



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Maestría en Argumentación Jurídica

Las pruebas de ADN y Cámara gesell en proceso penal de República del Paraguay en violación de la norma

Autora: Abg. Carmen Rosana Román

Tutor: Prof. Abg. Mario Eugenio Chaumet

SANTAFÉ – Diciembre de 2021

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, agradezco a la Universidad Nacional del Litoral por darme la posibilidad de realizar la presente maestría, junto a todo el plantel académico y administrativo de la misma, que siempre han ayudado para lograr este objetivo; y por supuesto agradezco a toda mi familia, colegas y compañeros por el apoyo incondicional que me han brindado durante toda la cursada y defensa de tesis. A todos ellos envío mis más sinceros agradecimientos.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTO	2
ÍNDICE	3
INTRODUCCIÓN	10
DELIMITACIÓN Y OBJETIVOS.....	11
TRABAJO DE CAMPO Y METODOLOGÍA EMPLEADA	12
LA TESIS EN CAPÍTULOS	13
CAPÍTULO I - MARCO CONCEPTUAL.....	14
El ADN	14
Los genes.....	14
La Reproducción celular.....	15
Las células	15
Características de las células.....	16
Tipos de células	18
División celular o reproducción celular	20
La mitosis	23
La meiosis.....	25
CAPITULO II – MARCO TEÓRICO	29
El ADN y su aplicación forense.....	29

La genética forense	29
La importancia de las características del ADN	30
Prueba pericial de ADN.....	36
Bancos de material biológico humano	37
La Cámara Gesell y su aplicación forense.....	38
Principios rectores en la praxis de la Cámara Gesell.....	40
La Función de la Cámara Gesell	43
Actividades que pueden desarrollarse en la Cámara Gesell.....	44
Criterios de prioridad para el uso de la Cámara Gesell	45
Regla General.....	45
En caso de diligencias simultánea	45
En relación a la distancia.....	45
En relación al hecho punible	46
La Cámara Gesell como medida de protección.	46
Imposibilidad de Cámara Gesell	47
El abordaje del menor víctima	48
Protección integral	49
Interés superior del niño y derecho al trato digno	50
Protección a su salud física y mental.....	50
La revictimización.....	50
Derecho a ser parte en el proceso	51
Obtención legal de medios probatorios	54
Coordinación entre actores y protocolización de procedimientos	54
Calidad e instrucción de los profesionales intervinientes	55
Recuperación física y psicológica	55
La entrevista o declaración informativa	56

Definición de Entrevista.....	56
Entrevista Psicológica	58
Clasificación de la Entrevista psicológica según su función.	59
Valoración del relato.....	60
Actividad probatoria	62
Relevancia de la prueba en el proceso.....	62
Concepto.....	62
Naturaleza jurídica de la prueba	64
Elementos de Prueba	64
Objeto.....	65
Órgano.....	66
Medios.....	66
Forma.....	68
Validez del dictamen pericial.....	70
Ordenación de la prueba	70
Calidad habilitante del perito.....	71
Incapacidad del perito	71
Inhabilidad del Perito	72
Concepto profesional del perito	74
El juramento del perito.....	74
Libertad.....	75
Prohibición legal de practicar la pericia.....	75
Perito único interviniente y pericia multidisciplinaria.....	75
Secreto Profesional	76
Medio eficaz.....	76
Objeto de la pericia en razón de la materia.....	76
Igualdad, bilateralidad y contradicción	77
Dictamen ajustado a los puntos de pericia.....	77
Presentación del dictamen.....	78

Fundamentación del dictamen	78
Claridad, congruencia y logicidad de las conclusiones	79
Conclusiones coherentes y verosímiles.....	79
Coherencia con el resto del caudal probatorio.....	80
Adición o retractación del peritaje.....	81
Presentación en tiempo y forma.....	82
Valor probatorio del dictamen de los peritos y su apreciación por el juez	82
La sana crítica como método de valoración	83
El sistema de la prueba tasada.....	83
Sistema de libre convicción.....	84
Sistema de la sana crítica.....	85
La argumentación	87
Definición.....	87
Oratoria, retórica, dialogo y discurso	88
Los controles de la argumentación jurídica.....	90
Racionalidad del argumento	90
Encadenamiento lógico de inferencias.....	90
La convicción lógica del hecho más probable	91
Coherencia del razonamiento no contradicción	91
La incorporación de la prueba científica en la argumentación jurídica.....	92
La diferenciación de la prueba científica	92
La certeza de la prueba científica en la argumentación	93
La interpretación de la prueba y la fundamentación	94
La verificación y la sana crítica integradora	94
Cadena de Custodia	95
Definición.....	96
Fundamentación	96
Características.....	98
Principios recortes de la cadena de custodia.....	99
Responsabilidad	101

CAPÍTULO III – MARCO LEGAL	103
Legislación positiva de la República del Paraguay	103
Constitución Nacional y tratados internacionales ratificados	105
El derecho a la igualdad.....	105
Protección del menor y la intimidad	105
La prueba, derechos y garantías procesales	106
La policía Judicial	107
Código Procesal Penal	108
Victima.....	108
Protección del menor como víctima y autor.....	109
Pruebas y su valoración	111
Peritos.....	112
La policía judicial	114
Nulidades	116
Garantías del procesado.....	117
Código Penal hechos punibles contra los menores	120
CAPÍTULO IV –MARCO METODOLÓGICO	125
Enfoque de Investigación	125
Diseño de Investigación.....	125
Nivel de Investigación	125
Área de estudio	126
Delimitación	126
Delimitación Espacial.....	126
Delimitación geográfica.....	126
Delimitación Temporal	126

Población	127
Criterios de inclusión	127
Criterio de exclusión	127
Muestra	127
Muestreo	128
Operacionalización de variables.....	128
Técnicas e instrumentos de recolección de datos	129
Procedimiento para recolección de datos	129
Tratamiento de los datos.....	129
Consideraciones éticas.....	129
 CAPÍTULO V – MARCO ANALÍTICO	 130
Tabla de narrativa de resultados 1 – Peritos médicos forenses	130
Análisis	134
Tabla de narrativa de resultados 2 – Peritos psiquiátricos y psicológicos.....	135
Análisis	138
Tabla de narrativa de resultados 3 – Magistrados	140
Análisis	145
 CONCLUSIÓN	 148
 RECOMENDACIONES	 160
 BIBLIOGRAFÍA	 164

TABLA DE ILUSTRACIONES

Ilustración 1 – La célula y sus componentes	17
Ilustración 2 – Las células	20
Ilustración 3 – núcleo, cromosoma, ADN y gen.....	21
Ilustración 4 – Gen, alelo y locus	22
Ilustración 5 – Células haploides y diploides	23
Ilustración 6 – Mitosis	24
Ilustración 7 – Meiosis	27
Ilustración 8 – Estructura del ADN y componentes químicos de la cadena	32
Ilustración 9 – Sala de observación de Cámara Gesell del Palacio de Justicia de Asunción	40
Ilustración 9 – Sala de entrevista de Cámara Gesell del Palacio de Justicia de Asunción	40

INTRODUCCIÓN

La legislación en la República del Paraguay, históricamente se ha acomodado a los cambios acordes a la realidad política más que social, inclusive ni la llegada de la democracia, que comenzó con la caída del Dictador Alfredo Stroessner el 2 y 3 de febrero del año 1989 ha podido salvar. La actual Constitución Nacional de la República del Paraguay quedó conformada y entró en vigencia en el año 1992, la cual definió los lineamientos del respeto a los derechos humanos, y estableció el vigor del Estado de Derecho Social, limitando así excesivo poder que el Poder Ejecutivo concentraba y detentaba desde el año 1954. Este cambio de paradigma trajo aparejada la modificación de nuestra legislación en los fueros penal, civil, del menor y la familia, como así también en la legislación de forma, la legislación procesal. Esta modificación en forma de actualización acorde a los principios establecidos en nuestra Constitución Nacional, trajo aparejado muchos cambios a nivel judicial, tanto de forma como de fondo, en la Institución del Poder Judicial, como así también para los funcionarios. El respeto a los derechos humanos y más específicamente a los derecho procesales de imputado dentro del proceso penal, se volvió una realidad tajante, pero que fue teniendo sus efectos positivos y negativos en la ciudadanía; en un principio el respeto a estos derechos era el primordial punto de vista de legislador, el cual fue cambiado hasta la actualidad por la presión social, más específicamente de la prensa, con el argumento de que “los delincuentes entran y salen, la policía los detienen y arriesgan su vida, y en cinco minutos el juez los libera”, ésta presión aprovechada por la prensa en búsqueda de un destaque y un titular que vendiera, afectó muy marcadamente la redacción de las leyes, que han venido afectando y violentando principios establecidos en la Constitución Nacional, como la presunción de la inocencia, entre tantos otros. En la actualidad las pruebas que se valoran en los juicios, ya no son tasadas como lo eran en el proceso inquisitivo anterior, hoy en día con el proceso acusatorio la pruebas son valoradas a través de la sana crítica del juzgador, la cual se encuentra limitada también por la argumentación fundamentada en forma coherente, lógica y verosímil, y es aquí donde entra a tallar la presente investigación, en función de las Pruebas de ADN y la CÁMARA GESELL, dentro del proceso penal de la República del Paraguay. La investigación se enfocó a la determinación del alcance, valoración y legalidad de estos dos medios probatorios frente a los derechos del imputado garantizados en la legislación nacional, la Constitución Nacional de 1992 y los tratados internacionales, aprobados, ratificados y publicados por la República del Paraguay, en búsqueda de establecer modificaciones en el plano

normativo que operativicen el respeto de los derechos del imputado en la construcción y consolidación de nuevas prácticas procesales en torno al tema.

DELIMITACIÓN Y OBJETIVOS

La investigación se limita al ámbito jurídico, en relación a la producción y valoración de la prueba de ADN y la CÁMARA GESELL, de las cuales también hay que entender que es son tipo de prueba especial, por el estadio procesal en el cual se deben solicitar, sino también en la determinación científica de su validez, y por sobre todas las cuestiones ¿Cómo llegan estos dos medios probatorios a dar plena fe del suceso de los hechos, o de la autoría?, siendo esta delimitación la que genera el objetivo general de la investigación: establecer la efectividad de los medios probatorios científicos de la prueba de ADN y de la cámara Gesell en el proceso penal, teniendo como objetivos específicos su fundamentación como necesidad de producción de prueba, y su resultado como fundamentación de parte, y en este sentido se definen específicos, que refieren a la necesidad de determinar el alcance del conocimiento científico como fundamentación para las partes, determinar el origen científico detrás de las pruebas de ADN y la Cámara Gesell, su incorporación al proceso; y la diferenciación de las pruebas científicas de los demás medios probatorios, recordando al Dr. MIGUEL OSCAR LÓPEZ CABRAL cuando refería *“Conforme a nuestro artículo en estudio, el juez o tribunal tiene la libertad de admitir toda aquella prueba que estime conveniente y de utilidad para llegar al conocimiento de la verdad (se tiene como base que todo se puede probar y por el medio que sea, toda vez que no se avasalle principios constitucionales y procesales vigentes)...”* (López Cabral, 2015, pág. 324).

La realización de los objetivos específicos y general, justifica plenamente la investigación, ya que al cumplir con ellos se dará respuesta a la legalidad de dos de los medios probatorios más utilizados dentro del proceso penal. Lo cual beneficia no solo a los operadores de la justicia, sino también a toda la población, ya que trae a la luz no solo el para qué de estos medios probatorios, sino que responde a la necesidad de entender el cómo se debe, y él porque es o no válido.

TRABAJO DE CAMPO Y METODOLOGÍA EMPLEADA

La perspectiva teórica que se utiliza en la investigación en primer lugar se procedió a la revisión bibliográfica para dar respuesta a las interrogantes de los objetivos planteados, comprender la terminología además de comprender a cabalidad el tema abordado, y por supuesto para poder fundamentar y llegar a las conclusiones finales. *“Una vez planteado el problema de estudio —es decir, cuando ya se poseen objetivos y preguntas de investigación— y cuando además se ha evaluado su relevancia y factibilidad, el siguiente paso consiste en sustentar teóricamente el estudio ...”* (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2015, pág. 52). La revisión bibliográfica se centró en los textos jurídicos, psicología, psiquiatría; y genética, la bibliografía de estas tres ramas científicas, aunque muchos consideren una pseudociencia a la psicología, en su conjunto dio las bases de la presente tesis, y el punto de comparación con lo corroborado en las entrevistas.

