiente de investigación Científica Criminalística, creando para ello, la figura del COORDINADOR CIENTIFICO (Profesional Especializado en Investigación de Homicidios) que colabore de manera concreta con el juez o con el fiscal en la investigación. Así como el secretario asesora y colabora en materia de derecho, al Juez, el Coordinador Científico, lo asesorará en la canalización de la investigación a partir de su conocimiento. Este profesional, trabajará bajo un concepto integrador, donde la escena del hecho, se transforma en el universo donde los indicios visto hasta la fecha como fenómenos individuales extraídos del contexto, y se transforman en asociativos, donde se los puede relacionar en aquellos que dejó la víctima en el lugar o sobre el autor de los hechos, donde los indicios dejados por el victimario, se encuentran presente en el lugar y en la víctima, y el mismo lugar de los hechos que dejó indicios en la víctima y en el victimario. Las escenas pueden ser más complejas de lo que parecen, y pueden corresponder a escenas secundarias o escenas primarias, intermedias, etc. Cada una de ellas requiere un trabajo especial, que permita reconstruir los eventos o circunstancias particulares de cada hecho.

Todo esto, requiere de un profesional capacitado que reúna toda la información del lugar del hecho, de las verificaciones de los distintos laboratorios y orienten la investigación de una manera efectiva. La mayoría de los casos que no se esclarecen, esta función la cumple un Juez o un Fiscal, con escasos o nulos conocimientos de Criminalística (´Copia de mi libro segundo tomo´)

Lic. En Criminalística Enrique Eduardo José Prueger

(eejprueger@unrn.edu.ar y eejprueger@yahoo.com.ar)