El enfoque adoptado para la investigación es de tipo cualitativo, ya que se realizaron entrevistas con preguntas de tipo abiertas a funcionarios del Poder Judicial, tanto del área Jurídica como Forense, en busca de obtener el reflejo de la realidad en comparación o contraste con la información bibliográfica teórica a fin de llegar a conclusiones reales, acotadas al tema investigado y no a meras generalizaciones. Sampieri señala que *“...el enfoque cualitativo también se guía por áreas o temas significativos de investigación. Sin embargo, en lugar de que la claridad sobre las preguntas de investigación e hipótesis preceda a la recolección y el análisis de los datos (como en la mayoría de los estudios cuantitativos), los estudios cualitativos pueden desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de los datos”*. (Ibid. 2015, pág. 7)

El diseño de la investigación es descriptivo correlacional describiendo el objeto de estudio y estableciendo relaciones con el mismo; por lo tanto, es no experimental ya que las variables no se someten a condiciones de laboratorio, y transeccional ya que se lleva a cabo de una sola vez, como lo refiere Sampieri (2015) *“Algunas veces una investigación puede caracterizarse como básicamente exploratoria, descriptiva, correlacional o explicativa, pero no situarse únicamente como tal. Esto es, aunque un estudio sea en esencia exploratorio contendrá elementos descriptivos; o bien, un estudio correlacional incluirá componentes descriptivos, y*

lo mismo ocurre con los demás alcances. Asimismo, debemos recordar que es posible que una investigación se inicie como exploratoria o descriptiva y después llegue a ser correlacional y aun explicativa.” pág. 84. La investigación es llevada a cabo durante los meses de enero a marzo del año 2019.

LA TESIS EN CAPÍTULOS

En el Capítulo primero se presenta los conceptos básicos y necesarios para comprender a cabalidad la prueba de ADN como así también la cámara gesell, su origen y todos los principios necesarios para poder relacionar el proceso de producción y valoración de la prueba en el proceso penal.

En el Capítulo segundo, con los conceptos anteriores claros, se analiza la teoría forense en relación al ADN y la praxis de la cámara gesell, su alcance probatorio, sus requisitos y los aportes que ambas pruebas pueden dar como respuesta a la necesidad probatoria actual, en la relación científica y procesal penal argumentativa.

En el Capítulo tercero se analiza el marco legal regulatorio en relación al tema en la República del Paraguay partiendo de las enunciaciones y principios constitucionales, para llegar a su correlación y puesta en vigencia en los códigos penales de fondo y forma.

En el cuatro Capítulo se arriba al marco metodológico utilizado de la investigación y en el capítulo quinto se procede a la tabulación y análisis comparativo relacionando la información obtenida mediante las entrevistas y la información bibliográfica.

Finalmente, en el último capítulo se concluye la tesis con los resultados que surgieron y éstos son relacionados con los objetivos de la investigación, finalizando con la recomendación necesarias para la correcta aplicación de los medios probatorios estudiados.

CAPÍTULO I - MARCO CONCEPTUAL

El ADN

El término ADN hace referencia al ácido desoxirribonucleico encontrado en todos los seres vivos y materiales biológicos, cada ser vivo pertenece a un tipo y especie, y a su misma vez a una familia, y a su misma vez es un individuo único e irrepetible. Genetic Alliance refiere que las células son el componente básico del cuerpo habiendo muchos tipos distintos de células con diferentes funciones y formando todos los órganos y tejidos del cuerpo teniendo el mismo ácido desoxirribonucleico (ADN) que es el material hereditario de los seres humanos y de casi todo el resto de los organismos, encontrándose en el núcleo celular (denominado ADN nuclear), pero existe una pequeña cantidad de ADN que se encuentra en las mitocondrias (denominado ADN mitocondrial) (Alliance, 2009, pág. 6)

El ADN es el código necesario para crear y mantener a los seres vivos y también sus órganos, a lo cual Alliance (Ídem) sostiene que el ADN tiene una secuencia de cuatro bases químicas: la adenina (A), la citosina (C), la guanina (G) y la timina (T) del mismo modo en el que se unen las letras del abecedario para formar palabras, oraciones o párrafos. El ADN humano consta de aproximadamente tres mil millones de bases y más del 99 por ciento de esas bases son iguales en todas las personas.

Los genes

Ahora bien, al comprender la existencia del ácido desoxirribonucleico y que este contiene la información genética, los genes son los que conforman una pequeña parte de la cadena de ADN que presentan pequeñas variaciones en cada persona y es lo que determina la identidad específica de cada persona, transmitiéndose de padres a hijos, siendo por esto que se puede determinar si es familiar o no y hasta el grado de familiaridad en base a la similitud de los mismos. Alliance señala que *“Los genes son secciones pequeñas de la larga cadena de ADN. Son las unidades básicas funcionales y físicas de la herencia genética. En los seres humanos, el tamaño de los genes varía desde unos pocos cientos a dos millones de bases de ADN. El Human Genome Project (Proyecto del Genoma Humano) calcula que los seres humanos tienen*

entre 20,000 y 25,000 genes. Cada persona tiene dos copias de cada gen, una de cada progenitor. La mayoría de los genes son iguales en todas las personas, pero una pequeña porción de ellos (menos del 1 por ciento del total) varía un poco de una persona a otra. Los alelos son formas del mismo gen con alguna pequeña variación en su secuencia de bases de ADN. Estas pequeñas diferencias determinan los rasgos únicos de cada persona.” (Alliance, 2009, pág. 70)

La Reproducción celular

Para poder comprender a los genes y las cadenas de ADN es necesario comprender la reproducción celular, porque es aquí donde surgen las características de individualidad genética de las personas, en los gametos, que son las células sexuales o reproductivas y no las células que forma tejidos u órganos, los gametos forman un nuevo individuo cargando cada uno una información genética de cada uno de los aportantes.

Las células

Las células son la unidad más pequeña funcional de un ser vivo que le permite mediante reacciones químicas mantener la vida. El Dr. López Cobá señala que “La célula es la unidad estructural, funcional o metabólica y genética de todo organismo vivo” (López Cobá, 2017, pág. 21).

Una célula proviene siempre de otra célula. Lo que permite la transición de características propias de generación en generación y todos los seres vivos estamos compuesto por células. Esta transmisión de caracteres es lo que hace único a cada individuo ya que la combinación de estos es única e irreproducible. Se define a la célula como “*una célula es la unidad anatómica y funcional de los seres vivos. Las células pueden aparecer aisladas o agrupadas formando organismos pluricelulares. En ambos casos la célula es la estructura más simple a la que consideramos viva.*” (Megías, Molist, & Pombal, 2017, pág. 1)

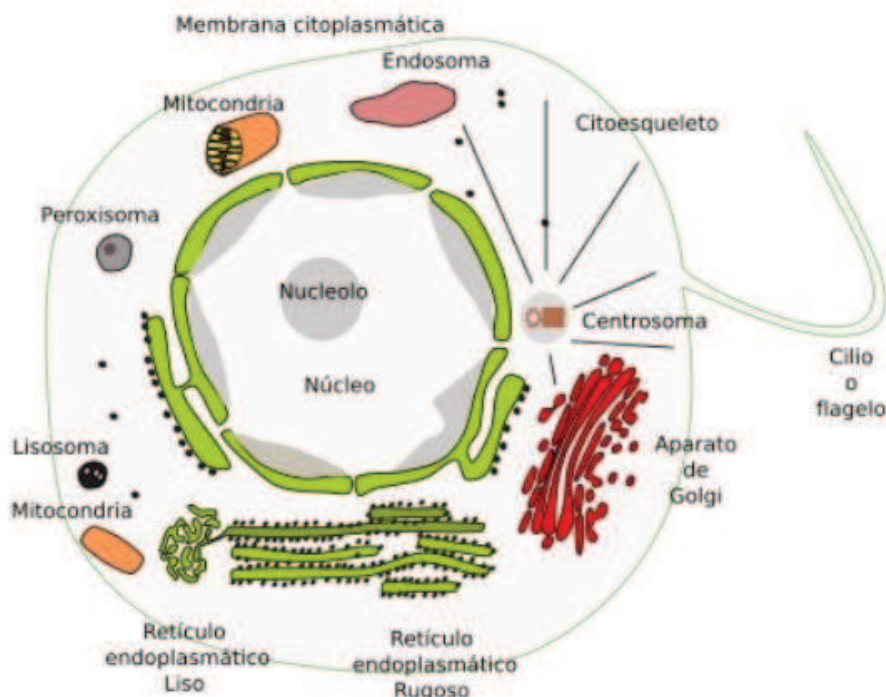
Características de las células

Las células además de ser la unidad funcional de vida más pequeña, está compuesto por otros elementos que se encuentran encerrados dentro de una membrana celular o pared celular dependiendo si es animal o vegetal en su caso. *“Toda célula, procariota o eucariota, es un conjunto de moléculas altamente organizado. De hecho, posee numerosos compartimentos con funciones definidas. Vamos a considerar a un compartimento celular como un espacio, delimitado o no por membranas, donde se lleva a cabo una actividad necesaria o importante para la célula. Uno de los compartimentos presentes en todas las células es la membrana plasmática o plasmalema, que engloba a todos los demás compartimentos celulares y permite delimitar el espacio celular interno del externo.”* (Megías, Molist, & Pombal, 2017, pág. 1)

Dentro de la membrana celular se encuentran una cantidad de pequeños elementos que tienen funciones específicas para mantenerla viva, el núcleo de la célula guarda la información genética o ADN y es justamente lo más relevante para nuestra investigación, porque en la división celular o esta información genética es la que determina la individualidad genética de caracteres biológicos propios de cada persona.

Ilustración 1 – La célula y sus componentes

Fuente: Megías, Molist, & Pombal, 2017 p. 4



En relación a lo anterior señala Megías y otros que “La célula eucariota posee compartimentos internos delimitados por membranas. Entre éstos se encuentra el núcleo, delimitado por una doble unidad de membrana, en cuyo interior se encuentra el material genético o ADN que contiene la información necesaria para que la célula pueda llevar a cabo las tareas que permiten su supervivencia y reproducción. Entre el núcleo y la membrana plasmática se encuentra el citosol, un gel acuoso que contiene numerosas moléculas que intervienen en funciones estructurales, metabólicas, en la homeostasis, en la señalización, etcétera. Cabe destacar a los ribosomas en la producción de proteínas, al citoesqueleto para la organización interna de la célula y para su movilidad, a numerosos enzimas y cofactores para el metabolismo y a muchas otras moléculas más. Entre la membrana celular y el núcleo se encuentran también los orgánulos, que son compartimentos rodeados por membrana que llevan a cabo funciones como la digestión, respiración, fotosíntesis, metabolismo, transporte intracelular, secreción, producción de energía, almacenamiento, etcétera. Las mitocondrias, los cloroplastos, los peroxisomas, los lisosomas, el retículo endoplásmico, o las vacuolas, entre otros, son orgánulos” (Megías, Molist, & Pombal, 2017, pág. 1)

Kulg señala que el núcleo alberga al material genético, el DNA, asociado a un gran número de proteínas ácidas y básicas, formando fibras delgadas. En el periodo del ciclo celular en el que no hay división, estas fibras se encuentran dispersas y desespiralizadas formando la cromatina. ... estas fibras de cromatina se espiralizan y se condensan en la mitosis y la meiosis, dando lugar a unas estructuras denominadas cromosomas. En el núcleo también se encuentra el nucleolo, un componente amorfo, en donde se sintetiza el RNA ribosómico y en donde ocurren las primeras fases del ensamblaje de los ribosomas. Las regiones del DNA que codifican al RNA constituyen en conjunto la región organizadora nucleolar, o NOR. (Klug, Cummings, & Sepnker, 2006, pág. 21)

Ahora comprendida la célula como unidad y sus partes, teniendo el conocimiento de la ubicación del material genético es necesario hacer la diferenciación de las células para poder explicar la división celular o reproducción celular de la cual surgen los caracteres genéticos que hacen a la individualidad del ser y su identificación.

Tipos de células

Las células hay de dos tipos, las que pueden subsistir por si solas que son organismos unicelulares y las que necesitan de otro celular con funciones específicas que conforman órganos y tejidos, que conforman al organismos pluricelular o multicelular. En nuestro caso somos un organismo pluricelular, las células dependiendo de su información forman la sangre, la piel, el cerebro, los huesos, los músculos y todo nuestro organismo. Megías sostiene que los organismos que son una célula son muy variados morfológicamente, lo que depende de su forma de vida y del medio al que se haya adaptado. En estos casos, una sola célula debe realizar todas las funciones necesarias para su supervivencia y reproducción. Un organismo pluricelular, por su parte, también tiene que realizar numerosas funciones para mantener su integridad y reproducción, la cuales son llevadas a cabo por muchos tipos de células especializadas diferentes funcionando coordinadamente. (Megías, Molist, & Pombal, 2017, pág. 4)

También se dividen en eucariotas que son las células que también tienen un núcleo en el cual se almacena la información genética, y las células procariotas que son organismos

unicelulares que tiene su información genética suelta por el citoplasma, pero dentro de la pared celular, otra diferenciación relevante para nuestra investigación es que las eucariotas tienen cromosomas múltiples, mientras que la procariota tiene un cromosoma único y circular.

La clasificación de los seres vivos inicialmente se hace por las características externas, y Alberts (2001) señala que como demostró Darwin, podemos interpretar estas similitudes familiares en términos de evolución a partir de ancestros comunes y encontrar los restos de muchos de estos ancestros preservados en el registro fósil. De esta manera ha sido posible empezar a dibujar el árbol genealógico de los organismos que muestre las diversas líneas de descendencia así como los puntos de ramificación en la historia en los que los ancestros de un grupo de especies empiezan a ser diferentes a los de otro grupo. (pág. 1459)

A pesar de lo anterior cuando las diferencias son grandes la diferenciación por características morfológicas no alcanza, y se necesitó la ayuda de la microbiología para poder hacer una diferenciación química de cada uno de ellos, y es por esto que Alberts nuevamente señala que: ... *“el análisis del genoma ha proporcionado una vía sencilla, más directa y potente para determinar relaciones evolutivas. La secuencia completa del DNA de un organismo define su naturaleza con una precisión casi perfecta, completa y con un detalle exhaustivo. Además, esta especificación está en forma digital -una serie de letras- que puede ser introducida directamente en un ordenador y comparada con la información correspondiente a otro ser vivo. El DNA está sujeto a cambios aleatorios que se han acumulado durante largos periodos de tiempo..., por lo que el número de diferencias entre las secuencias de DNA de dos organismos proporciona una indicación directa, objetiva y cuantitativa de la distancia evolutiva entre ellos.”* (Alberts, 2010, pág. 14)

Este estudio químico de cada uno de los organismos fue lo que permitió a los científicos llegar a la parte más pequeña de cada ser para poder realizar el análisis químico. Siendo la célula la porción más pequeña de análisis y también se determinó como principio que toda célula provino de otra célula anterior, y a su misma vez todas células tuvieron una célula madre en común de la cual a través de mutaciones se fueron produciendo los diferentes organismos vivos.

Esta aproximación ha demostrado que los organismos que tradicionalmente hemos clasificado juntos como “bacterias” pueden tener un origen evolutivo tan diferente como lo

tiene un procariota y un eucariota. En la actualidad parece que los procariotas incluyen dos grupos diferentes de seres que divergieron al inicio de la historia de la vida sobre la tierra, incluso antes o al mismo tiempo que los ancestros de los eucariotas formasen un grupo independiente. Los dos grupos de procariotas se denominan bacterias (o eubacterias) y arqueas (o arqueobacterias). Por lo tanto, el mundo vivo tiene tres grandes divisiones o dominios: las bacterias, las arqueobacterias y los eucariotas (Alberts, 2010, pág. 16)

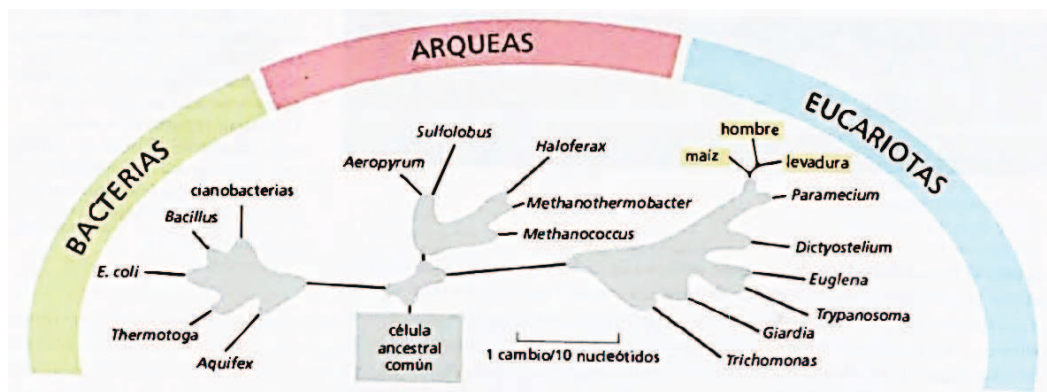


Ilustración 2 – Las células

Fuente: Alberts 2010, p. 16

División celular o reproducción celular

La división celular o reproducción puede producirse de varias formas, pero simplificando el fenómeno la célula se divide y forma células hijas, y es por esta división celular que se produce el nacimiento, subsistencia y crecimiento de los seres vivos. En los organismos pluricelulares normalmente se produce por una reproducción sexual y en los unicelulares se produce por reproducción asexual.

Los seres vivos pluricelulares en general se reproducen por célula sexuales denominadas gametos, pero reemplazan sus tejidos para mantener sus funciones fisiológicas mediante la reproducción celular que no es sexual, la falta de reemplazo de estos tejidos produce el envejecimiento y finalmente la muerte.

En estos procesos de división celular y reproducción celular la información genética del individuo siempre está presente en el interior del núcleo de la célula, en los cromosomas.

En todos los organismos la información genética se encuentra en el ADN ácido nucleico, siendo los genes las partes más pequeñas del ADN, organizadas en cromosomas que son los medios por los cuales se transmiten los genes. *“El modo en el que los cromosomas se transmiten de una generación celular a la siguiente, y de los organismos a sus descendientes, tiene que ser extraordinariamente preciso... mantiene la continuidad genética entre células y organismos.”* (Klug, Cummings, & Sepnker, 2006, pág. 20)

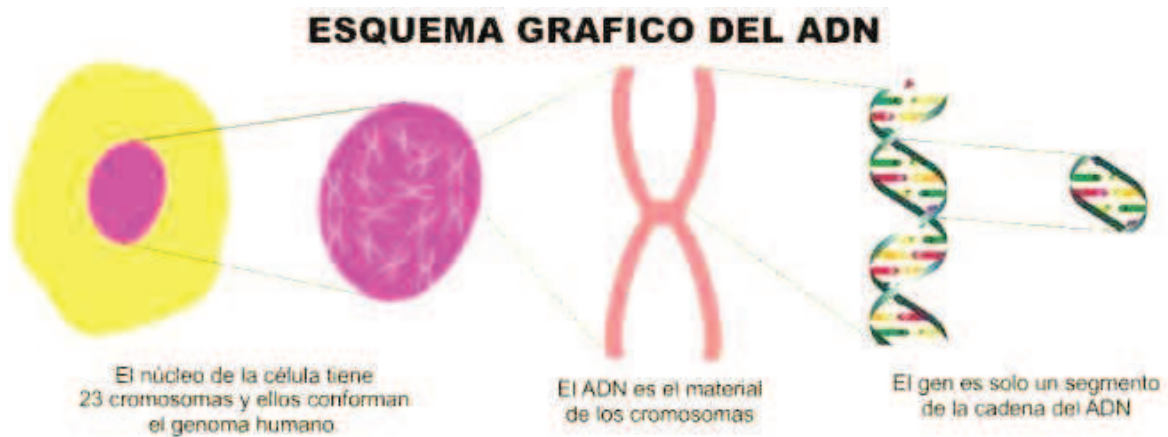


Ilustración 3 – núcleo, cromosoma, ADN y gen

Fuente: (Moscoso Pantoja, 2010)

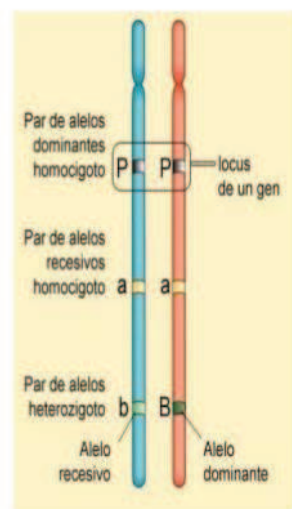
La división celular pudo ser originada o no sexualmente, y cada una estas divisiones, replications o reproducciones tiene una forma característica de realizarse y producir, nuevas células hijas idénticas a la madre o diferentes a ella, y es por esto que se hace necesario explicar la Meiosis y la Mitosis.

Klug, Cummings, & Sepnker, 2006 señalan que *“...En los eucariotas hay dos procesos muy importantes: la mitosis y la meiosis. Aunque el mecanismo de ambos procesos es similar en muchos aspectos, los resultados son totalmente diferentes. La mitosis conduce a la producción de dos células, cada una de ellas con un número de cromosomas idéntico al de la célula paterna. Por el contrario, la meiosis reduce la cantidad de material genético y el número decromosomas exactamente a la mitad. Esta reducción es esencial a fin de que se dé la*

reproducción sexual sin duplicar la cantidad de material genético en cada generación. Concretamente, la mitosis es aquel periodo del ciclo celular durante el cual los cromosomas duplicados se reparten de manera precisa e igual en las células hijas. La meiosis es parte de un tipo especial de división celular que da lugar a la producción de células sexuales: los gametos o las esporas. Este proceso es un paso esencial en la transmisión de la información genética de un organismo a sus descendientes.”(pág. 20)

También hay que recordar que el lugar que ocupa un gen en el cromosoma se denomina “Locus” y esta ubicación es muy relevante al momento de la individuación y comparación.

Los alelos, son formas específicas de funciones del gen que ocupan una posición específica dentro del cromosoma pero no llevan la misma información, el gen de color de ojos está ubicado en la misma posición de ambos cromosomas pero la carga de información es distinta.



Alelos

Posibilidades de expresión de un gen, que puede ser dominante al enmascarar a otro, o ser recesivo

Locus

Ubicación definida de un alelo, dentro de un cromosoma.

Ilustración 4 – Gen, alelo y locus

Fuente: (Castro Serrano, 2016)

Las células haploides y diploides

Una célula puede ser haploide cuando cuenta con una carga de 23 cromosomas y se la representa con la letra “n”, generalmente encontrada en los organismos unicelulares, y diploide cuando cuenta con exactamente el doble de cromosomas, cuando son 46 cromosomas y se la

representa con la letra y número “2n”, las células sexuales o gametos (óvulo y espermatozoide) son de tipo n y la gran mayoría de las células del cuerpo humano son diploides, exceptuando las células sexuales.

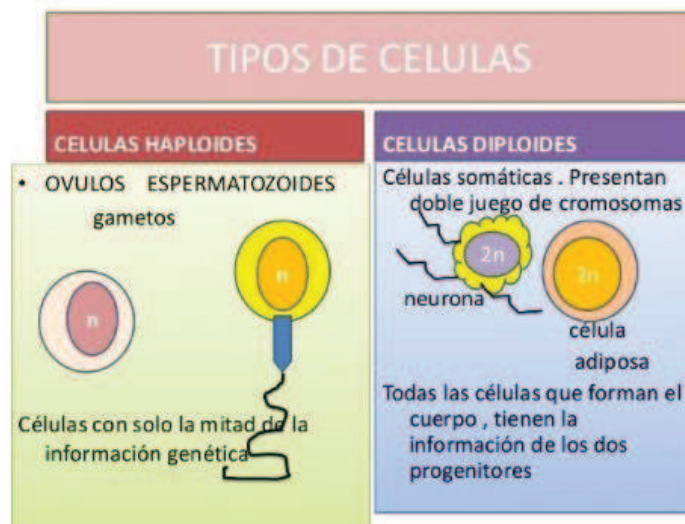


Ilustración 5 – Células haploides y diploides

Fuente: (ORG, 2020)

La mitosis

En la mitosis se reproducen las células formando células hijas, la característica principal es que se producen con el mismo número de cromosomas de la célula madre, es la típica forma de aumentar las células de los tejidos sin cambiar las características de las células y siendo ésta también la forma de reproducción asexual de los organismos unicelulares. La principal característica que hace relevante a la investigación es que la nueva célula es idéntica a la madre que la originó.

Klug señala que, en la especie humana, las células epidérmicas se están desprendiendo y reemplazando continuamente. En los vertebrados, la división celular da lugar también a una producción continua de reticulocitos, que eliminarán finalmente sus núcleos y formarán nuevos glóbulos rojos. En la división nuclear, o cariocinesis, el material genético se reparte entre las células hijas. Este proceso es muy complejo y requiere de gran precisión. En primer lugar, los cromosomas deben duplicarse de manera precisa y luego repartirse exactamente. El resultado

final es la producción de dos núcleos hijos, cada uno con una composición cromosómica idéntica a la de la célula madre. (Klug, Cummings, & Sepncer, 2006, pág. 25)

Realizada la separación de los núcleos le sigue la separación del citoplasma, también llamada citocinesis, que mediante un achicamiento o estrangulamiento de la pared celular se separa en dos partes la membrana quedando con un núcleo cada uno, citoplasma propio y una membrana celular propia de cada célula.

“La división del citoplasma, menos compleja, requiere un mecanismo que dé lugar a un reparto del mismo en dos partes, seguido del confinamiento de las dos nuevas células dentro de una membrana plasmática diferente. Los orgánulos citoplásmicos, o bien se auto duplican a partir de las estructuras membranosas existentes, o se sintetizan de nuevo en cada célula. La proliferación posterior de estas estructuras es un mecanismo razonable y adecuado para la reconstitución del citoplasma de las células hijas... Después de la división celular, el tamaño inicial de las nuevas células hijas es aproximadamente la mitad del tamaño de la célula madre. Sin embargo, el núcleo de cada una de las nuevas células no es apreciablemente menor que el núcleo de la célula de donde provienen. La medida cuantitativa del DNA confirma que hay una cantidad equivalente de material genético en los núcleos hijos respecto del núcleo materno.” (Klug, Cummings, & Sepncer, 2006, pág. 25)

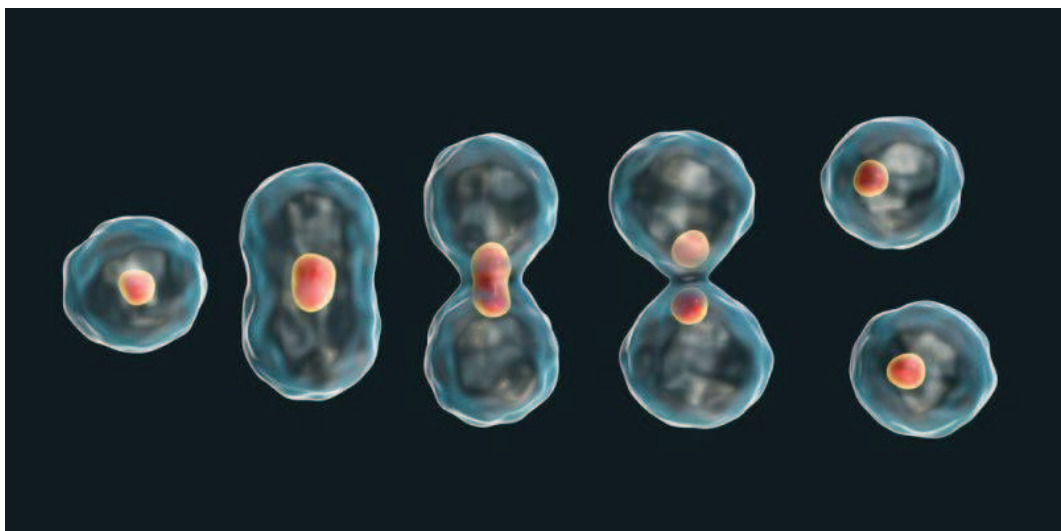


Ilustración 6 – Mitosis

En la ilustración anterior vemos los diferentes pasos de la división celular por mitosis, de lo cual se puede divisar los siguientes pasos:

- a) Profase: si bien no es una fase en sí, sino es la primera etapa de preparación para las fases, y se da cuando el material genético se condensa desplazando los cromosomas a polos opuestos dentro de la célula,
- b) Prometafase: cuando se disuelve la pared del núcleo de la célula y quedan libres los cromosomas
- c) Metafase: centrómeros de los cromosomas aglutinan en el centro de la célula,
- d) Anafase: Los cromosomas acomodan a los microtúbulos y se distribuye la información genética.
- e) Telofase: Se forman las nuevas membranas nucleares de cada una de las células hijas y se comienza a estrangular la mitad del citoplasma (invaginar).
- f) Citocinesis: Cuando finalmente se separan en dos células con membranas, citoplasma y núcleos independientes, a pesar de ser idénticas.
- g)

La meiosis

La meiosis implica el aporte cromosómico de gametos, células masculinas y femeninas, es una división celular para la formación de células sexuales o gametos. En la hembra se los denomina óvulos o huevos y en los machos espermatozoides, la unión de ambos se denomina fecundación que formará un huevo o cigoto. La característica principal de los gametos es que no tienen el número diploide de cromosomas por lo tanto tienen que formarse por otro tipo de división celular llamada meiosis. En la meiosis hay dos etapas.

Meiosis I:

- a) Profase I (entrecruzamiento de cromosomas homólogos)
- b) Metafase I
- c) Anafase I (no hay separación de cromátidas)
- d) Telofase I

Meiosis II

- a) Profase II
- b) Metafase II
- c) Anafase II (separación de cromátidas hacia polos opuestos)
- d) Telofase II

El mismo autor señala que, en la meiosis, a diferencia de la mitosis, reduce a la mitad la cantidad de material genético. Mientras que en organismos diploides la mitosis da lugar a células hijas con una dotación diploide completa, en la meiosis se producen gametos o esporas con sólo una dotación haploide de cromosomas.

En la reproducción sexual se combinan los gametos uniéndose para crear una dotación diploide, tal como se encuentra en las células paternas. La meiosis es muy especial ya que, los gametos haploides tienen el aporte genético de cada una de las parejas de cromosomas homólogos. Con lo cual al terminar la meiosis se asegura la continuidad de la carga genética para la siguiente generación y a su misma vez se asegura la variación genética que da la identidad específica y única de cada individuo.

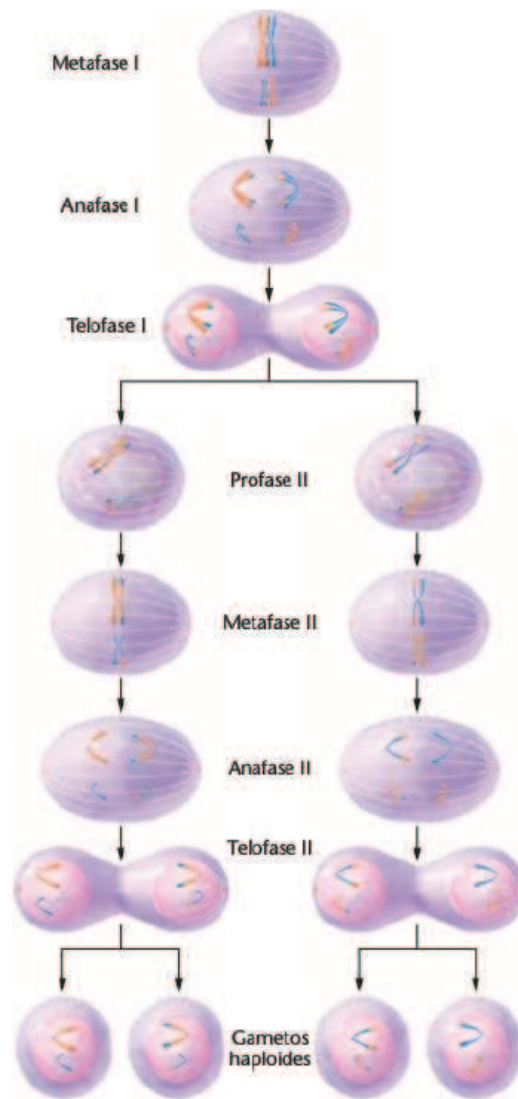


Ilustración 7 – Meiosis

Fuente: (Klug, Cummings, & Sepnker, 2006) p.33

La importancia de la meiosis está dada en que cada una de las células hijas en la primer meiosis (Meiosis I) tiene exactamente la mitad del genoma de la célula madre, y en la meiosis II, estas se dividen creando nuevos elementos celulares como óvulos y espermatozoides, asegurando la reproducción sexual y asegurando la variabilidad e unicidad genética en el proceso de recombinación genético por el cual en razón a la dominancia o recesividad de cada gen permite conservar características de sus ancestros, pero da un nuevo y único perfil genético de individuo, y es por esto que la meiosis produce ejemplares verdaderamente diferentes a sus

padres, pero con características similares de ambos, y he aquí la razón de la posibilidad de fundamentar en el examen de ADN, no solo la identidad del autor, sino la de los descendientes o ascendientes del sujeto en cuestión.

CAPITULO II – MARCO TEÓRICO

El ADN y su aplicación forense

Las técnicas desarrolladas actualmente sobre el ADN se han vuelto fundamentales en la investigación criminalística, y muchas de las investigaciones criminales han logrado alcanzar su objetivo porque la evidencia es biológica, y por lo tanto hay dos aspectos claros a seguir, el primero el principio de intercambio de Locard, por el cual siempre se produce el intercambio biológico entre el autor, el ambiente y la víctima, y en segundo lugar estamos ante procedimientos científicos que abalan el resultado de identificación por la rigurosidad del mismo. Para poder comprender la importancia de estas técnicas científicas, de criminalística forense, hay que comprender las mismas son las que hacen a la prueba misma, y al fundamento de las partes y al soporte de la argumentación en la decisión del juzgador.

La genética forense

Comenzaremos por definir la Genética forense, aquella que se ocupa de la prueba de ADN como una especialidad de la genética, que incluye el conjunto de conocimientos necesarios para resolver ciertos problemas jurídicos. Según Casabona (2018) la Genética forense remonta sus orígenes al descubrimiento del grupo sanguíneo ABO y la demostración de su herencia realizado por Kard Landsteriner en el año 1900. A partir de este momento, poco a poco se fueron añadiendo hallazgos sobre antígenos eritocitarios polimórficos, esto es, con una proporción significativa de variantes alélicas en la población, y que se heredan de forma mendeliana simple como el Rh, MNSs o Duffy. Aparecieron polimorfismos proteicos y enzimáticos de eritrocitos y leucocitos analizados por técnicas electroforéticas y finalmente los HLA (antígenos del sistema mayor de histocompatibilidad que consistía en el estudio específico de antígenos de la superficie de las células de defensa o inmunoglobulinas); sin embargo, tanto éstos como los anteriores marcadores genéticos, presentaban grandes limitaciones cuando se trataba de analizar muestras degradadas o en una cantidad minúscula. Esta limitación se mantuvo en el tiempo hasta el descubrimiento del ADN, el material genético que conforma el

código para determinar las características de los individuos. (Casabona Romeo, Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, 2018)

La importancia de las características del ADN

El ADN también llamado ácido desoxirribonucleico es una clase de ácido nucleico o macromolécula que está presente en el núcleo de todas las células del cuerpo humano, que tiene por función transmitir la información o código genético de la persona. Se encuentra distribuido en diversos fragmentos o cromosomas en el núcleo de cada célula (veintitrés pares en el ser humano). Presenta como característica su identidad sea cual fuere el lugar del cuerpo del que proceda, lo cual es la principal propiedad o característica fundamental para la ciencia forense ya que permite individualizar al sujeto e identificarlo, ya que no existen dos personas con el mismo ADN, y es precisamente esta peculiaridad la que determina y diferencia las características de cada individuo en singular, salvo en el caso gemelos univitelinos, lo cual significa la existencia de un ovocito fecundado que en algún momento de la división celular se ha separa en dos.

Para comprender el tema es necesario definir los siguientes términos:

- a) Loci y Alelos. Los Loci son los fragmentos de ADN variable, siendo los *alelos* las diferentes variantes posibles. Así, los rasgos de cada individuo los marcan los genes que pueden ser idénticos o diferentes, mientras que los genes de un rasgo determinado presentan formas diferentes denominadas alelos.
- b) Genoma humano. Conjunto de características que individualizan y diferencian al ser humano de otras especies, Nussbaum lo define como “La secuencia completa de DNA, que contiene toda la información genética de un gameto, un individuo, una población o una especie” (Nussbaum, 2008, pág. 534)
- c) Fenotipo. Es la apariencia característica del rasgo, mientras que a la composición alélica que produce el rasgo se llama genotipo.
- d) Genotipo. Serie de peculiaridades genéticas que individualizan y diferencian a un ser humano en concreto de los demás, es decir: el ADN de cada ser humano. “1. Constitución genética de un individuo, que puede distinguirse a partir del fenotipo. 2. Más específicamente, los alelos presentes en un locus.” (Nussbaum, 2008, pág. 535)

Los análisis de la cadena de ADN a efectos de identificación se circunscriben al estudio de los marcadores del ADN polimórfico o variable.

Si bien existe el ADN codificante que es prácticamente idéntico en todos los seres humanos, existen también zonas de ADN no codificante, que son muy variables (ADN polimórfico), y son éstos los no codificantes los que habitualmente se analizan por parte de los forenses para proceder a la identificación.

Hay dos tipos de ADN que se han identificado y diferenciado en el genoma humano:

- a) ADN codificante. Fragmentos de ácido nucleico que determinan, por el orden de sus nucleótidos, a los diferentes genes que definirán las características de las personas, a través de la síntesis proteica, determinando la secuencia de los aminoácidos de las proteínas que codifican y el grado de expresión del gen en cada tejido y en cada tiempo, si bien en este ADN está formado por secuencias altamente conservadora con muy pocas variaciones interindividuales e intergeneracionales
- b) ADN no codificante. Se caracteriza por la gran variabilidad de un individuo a otro, y no supone nada en términos de producción de proteínas. Dicha variabilidad hace este tipo de ADN excepcionalmente interesante a la hora de la identificación forense y lo convierte en el objetivo de la biología forense). Gran parte del ADN no codificante está formado por secuencias repetidas de nucleótidos (adenina (A), timina (T), guanina (G) y citosina (C)). Las repeticiones en tándem de una secuencia sencilla se denominan ADN satélites que cuando son de longitud corta (Short Tandem Repeat o STR) se conocen como “micro satélites”. Así se han llegado a definir regiones cromosómicas o loci con un número variable de repeticiones en tándem (variable number of tándem repeats). (Casabona Romeo, Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad, 2002)

En lo referente a la estructura del ADN, se conforma como una unión de dos hebras curvas, muy similares a las cadenas, que están unidas por enlaces químicos de hidrógeno. Cada hebra de ADN contiene un gran número de unidades llamadas nucleótidos. Cada uno de estos nucleótidos está a su misma vez compuesto por un fosfato, un azúcar y una de las siguientes bases nitrogenadas: adenina (A), timina (T), guanina (G) y citosina (C); siendo la base la relevante a la hora de determinar la acción de un alelo. Así, las posiciones de las bases en las

dos cadenas de ADN permanecen fijas, de tal manera que una A siempre está junto a una T en la otra cadena y, de igual forma, una G siempre estará unida a una C, formando así los llamados pares complementarios. La unión de una base con su complemento se logra a través de enlaces débiles de hidrógeno.

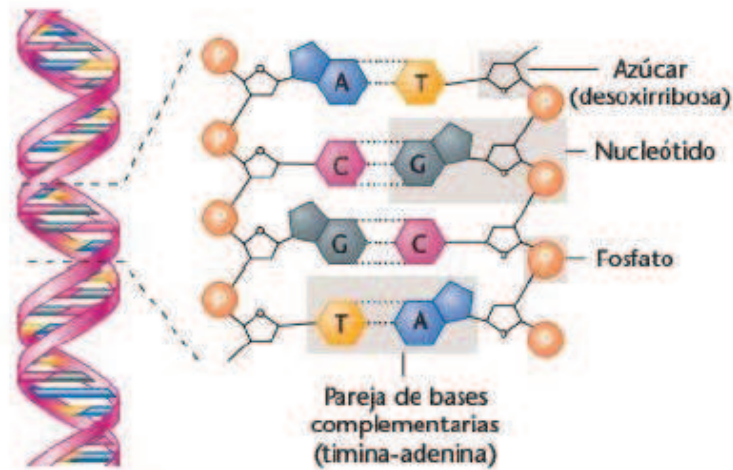


Ilustración 8 – Estructura del ADN y componentes químicos de la cadena

Fuente: (Klug, Cummings, & Sepncer, 2006) p.6

El conocimiento de la estructura del ADN permitió a la ciencia el análisis de las diferencias entre alelos, posibilitando el reconocimiento de lo que en un principio tomando como base al fenotipo, pudieran parecer alelos idénticos y que resultan diferentes con base en el genotipo. La primera técnica de análisis de ADN fue la desarrollada por Alec. J. Jeffreys y sus colegas de la universidad de Leicester denominada de “southern-blotting e hibridación”, consistente en el análisis de fragmentos de restricción de longitud polimórfica (Goodwin, Linacre, & Had, 2010, pág. 1).

Una vez extraído el ADN, señala Levine (2010) se procede a cortar la cadena en fragmentos más cortos mediante el empleo de enzimas de restricción, resultando trozos de diferente longitud, actuando la enzima cada vez que se encuentra con una determinada secuencia de pares de bases. A continuación, se someten los fragmentos de ADN obtenidos a un proceso de electroforesis, es decir, se aplica una diferencia de potencial mediante una corriente eléctrica de modo que los fragmentos de ADN de carga negativa son atraídos hacia el

polo positivo. Los fragmentos de menor peso molecular se desplazan sobre el gel de agarosa o acrilamida con mayor rapidez que los fragmentos de mayor tamaño. Al resultar inestable e incómodo trabajar sobre la solución de gel, se procede a continuación a transferir los fragmentos de ADN a una lámina de nitrocelulosa mediante la técnica de southern-blotting. Una vez concluido el proceso (de 12 a 24 horas), se fija definitivamente el ADN a una membrana de nitrocelulosa mediante calor o con la ayuda de rayos ultravioleta. Por último, se procede a la hibridación, es decir, poner el material resultante en contacto con sondas específicas que permiten destacar o marcar las secuencias que interesan. El resultado es un patrón de bandas similar al código de barras que acompaña a numerosos productos y que JEFFREYS y su equipo denominó literalmente DNA fingerprint. Esta técnica de análisis de ADN presenta la ventaja de que debido al gran polimorfismo de los alelos resulta extremadamente individualizador, disminuyendo las probabilidades de coincidencia cuantos más loci se analicen (Garzón Flores, 2018, pág. 18)

El empleo de esta técnica fue escaso en origen dado lo laborioso del proceso, y no fue hasta el desarrollo del procedimiento para la multiplicación de secciones particulares de ADN, o el procedimiento de reacción en cadena de la polimerasa (PCR) cuando se extendió su uso. Mediante la utilización del PCR se pueden producir más de mil millones de copias de una sección específica de ADN a partir del ADN de unas 150 células. Ejemplificándolo, una gota de sangre del tamaño de un punto ortográfico contiene suficiente ADN para la técnica del PCR. El proceso de PCR se descompone en varios ciclos (Levine, 2010, pág. 16). El primer ciclo incluye tres cambios de temperatura a los que sigue una reacción química determinada. Cada paso del proceso dura un minuto y puede realizarse un ciclo entero en menos de cinco minutos. En este primer ciclo el cambio en la temperatura inicial consiste en aumentar la temperatura del ADN hasta 94°C. Esto hace que los débiles lazos de hidrogeno que mantienen unidas las cadenas de ADN se rompan y las cadenas se separen. La temperatura desciende velozmente hasta llegar a los 60°C-62°C. A esta temperatura, relativamente baja, las cadenas de ADN separadas no pueden volver a formar su estructura de doble hélice. Mientras tanto, otras piezas de ADN especialmente preparadas, los primers o secuencias iniciadoras, que se complementan con secuencias específicas de cadenas de ADN, tienen la oportunidad de unirse a las cadenas

de ADN que quedaron libres tras la separación (fase de emparejamiento o annealing). (Levine, 2010, pág. 16)

Una vez que los cebadores están ubicados, se aumenta la temperatura a unos 70°C al objeto de que la polimerasa actúe sintetizando una nueva cadena de ADN idéntica a la que existía añadiendo para ello los nucleótidos necesarios (fase de “extensión”). Este ciclo puede repetirse las veces que sea necesario obteniendo después de cada nuevo ciclo un duplo de copias de fragmentos de ADN. Habitualmente, se repite hasta obtener un total de 32 ciclos, los necesarios para obtener mil millones de copias de la “región de interés” (zonas específicas no codificantes y polimórficas, utilizadas en el proceso de identificación genética) Lo anterior ocurre de manera simultánea con ambos miembros de cada par de cromosomas homólogos. El proceso de PCR define su efectividad en la manera en que se establece la sección de ADN a ser multiplicada. (Alberts, 2010, pág. 544)

Garzón Flores señala que los elementos denominados controladores son aquellas “secuencias iniciadoras”. Cada primer consiste en una cadena corta, de entre 18 y 30 nucleótidos, que se adhieren a regiones equivalentes (complementarias) en una de las cadenas de ADN en cualquiera de los extremos de la sección al ser copiada. Al ser construidos los primers en secuencias apropiadas permite elegir cualquier sección de ADN que se pretenda reproducir. Los laboratorios del FBI eligen tipos de secciones que se conoce con el nombre de repeticiones concatenadas cortas (STR), que consiste en juegos de cuatro nucleótidos que se localizan unos junto a otros. Las STR no determinan rasgos de un individuo, y no agregan absolutamente nada al fenotipo de la persona, siendo su utilidad únicamente en el genotipo de un individuo, si bien hasta la fecha no se conoce bien el alcance de esta función.

El mismo autor señala que cerca del 97% del genotipo de una persona no está involucrado en la definición de los rasgos, siendo la ausencia de una función específica conocida lo que hace que las STR sean codiciadas como pruebas de ADN; esto sucede porque las frecuencias de las STR en diferentes tipos de población no están sujetas a factores ambientales que trabajan a favor o en contra de la formación de rasgos de los alelos, lo que permite utilizar varios análisis estadísticos para determinar el grado de probabilidad de encontrar un genotipo STR, en particular, en una población humana dada sin tener que detenerse a considerar el factor

ambiental de la región. (Garzón Flores, 2018, pág. 25) Otro avance significativo en la tecnología de obtención de pruebas de ADN fue el desarrollo de los “juegos de análisis de ADN”, que consisten en que se pueden amplificar varias regiones de ADN simultáneamente, lo que requiere más de un juego de primers para la mezcla de reacción. La amplificación simultánea de dos o más regiones de ADN se llama multiplexión o multiplex PCR. En 1997, el FBI eligió 13STR para conformar el núcleo de la base de datos nacional de los EE.UU., conocida como CODIS, sistema combinado de índice de ADN. (Arizona, 2000)

El paso final en el análisis de las pruebas de ADN de este tipo es establecer de los tamaños de la diferentes STR, proceso realizado por una maquina denominada “analizador genético” (en terminología forense se le conoce como secuenciador), que emplea un procedimiento conocido como “electroforesis capilar”.

En este procedimiento las STR amplificadas en una solución son puestas en un tubo capilar (tubo de cristal relativamente largo y angosto que permite la capilaridad) con una solución especial que permite la separación en diferentes tamaños de las STR, moviéndose más rápidamente las partículas más pequeñas que las de mayor tamaño en base a la diferencia de potencial que se aplica entre los dos extremos del capilar.

Una vez completada la separación de las partículas, la mezcla pasa a través de un haz de rayo láser originando una iluminación de los dos primers que contienen flourocromos ubicados a ambos lados de cada STR, permitiendo medir los tamaños de las diferentes STR, pudiendo imprimirse los resultados en una hoja de datos en una serie de picos llamados electroforegramas. (Garzón Flores, 2018, pág. 20)

La principal ventaja de esta técnica está dada en la posibilidad de trabajar en indicios muy pequeños, posibilitando además la conservación del material de estudio para una posible realización de contra pericias.

También hay que comprender que por ser un estudio específico sobre una ínfima cantidad de material y los fragmentos amplificados son de una gran estabilidad y resistencia a la degradación, hace que sea de gran interés para la práctica forense sobre todo cuando los indicios son antiguos o fueron sometidos a condiciones de conservación no apropiadas.

Prueba pericial de ADN

La prueba pericial de ADN, independientemente de la técnica utilizada, en el proceso penal, consiste en la comparación de la composición de ADN de una muestra dubitada -aquella que en principio no se sabe a qué sujeto pertenece-, y otra indubitada -obtenida de la persona sospechosa, o de un banco de datos-, con el fin de comprobar la coincidencia de los marcadores genéticos de ambas, pudiendo servir caso positivo de evidencia acerca de una determinada autoría en el subsiguiente proceso penal, siendo un medio idóneo para determinar la pertenencia de vestigios biológicos a un concreto individuo con un alto grado de fiabilidad (Soletto Muñoz & Alcoceba, 2014, pág. 21). En todo caso, lo que va a probar esta pericia es la presencia del ADN del sospechoso o imputado en el lugar de los hechos, no su autoría o participación en ellos, que deberá ser acreditada mediante otros elementos probatorios. Por sí sola, la prueba de ADN es insuficiente para fundar una condena. A esta definición habría de añadirle la utilización de la citada prueba para el reconocimiento de cadáveres.

Es por esta razón que la técnica de ADN como medio probatorio ha alcanzado una relevante importancia en la investigación criminal al momento de determinar la autoría mediante la identificación de determinados restos biológicos hallados en la escena del crimen.

El ADN como medio probatorio el cual debe ser valorado en última instancia por el órgano jurisdiccional y debe necesariamente atender o guardar los debidos recaudos en derechos y garantías procesales que asisten a los imputados, como así también a las víctimas.

En primer lugar en la escena del crimen, tras adoptar las cautelas inherentes a este tipo de diligencias (aproximación, localización e identificación, y aseguramiento de las evidencias), comienza la recogida de la muestra dubitada con la observancia de las garantías necesarias atendiendo a la no contaminación y a la cadena de custodia de las evidencias respecto de sangre, saliva, esperma, restos celulares por descamación, pelo, uña, músculo, cartílago, médula y pulpa; vestigios que pueden encontrarse en cualquier lugar de la escena del crimen, asegurando la perfecta identificación y provisión al laboratorio para su posterior análisis.

En el laboratorio, se procede a la identificación por ADN. La cual no es posible estudiando sólo un vestigio biológico recogido en la escena del delito, sino también es necesario contar con una muestra indubitada de referencia tomada a un individuo identificado con la que poder efectuar la comparación. Tras el cotejo de los perfiles obtenidos en ambos tipos de muestras se procede a la identificación positiva en caso de coincidencia o negativa en caso de no coincidencia entre los perfiles de ambas muestras. Las bases de datos de ADN permiten estas comparaciones de forma rápida y masiva, tanto de muestras dubitadas entre sí -con el fin de conocer si está involucrada la misma persona en diferentes hechos delictivos-, como entre muestras dubitadas e indubitadas para conocer o descartar la identidad del donante del vestigio encontrado en la escena.

Finalmente al realizar el dictamen pericial, por escrito, aporta la verdadera importancia de este medio de prueba radica en el efecto identificador de una muestra sin entrar a valorar otras consideraciones y, aunque su valor no es absoluto, permitirá determinar la pertenencia de la muestra a un sujeto con un grado de probabilidad muy alto y, por ende, concretar el grado de participación de aquél en los hechos investigados mediante el establecimiento de la correspondencia de ADN del presunto sospechoso contra quién dirigir la acción penal.

Bancos de material biológico humano

Paralelo al desarrollo científico, resulta cada vez más habitual la tendencia a la obtención y conservación de muestras biológicas de procedencia humana, dado que se trata de un singular repositorio de información sobre las características genéticas del individuo. Esta conservación lo es con fines muy heterogéneos: investigación biomédica (para determinar evoluciones genéticas poblacionales, o problemas relacionados con la salud y sus soluciones); búsqueda de desaparecidos en catástrofes o contiendas bélicas; y, cómo no, la investigación policial en aras al esclarecimiento de los hechos delictivos y la identificación del delincuente. En este ámbito y con los fines descritos, en la práctica la mayoría de los países han generado sus bases de datos con identificadores de ADN obtenidos en escenas del crimen, en relación con la comisión de determinados delitos, etc., siendo el Reino Unido el país pionero en el año 1995; vocación de

internacionalización -, a raíz de la de las bases de datos de ADN-, que se ha extendido, en el entorno europeo, al resto de bases de datos policiales y judiciales.

La UE aprobó el tratado Prüm, que se incorporó al ordenamiento jurídico de la UE a través de la Decisión 2008/615/JAI, de 23 de junio de 2008, sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de la lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, denominada decisión Prüm, desarrollada, a su vez, por la decisión 2008/616/JAI. Con el fin de contar con un nivel de protección de datos elevado y simultáneamente armonizado entre los diferentes países, aprobó, igualmente, la Decisión marco 2008/977/JAI de 27 de noviembre para regular el intercambio de perfiles entre los Estados miembros (Garzón Flores, 2018, pág. 34)

La Cámara Gesell y su aplicación forense

La cámara gesell fue creada por el psicólogo y médico pediatra Arnold Gesell estadounidense que se especializó en las conductas infantiles y a fin de poder realizar la observación de las conductas sin influir en los menores creando así el domo Gesell, con espejos que no permitían ver desde adentro hacia afuera y agregando posteriormente cámaras.

Para el trabajo forense, en la actualidad la Cámara Gesell, es un ambiente especialmente acondicionado que permite la realización de entrevistas a las víctimas y testigos. Está conformada por un vidrio unidireccional o de visión unilateral que divide al ambiente en dos salas, las mismas que son denominadas como sala de observación y sala de entrevista. La sala de observación cuenta con un equipo de audio y video para la grabación de las entrevistas, un micrófono intercomunicador y mobiliario para las personas que observarán el acto a desarrollarse. La sala de entrevista por su parte, cuenta con un micrófono imperceptible, una cámara de filmación y mobiliario adecuado para las víctimas o testigos que participaran en el acto a desarrollarse. (Vizcarra Loaiza, Gutierrez Velazquez, & Tito Paniagua, 2012, pág. 30)

La Cámara Gesell físicamente es un ambiente neutro acondicionado con elementos de registro audiovisuales, que separa a la víctima de los observadores. Está compuesta por dos

salas, en la primera que es la de entrevista en la cual ocurren las conductas relevantes para el perito, el juez, el fiscal, los abogados querellantes y defensores, que por lo general observan a través de un vidrio espejado que no permite ver desde la sala de entrevista hacia la sala de observación. Generalmente se encuentra dentro de la sala de entrevistas el menor y una psicóloga forense, la cual, mediante su experiencia y la dirección del Ministerio Público, entrevista al menor en busca de respuestas relevantes, tanto conductuales como relatadas por el mismo.

La cámara gesell asegura que el menor no sea perturbado por la presencia de los observadores, ni que intervengan de alguna manera en forma directa con la víctima, Inicialmente se le entrega al perito una serie de preguntas orientadas para que responda el menor por parte del Ministerio Público, la defensa y la querrela en su caso. La psicóloga entra en confianza con el menor mediante juegos, o captando el interés de menor con la charla, rompiendo esa barrera inicial y logrando el acercamiento. Formula de acuerdo a la situación y a su experiencia las preguntas entregadas, en total libertad hasta pudiendo decidir cuál es el orden, y pudiendo reformularlas.

Presta atención al menor no solo en el contenido de sus respuestas, sino el cambio o no de conducta del mismo a tocar el tema, como así mismo el lenguaje corporal del mismo, Finalmente deja al menor solo mientras consulta si hay algunas preguntas más en relación a lo que se fue manifestando, y finalmente remite un informe al juzgado o al Ministerio Público con sus conclusiones.



Ilustración 9 – Sala de observación de Cámara Gesell del Palacio de Justicia de Asunción
Fuente: (C.S.J., 2017)



Ilustración 10 – Sala de entrevista de Cámara Gesell del Palacio de Justicia de Asunción
Fuente: (C.S.J., 2017)

Principios rectores en la praxis de la Cámara Gesell

- a) Respeto a los Derechos Humanos. Los niños y niñas en la república del Paraguay gozan plenamente de los derechos a ser protegidos en su vida, supervivencia, integridad física, salud, y desarrollo integral y así mismo toda Víctima menor de edad

y/o testigo, es reconocido como un sujeto de derechos, por lo que se le debe brindar una atención con calidad y calidez, respetando y haciendo respetar sus derechos. El informe de monitoreo de país, señala que ...” *conforme surge del Art. 8 del Protocolo se debe velar por el interés de los NNA, reconociendo las necesidades especiales de los NNA víctimas adaptando el procedimiento a tal fin*” (Luna Nueva, 2014, pág. 54)

- b) Interés superior del niño, niña y adolescente está estrechamente ligado al derecho a la prioridad a que se respete el ejercicio pleno de sus derechos, siendo que toda niña, niño y adolescente son sujetos de derechos y que, por su condición generacional, tiene derechos a que su interés sea de consideración primordial. El interés superior, supone que tanto el estado, como sus ciudadanos tiene la responsabilidad absoluta de asegurar que las niñas, niños y adolescentes, puedan ejercer en un ambiente de respeto y en plenitud sus derechos. Las niñas, niños y adolescentes gozarán de una protección y priorización en las actividades en las que se vean inmersos. Lo anterior se constata con lo que señala el informe citado ut supra, en el cual se expone “*Respecto a los procedimientos sensibles a NNA se observa en el Art. 36 inc. 1 de la Ley N° 4788 que cuando se trate de víctimas NNA de trata se deberá reconocer sus necesidades y derechos específicamente, recibir atención y cuidados especiales, más allá de las garantías que se brinda a toda víctima de trata de personas. Además, establece la presunción de minoría de edad, señalando que cuando se tengan dudas acerca de la minoría de edad de la víctima se lo tendrá como NNA140. Asimismo, el Art. 36 inc. 6 establece que las entrevistas y los actos realizados en la investigación con NNA víctimas de trata serán siempre llevados a cabo por profesionales especializados, en un ambiente adecuado y con la presencia de alguna persona de apoyo.*” (Luna Nueva, 2014, pág. 54)
- c) Respeto a la Dignidad. Toda persona es única e irrepetible, es íntegra y debe ser respetada y protegida en su dignidad individual que implica también su intimidad, más allá de su personalidad y sus necesidades particulares, intereses.

- d) El derecho a la confidencialidad abarca muchos aspectos desde su intimidad y su identidad reservada ante los medios de prensa, que debe ser protegida como víctimas o testigos en todo proceso, y más siendo menores.
- e) No discriminación. Si bien se abordaran los derechos del niño, niña y adolescente a profundidad en el marco legal de la presente investigación, la Constitución Nacional de 1992 protege a los menores de todo tipo de discriminación, sea por el sexo, raza, edad, origen, cultura, nacionalidad, idioma, credo e ideología política o filosófica, condición social o económica etc.... y más aún si las víctimas y/o testigos, son menores de edad.
- f) No revictimización. Las víctimas y/o testigos, no deben ser sometidos a procedimientos legales que son innecesarios y que puedan generarle una revictimización al recordar lo sufrido, hay que entender que si el menor ya superó la situación el proceso mismo puede causarle una revictimización y es por esto que es necesario un dictamen psicológico primario que determine este riesgo.
- g) El derecho a la información, si bien es un menor y es incapaz toda víctima y/o testigo, debe ser informado de forma clara de acuerdo a su edad, idioma o de sus capacidades sobre lo que le está sucediendo y por lo general se debe utilizar un formulario de consentimiento informado a fin de hacer prevalecer este derecho.
- h) Respeto a su opinión, siendo necesario que toda acción que se vaya a realizar en relación a la Cámara Gesell, sea conocida por la víctima y/o testigo dándole la posibilidad de expresar su opinión.
- i) Evitar el contacto con su supuesto agresor. El personal del Ministerio Público, debe cuidar de la víctima y/o testigo y más aún cuando éste sea una niña, niño o adolescente, a fin de que no tengan contacto directo o indirecto con el supuesto agresor, y es por esto que se hace necesaria la utilización de la cámara gesell.

La Función de la Cámara Gesell

La cámara Gesell tiene por objeto evitar la revictimización, por sobre todo protegiendo al niño, niña o adolescente, la cual es realizada por única vez mediante la entrevista o relato de los hechos la cual es guiada por la entrevistadora en este caso un profesional psicólogo. La misma es grabada y se realiza dentro de las formalidades del anticipo jurisdiccional de prueba. Ya que el menor no declarará durante el proceso para evitar la revictimización.

La Guía de uso de la Cámara Gesell de La fiscalía General de La República de Bolivia señala que, porque se tiene como premisa la no revictimización de la víctima y/o testigo, de manera especial si es niño, niña o adolescente, el que brindará su testimonio mediante una entrevista y, ese relato al ser grabado, es recogido por única vez y en base a esta grabación se podrán realizar otros peritajes o llevarse a juicio oral como prueba. La infraestructura de los Tribunales de Justicia o de las fiscalías, no han sido concebidas con un enfoque de niñez, por lo que recorrer ambientes judiciales (oficinas, plataformas, despachos, salas) conlleva para los niños, niñas y adolescentes, transitar por ambientes fríos, tocos y que no generan empatía, por tanto la Cámara Gesell permite que tanto la víctima directa o indirecta o el testigo se encuentre en un ambiente diferente que otorgue confianza, seguridad, privacidad, intimidad y no genere ansiedad o tensión. La repetición de actuaciones investigativas y/o judiciales en niños, niñas y adolescentes generan una afectación emocional mayor a la de un adulto y más aún éstas repetitivas actuaciones pueden tergiversar el recuerdo mismo del niño, niña o adolescente, acerca de lo vivido. (Vizcarra Loaiza, Gutierrez Velazquez, & Tito Paniagua, 2012, págs. 32-33)

Durante el uso de la Cámara Gesell se debe evitar la repetición de audiencias, entrevistas y procesos que hagan necesaria la presencia de los niños, niñas y adolescentes, lo cual sustenta la necesidad de hacerlo como anticipo jurisdiccional de prueba, para que pueda ser agregado directamente al juicio y es por esto que es necesaria la presencia de la defensa, la querrela y las demás partes integrantes del proceso a fin de que impugnen la producción de la prueba y tengan la debida participación en la misma. Al tratarse de menores es necesaria que la prueba sea producida lo más pronto posible para que no se pierdan detalles o se fantasee dado el estado

evolutivo intelectual del menor, como así también para que pueda comenzar con la rapidez necesaria con el tratamiento que le permita superar lo vivido.

El manual mexicano para acompañar a niños a través de un proceso judicial señala que: *“Dada la complejidad de una declaración infantil, la misma pierde enorme riqueza y validez al sufrir una interpretación y transcripción. El niño por sus características cognitivas ignora y es incapaz de expresarse en consideración de lo que su escucha necesita saber para comprender un hecho. Narra un evento vivido de manera desordenada e interrumpida por divagaciones que sirven como mecanismos de defensa al momento de recordar y revivir situaciones angustiantes. Plasmadas en papel, y más aún cuando no son una transcripción leal del dicho del niño, se corre el riesgo de generar aparentes contradicciones que restan credibilidad al dicho del niño. Así mismo dado que los niños carecen de mecanismos efectivos para controlar a voluntad sus emociones, aunado a las limitantes naturales de su expresión verbal, el niño utiliza en mayor medida que los adultos la expresión no verbal. Gestos, manierismos o incluso el uso de materiales para expresar una situación se recuperan en un proceso oral.”* (S.S.P., 2006, pág. 9) Esto último viene a cerrar el alcance por el cual se entiende la urgencia que prima en la realización de este tipo de prueba, que siempre debe realizarse según nuestro ordenamiento jurídico como un anticipo jurisdiccional de prueba.

Actividades que pueden desarrollarse en la Cámara Gesell

La Cámara Gesell por su estructura, permite la realización de las siguientes acciones:

- a) Que se produzca el relato de los hechos y se nombre o indique a los autores bajo una entrevista psicológica informativa
- b) Anticipo de Prueba, a fin de que la prueba no se desvirtúe y no se produzca la revictimización.
- c) Pericia Psicológica, por la cual se podrá determinar la existencia de marcadores que señalen la existencia de traumas o patologías psicológicas por la existencia o no del hecho punible.

- d) Reconocimiento de Personas, por el cual se determina si fue tal o cual persona el autor.
- e) Audiencias de Juicio Oral, al ser grabado se puede presentar como prueba la entrevista que se realizó en la Cámara Gesell.

Criterios de prioridad para el uso de la Cámara Gesell

Regla General

Cuando la Cámara Gesell sea solicitada para diligencias de manera simultánea, y se necesite decidir sobre la prioridad, se tendrá en cuenta:

- a) Niñas, niños y adolescentes con discapacidad.
- b) Niñas, niños o adolescentes frente a personas adultas.
- c) Personas adultas.
- d) Mujer embarazada.
- e) Cuando sean víctimas adultas del mismo género, se priorizarán a la persona de mayor edad (Tercera edad) frente al adulto.
- f) Cuando sean dos personas adultas, se priorizará de acuerdo al género, primero la mujer y luego el hombre. (Vizcarra Loaiza, Gutierrez Velazquez, & Tito Paniagua, 2012, pág. 37)

En caso de diligencias simultánea

En relación a la distancia

- a) Extranjeros
- b) Población del área rural

- c) Resto de la población

En relación al hecho punible

Cuando la Cámara Gesell sea solicitada para dos diligencias de manera simultánea, tendrá prioridad:

- a) Trata y Tráfico de Personas.
- b) Delitos Sexuales.
- c) Violencia en razón de género.
- d) Homicidio y Femicidio.
- e) Delitos Violentos.
- f) Otros delitos.

La Cámara Gesell como medida de protección.

De acuerdo a los Usos de la Cámara Gesell, la guía de uso de la cámara gesell de la fiscalía general del Estado de Bolivia señala que la misma puede ser entendida como una medida de protección de acuerdo a las siguientes consideraciones:

- a) Precautelar la integridad de la víctima durante la entrevista.
- b) Garantiza la privacidad y el resguardo de la víctima durante la entrevista.
- c) Evita la duplicidad o variedad de entrevistas y/o declaraciones que debe emitir la víctima.
- d) Resguarda a la víctima de un posible contacto con el o los sospechosos. (Vizcarra Loaiza, Gutierrez Velazquez, & Tito Paniagua, 2012, pág. 34)

La Cámara gesell como medio de protección busca el no re victimizar ya que tal y como señala la guía del uso de la cámara gesell la Victimología ha influido en gran manera en el Derecho Penal moderno, sobre todo en cuanto a la sensibilización del sistema, viendo al ser humano desde una óptica más digna, por ser la víctima la que sufre un daño a consecuencia del delito. En cuanto a la clasificación de la victimización tenemos: Victimización primaria, que es la consecuencia que sufre la víctima directa e indirecta de un delito. Victimización secundaria, que es el daño que sufren las víctimas Guía de uso de la cámara gesell 16 directas o indirectas por las acciones u omisiones del procedimiento investigativo y del sistema judicial. Victimización terciaria, que es el resultado de la estigmatización y prejuicios sociales sobre las víctimas directas e indirectas. (Vizcarra Loaiza, Gutierrez Velazquez, & Tito Paniagua, 2012, págs. 15-16)

Imposibilidad de Cámara Gesell

Dada la necesidad y el principio rector del derecho de la niñez y adolescencia, que busca el interés superior del menor y su desarrollo integral se puede optar por otras variante pero que implican otros usos de tecnología, pero lo que siempre se debe respetar es la privacidad del menor y que no entre en contacto con su presunta víctima, como así también se debe evitar la revictimización y es por esto que Vizcarra Loaiza señala que en aquellos casos donde no se cuenta con una cámara Gesell, la experiencia y la práctica diaria tanto nacional como de otros países nos dan las siguientes pautas para usar los medios análogos a la Cámara Gesell: Circuito cerrado de televisión. Se puede considerar la posibilidad de instalar un circuito cerrado de televisión en dos ambientes, no necesariamente continuos. Esto permitirá que se pueda desarrollar la entrevista en un ambiente y ver y escuchar en otro ambiente, lo que además permitirá poder grabar todas las actuaciones. Sin embargo, se dificulta la comunicación entre las personas de la sala de observación y la sala de entrevista, puesto que el circuito cerrado de televisión no contaría con un intercomunicador que facilite la comunicación entre las personas de ambas salas. Entrevista única. Poder realizar una sola entrevista con la participación de todos los agentes involucrados, por ejemplo, que la entrevista sea tomada por la o el psicólogo a la víctima y que el acto se realice en un ambiente donde además este presente, por ejemplo, el

Fiscal de Materia, el investigador, el Médico forense, etc. Se debe tener en cuenta que esta modalidad solo sería aplicable para la entrevista informativa. (Vizcarra Loaiza, Gutierrez Velazquez, & Tito Paniagua, 2012, pág. 34)

El abordaje del menor víctima

La Guía de las buenas prácticas de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos señala que durante mucho tiempo las víctimas de delitos fueron concebidas únicamente como objeto de prueba dentro del proceso penal. En las últimas décadas comenzó a tomarse conciencia, a nivel internacional, sobre esta situación y sobre la necesidad de incorporar una perspectiva que incluya el respeto a la dignidad de la víctima y de garantizar sus derechos dentro del proceso. (Berlinerblau, Nino, & Viola, 2013, pág. 13)

El garantizar sus derechos de protección, el acceso a la justicia como parte del proceso y la no revictimización son aspectos relevantes en los casos de delitos contra la integridad física, psicológica y sexual y, ya que son menores de edad.

La realidad de la praxis en los casos de abusos contra menores es verdaderamente compleja y generalmente es el problema que el relato del menor es contrario al de sus propios familiares u otros intervinientes, por lo que requiere en primer caso la necesidad de contar con los medios probatorios suficientes, entendidos como diligencias que aseguren la corroboración del hecho y su autoría.

A nivel internacional refiere la Guía de las buenas prácticas de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos que existen distintos instrumentos que establecen los estándares en esta materia (la Convención sobre los Derechos del Niño, las Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos y las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, entre otros) y en consecuencia, distintos países adoptaron mejoras y cambios en los sistemas y procedimientos. A grandes rasgos tuvieron tres objetivos principales:

- a) Reducir la presión y el estrés que atraviesan las NNyA a lo largo del proceso, desde que realizan la primera exteriorización hasta la finalización del juicio.
- b) Optimizar las oportunidades para obtener pruebas válidas, confiables y de calidad adecuada durante la investigación.
- c) Mejorar la articulación y coordinación entre organismos para optimizar las prácticas de abordaje que recibe una NNyA víctima y testigo.

Así, existen ciertos principios generales que deben ser respetados y garantizados en todo sistema relacionado con la investigación de estos delitos y el abordaje y la protección de NNyA víctimas o testigos sobre los que existe un amplio y notable consenso a nivel internacional. (Berlinerblau, Nino, & Viola, 2013, pág. 14)

Protección integral

La protección y el bienestar del menor son los principios rectores de todo el proceso e intervención judicial, en busca de reducir toda revictimización y obtener el mayor caudal probatorio posible. En muchos casos y legislaciones e tiene en cuenta que la revictimización posible del menor es un punto de corta y hace imposible toda investigación, pero es aquí donde se deben contar con otros medios, para poder obtener indicios y pruebas cuya producción no o afecte al menor, y es por esto la importancia de la Cámara Gesell como medio probatorio que supuestamente no revictimiza, y es supuesto porque la cámara en si no le afecta, pero puede afectar la entrevista por el estrés experimentado, y por lo tanto se deberá atender al interés superior del niño o niña, al derecho al trato digno, la protección a su salud y seguridad como así también el derecho a su privacidad.

Interés superior del niño y derecho al trato digno

El interés superior del niño o niña abarca no solo a sus necesidades físicas, sino también el escuchar sus opiniones, experiencias en conformidad a su edad y desarrollo, respetando su libertad y dignidad tratado siempre con el debido cuidado y sensibilidad

Protección a su salud física y mental

Siempre se debe priorizar el cuidado, respeto y protección del menor en su salud física y mental asegurando el acceso a estos servicios, ya que el proceso no solo se limita al aspecto procesal, durante el proceso muchas cosas pueden suceder y el menor es el principal sujeto de derechos y por lo tanto se debe garantizar el tratamiento integral.

La revictimización

La revictimización no solo implica el derecho a ser tratado con dignidad y respeto; implica la menor intervención del aparato judicial en la vida del menor, y es por esto que muchas diligencias en relación al menor tiene el carácter de anticipo jurisdiccional de pruebas, en primer lugar porque estamos ante un menor de edad en desarrollo que dado su grado de crecimiento y evolución, puede llegar a cambiar la visión sobre el mundo que lo rodea o sobre el hecho que ocurrió; y es por esto que en la cámara gesell se registra todo con medios audio visuales, en primer lugar porque permite un posterior análisis a las partes, y en otros aspectos porque no siempre en lo declarado o en un acta alcanza para relevar la totalidad del fenómeno que se manifiesta dentro de una cámara gesell, y es así que se señala que para ello, es fundamental que, por un lado, se realice la video-grabación de la entrevista por una profesional específicamente capacitada asegurando que dicho videograbación sea utilizado en las distintas instancias y etapas del proceso judicial y, por el otro, que se realice un único examen pericial físico exclusivamente en aquellos casos en que sea estrictamente necesario. (Berlinerblau, Nino, & Viola, 2013, pág. 15)

Derecho a la seguridad y privacidad

La seguridad del menor va más allá de garantizar la integridad física y psíquica, sino también protegerlo del presunto victimario, y de los parientes que siempre quieren intervenir en el proceso y dar su versión, lo cual siempre hay que diferenciar entre lo que es un testigo y lo que es una opinión sobre el hecho, y siempre hay más opiniones que testigos, lo cual termina re victimizando o intimidando al menor causando un perjuicio irreparable y es por esto que es necesario también atender a la privacidad en relación a toda la información relativa al hecho, autoría y participación del menor asegurándose la confidencialidad y limitando cualquier información que permita la identificación del menor o su exposición sea tanto gráfica como escrita, porque estamos ante un menor que se convertirá en un adulto con todo el derecho a superar lo vivido y ser una persona íntegra.

Derecho a ser parte en el proceso

Berlinerblau, Nino, & Viola refieren que es fundamental que en todo momento se garantice el derecho de la NNyA a ser oída; su relato y sus opiniones deben ser debidamente tenidos en cuenta en todas las etapas del proceso. Este derecho además supone que se deben crear los medios adecuados para que la NNyA pueda ser eficazmente escuchada. También refieren que del relato de la NNyA víctima surgen las características que generalmente presentan los delitos contra la integridad sexual, de ser consumados en un ámbito privado y sin testigos presenciales y, en muchos casos, la ausencia de evidencias o signos físicos en el cuerpo de la víctima, hacen que el relato de la NNyA claro, preciso y basado en un recuerdo no contaminado sea, en muchas ocasiones, uno de los elementos más importantes de la investigación. Esto supone la necesidad de que todos los operadores involucrados actúen con el mayor de los cuidados y acorde a protocolos estandarizados. Para ello, es fundamental que los distintos actores intervinientes desde el momento de la denuncia o develación del hecho no interroguen a la NNyA sobre los hechos objeto de denuncia durante las distintas etapas del proceso. (Berlinerblau, Nino, & Viola, 2013, pág. 15)

Durante la entrevista es necesario que el menor relate lo sucedido por única vez, y es aquí donde la experiencia y capacidad del profesional es de total importancia a fin de abarcar todos los puntos posibles de la pericia, solicitado por todas las partes, como así mismo asegurar que toda la sesión de la entrevista sea videograbada a fin de poder acceder con posterioridad a la misma en muisca de un análisis posterior evitando toda posible revictimización.

Pero no siempre es necesaria una cámara gesell ya que puede ocurrir que el menor relate en forma no causada los hechos y en forma espontánea en alguna etapa del proceso, y es ahí donde se debe registrar lo mismo bajo acta.

Berlinerblau, Nino, & Viola (2013) señalan:

“... el derecho a ser oída supone la necesidad de que se garanticen las condiciones adecuadas para que la NNyA pueda expresarse libremente, en un entorno conforme a sus necesidades, características y particularidades. En este sentido los procedimientos que se utilicen deben ser accesibles y apropiados a su edad, grado de madurez y desarrollo, adaptándolos en aquellos casos en que se trate de una NNyA con algún tipo de condición especial, como puede ser discapacidad mental, desarrollo insuficiente del lenguaje o que requiera de un intérprete cuando no domine el español adecuadamente. La entrevista de declaración testimonial a la NNyA debe efectuarse lo más rápido posible, preferentemente durante la primera semana posterior al develamiento. Debe ser realizada por una profesional específicamente capacitada en el trabajo con NNyA de diversos grupos etarios, en la realización de entrevistas investigativas forenses, en los psicodinamismos del abuso sexual infantil y en cuestiones legales. Como se especifica en detalle en el anexo 4 de esta guía, deberá aplicar un modelo de entrevista investigativa específico y consensuado basado en un protocolo formal y acorde a las buenas prácticas. El género de la profesional a cargo es un elemento que debe ser tenido en cuenta. En caso de que la NNyA se niegue a ser entrevistada por un profesional varón debe existir la alternativa disponible de que sea una mujer quien realice la entrevista. También debe considerarse esta posibilidad con NNyA particularmente inhibidas. La habilidad y capacidad de empatía de la entrevistadora forense son de la mayor relevancia porque favorecen la comunicación de la NNyA.” (Berlinerblau, Nino, & Viola, 2013, pág. 16)

La entrevista siempre debe realizarse en un ambiente acorde con el fin que se busca, ya que el menor debe romper el hielo con el entrevistado en menos de 45 minutos o más, con lo cual el ambiente debe ser lo más cómodo y privado posible, a fin de evitar interrupciones que rompan el flujo de la misma.

Recordemos siempre la necesidad de que la misma sea registrada por medios audiovisuales, y que el trato de la profesional que realiza la entrevista debe ser acorde a la situación, la edad del menor y al presunto trauma que se manifieste, la misma debe siempre actuar en forma subjetiva y no partir de la premisa de la existencia del hecho, sino más bien de que toda su actuación debe surgir la existencia o no del hecho, la autoría, y determinar el daño del menor en relación al tratamiento que debe seguir a fin de superar la situación, y como se podrá observar no solo se registra la entrevista en la cámara gesell sino que el perito debe realizar un dictamen escrito, en el cual en base a su experiencia profesional dará respuesta a los puntos de pericia solicitados por cada una de las partes y en relación al guardado y seguridad del material debe evitar toda adulteración, extravío o degradación debiendo atenderse a protocolos de seguridad y almacenaje, y no ser un simple sobre con un CD en el expediente.

El acceso a la justicia es un derecho fundamental que se caracteriza por su necesidad básica de buscar la tutela del estado y dar fin a los conflictos sean de orden público como así mismo privados, en relación a lo anterior señala Lillo que el acceso a la justicia se caracteriza por su amplitud y por su carácter esencial para el correcto funcionamiento de un Estado democrático de derecho, toda vez que sirve como forma de efectivizar y garantizar los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. (Lillo, 2010, pág. 9)

“El acceso a la justicia es un derecho humano fundamental en un sistema democrático que tenga por objeto garantizar los derechos de todos por igual. Cuando otros derechos son violados, constituye la vía para reclamar su cumplimiento ante los tribunales y garantizar la igualdad ante la ley” (Birgin & Kohen, 2006, pág. 14)

Obtención legal de medios probatorios

El proceso en si debe girar entrono a dos puntos, el primero es la no revictimización y el segundo es la obtención de pruebas válidas dentro del proceso, a fin de evitar nulidades o que las mismas no puedan formar parte del proceso por haber sido impugnadas en el momento de su producción.

Y es por esto que es necesario atender a los derechos y garantías del imputado, reconociendo siempre el principio del a inocencia, y partiendo desde el punto de vista que el hecho debe ser probado, y no partiendo de premisas de investigación que dan por hecho la existencia de la autoría y del hecho en sí “..., *es imprescindible que se tomen todos los recaudos procesales y técnicos necesarios al momento de la entrevista de declaración testimonial, no solo para asegurar la protección integral de la NNyA evitando su revictimización y el deterioro de las pruebas, sino también para garantizar el derecho de defensa del imputado. Por ejemplo, es sumamente relevante que el imputado sea adecuadamente notificado de la entrevista de declaración testimonial a los fines de llevar a cabo un efectivo control de la prueba.*” (Berlinerblau, Nino, & Viola, 2013, pág. 17)

Coordinación entre actores y protocolización de procedimientos

La policía nacional, La CODENI, los peritos criminalistas, el mismo juzgado y la fiscalía como así también las diferentes organizaciones de protección infantil deben funcionar como equipo, unificando acciones existiendo el debido respeto entre la autoridad a cargo del Juzgado y el resto de los intervinientes siendo que todos los procedimientos deben ser protocolizados y estén sujetos a revisión permanente.

Para garantizar la aplicación de estos procedimientos especiales de protección es indispensable un trabajo coordinado e interdisciplinario entre los múltiples organismos estatales y privados involucrados que además de trabajar en la investigación deben asegurar la protección y el bienestar de la NNyA y su familia durante todo el proceso y aun finalizado este. (Berlinerblau, Nino, & Viola, 2013, pág. 18)

ECPAT (2014) señala que En Paraguay, en relación a la lucha contra la ESCNNA, actores tales como agencias de cooperación, instancias ejecutivas, legislativas y judiciales del Estado y actores sociales se han destacado en materia de elaboración de marcos normativos y firmas y ratificaciones de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de la niñez y adolescencia, que se refleja en el notorio progreso en la promulgación de leyes nacionales que van constituyendo un consolidado de instrumentos normativos para las garantías de los derechos de la niñez y la adolescencia. Sin embargo, existe una brecha en la implementación de la reglamentación y la operativización de esas leyes junto con la asignación de recursos presupuestarios y profesionales para su implementación efectiva (ECPAT, 2014, pág. 22).

Calidad e instrucción de los profesionales intervinientes

La capacitación profesional es necesaria tanto, así como la actualización permanente de todos lo interviniente en el proceso de abordaje del menor víctima, y se hace referencia especialmente a la policía, a los profesionales médicos y peritos criminalistas forenses como así a las entrevistadoras y demás peritos que pudieran intervenir.

“...el procedimiento de investigación y los mecanismos de protección deben ser regularmente supervisados y revisados por el equipo a cargo con el objeto de identificar oportunidades de ajustes y mejoras. Esto es especialmente necesario en el caso de las entrevistas de declaración testimonial. Para esto, se deben utilizar entrevistas video-grabadas para su análisis y discusión en conjunto. ... Por otro lado, resulta recomendable que se efectúen encuentros periódicos interdisciplinarios en los que participen todos los actores involucrados a fin de intercambiar ideas y perspectivas que contribuyan a mejorar los procedimientos.” (Berlinerblau, Nino, & Viola, 2013, pág. 19)

Recuperación física y psicológica

Es fundamental que se adopten todas las medidas necesarias para asegurar la recuperación física y psíquica de la NNyA y su reinserción social, garantizando el acceso a servicios sociales y de salud, a la escolaridad, así como también a servicios de asistencia y apoyo económico, jurídico y de asesoramiento. Es fundamental que los funcionarios que trabajan en el caso

involucren y coordinen con los múltiples organismos del Estado para brindar el resguardo y la asistencia psicológica, social y económica a la NNyA y su familia acorde a las particularidades del caso. (Berlinerblau, Nino, & Viola, 2013, pág. 19)

Se reconoce el derecho a la recuperación y a la reintegración en el Art. 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que “los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso.” (ECPAT, 2014, pág. 3) También está previsto en el Art. 9(3) del Protocolo Facultativo que establece que *“los Estados Partes tomarán todas las medidas posibles con el fin de asegurar toda la asistencia apropiada a las víctimas de esos delitos, así como su plena reintegración social y su plena recuperación física y psicológica.”* La ayuda mencionada incluye servicios para atender la salud física, el apoyo psicosocial y la asistencia para la reintegración en aquellos casos en que los niños, niñas y adolescentes hayan sido separados/as de sus familias o comunidades. (ECPAT, 2014, pág. 4)

La entrevista o declaración informativa

Definición de Entrevista

La entrevista es un método por el cual se obtiene información, en la cual es necesaria la presencia de dos personas como mínimo, una que formula y dirige la entrevista y la otra el entrevistado quien proporciona la información que se está buscando, esta información no es de carácter audio visual, sino de carácter subjetivo ya que la produce el mismo entrevistado a través de sus relatos. Siendo estos relatos pasados a formato gráfico mediante la escritura, sea simple o bajo acta. La entrevista siempre es intencionada, no es espontánea, y se realiza en un ambiente el cual normalmente es cuidado en relación a que no debe ser interrumpida. La Real academia española define el entrevistar como “1. tr. Mantener una conversación con una o varias personas acerca de ciertos extremos, para informar al público de sus respuestas. 2. prnl. Tener una conversación con una o varias personas para un fin determinado.” (D.R.A.E., 2019) Con lo cual claramente observamos las características de la entrevista:

- a) Dos personas como mínimo
- b) Una conversación intencionada que va más allá del mero placer de la conversación.
- c) Es consensual.
- d) Es una conversación amena que puede ser rígida pero no se excede, no es un interrogatorio.
- e) Permite recolectar datos de primera mano.
- f) Permite la observación de reacciones directas en el entrevistado.
- g) Una conversación limitada a un aspecto específico
- h) Preparación previa del propósito de la conversación
- i) Obtener información.
- j) Divulgar la información.

Acevedo y López señalan que el término "entrevista" proviene del francés "entrevoir" que significa "verse uno al otro y que en sus orígenes fue una técnica exclusivamente periodística y por tanto se le ha definido como la visita que se le hace a una persona para interrogarla sobre ciertos aspectos para después, informar al público. Sin embargo, la entrevista se ha convertido en una herramienta utilizada en muchos campos profesionales, por lo que se ha utilizado con el propósito de desarrollar un intercambio de ideas significativo encaminado a una mutua ilustración. Este concepto de mutua ilustración es importante ya que permite diferenciar la entrevista del discurso, del interrogatorio o de la conversación (cuyo objetivo es la obtención de placer por medio del intercambio verbal). Para estos autores, la entrevista es una "forma oral de comunicación interpersonal, que tiene como finalidad obtener información en relación a un objetivo". (Acevedo Ibáñez & López Martín, 2004, pág. 8)

Calderón Noguera y Castellanos Alvarado sostienen que la entrevista es una técnica de estudio y de recolección de información caracterizada por el diálogo entre dos personas como

mínimo. Es un instrumento flexible, donde el entrevistador y el entrevistado interactúan construyendo una realidad intersubjetiva que permite reconocer los mundos e imaginarios de los agentes que participan en ella. (Calderón Noguera & Alvarado Castellanos, 2010, pág. 13)

Entrevista Psicológica

En relación a la entrevista psicológica señala Charles Nahoum que es una "técnica de estudio y observación del comportamiento humano con miras a la solución de problemas que atañen a la psicología, la sociología o la medicina mental". Sin embargo, y a pesar de las posibles interrelaciones entre las disciplinas psicosociales, al hablar de entrevista psicológica nos queremos referir específicamente a la labor realizada por los psicólogos prácticos, cuyo propósito es atender problemas enmarcados en la disciplina psicológica como tal, por ejemplo, la selección y orientación profesional o el examen de la personalidad, entre muchos otros. (Nahoum, 1961, pág. 5)

El mismo autor también refiere que los profesionales interesados en la utilización de la entrevista son:

- a) los asistentes sociales;
- b) los entrevistadores (de opiniones y actitudes políticas, religiosas, económicas, etc.);
- c) los sociólogos investigadores, cuando deben recoger informaciones sobre grupos culturales, geográficos, profesionales, etc.;
- d) los psiquiatras;
- e) los psicoterapeutas;
- f) los psicólogos, investigadores y prácticos (que trabajan en medios escolares o universitarios, en centros de aprendizaje, hospitales o establecimientos de tratamiento, etc.).

Clasificación de la Entrevista psicológica según su función.

Existen diferentes y numerosas clasificaciones de las entrevistas, pero podemos resumirlas de la siguiente forma:

Por el propósito según Dyke Bingham y Bruce Víctor Moore

- a) Informativa
- b) Influenciadora o motivadora
- c) De recolección de datos. (Van Dyke & Moore, 1973, pág. 12)

Nahoum también clasifica la entrevista en función al resultado que busca

- a) Entrevista de diagnóstico. Su finalidad es recoger la biografía del entrevistado y determinar, a partir de lo que dice, sus opiniones, actitudes y demás características personales.
- b) Entrevista de investigación. Su propósito es reunir, entre personas competentes, los datos útiles para la investigación que se lleva a cabo.
- c) Entrevista terapéutica o de consejo. Procura readaptar socialmente al sujeto y reorganizar su afectividad (Nahoum, 1961, pág. 9)

En éstas categorías observamos que en cada caso domina un tipo de intervención, ya que en la entrevista terapéutica se hace necesario tener un diagnóstico y obtener cierta información para dar un tratamiento al paciente, y es así porque los objetivos generales perseguidos son lo que definen el tipo de entrevista y tal y como concluye Nahoum: “La entrevista es una situación psicosocial compleja cuyas funciones son formalmente analizables pero difícilmente se disocian en la aplicación de la técnica” (Nahoum, 1961, pág. 10).

En nuestro caso la entrevista o también llamada declaración Informativa a menores víctimas y/o testigos, en una entrevista de tipo investigativa ya que busca información con objetivos precisos predeterminados que en este caso es:

- a) Determinar la existencia de alguna perturbación por un hecho relevante a la causa.
- b) Determinar la existencia del hecho relevante para la causa en relación a lo expresado por el menor.
- c) Determinar el espacio y tiempo en el cual ocurrieron los hechos.
- d) Determinarla autoría del hecho relevante para la causa.
- e) Elaborar un dictamen pericial en el cual se expone lo observado fundamentando la conclusión, en base a los solicitado por las partes

El objetivo de la entrevista informativa psicológica en cámara gesell es obtener información precisa, veraz, y coherente a través del relato del menor, que describa las circunstancias de tiempo, modo y espacio, autoría y conducta de la víctima a fin de contar con los medios probatorios suficientes para que la conducta abusiva sea sancionada.

Valoración del relato

El valor del dictamen pericial de la entrevista informativa psicológica es muy relativo. En primer lugar, si las perturbaciones emocionales no son muy visibles o si no saltan a primera vista, y dependerá mucho de la apreciación que se haga en forma personal por parte de los juzgadores, quienes lo harán mediante la sana crítica fundamenta, la cual a su misma vez se basa en la experiencia personal de vida y profesional de cada uno de los jueces. Es por esto que se suele nombrar el aforismo que el Juez es perito de peritos, que va relacionado con el principio *Iura novit curia*.

Pero a pesar de la valoración final que haga el juez hay ciertos factores que al momento de valorar tomará en cuenta:

- a) Edad
- b) Desarrollo cognitivo
- c) Factores sociales familiares
- d) Factores económicos familiares
- e) Factores culturales y religiosos
- f) Lenguaje
- g) Postura física y actitudes ante la entrevistadora
- h) Comunicación
- i) Lapso de tiempo transcurrido desde que ocurrió el hecho
- j) Si fue un abuso aislado, repetido o prolongado.
- k) Conclusión del perito.

Muchos son los factores que el juez puede observar al momento de valorar la prueba de la entrevista en cámara gesell, pero la realidad está dada en que es necesaria la reproducción audio visual de la entrevista durante el juicio oral y no quedarse con las conclusiones del perito ya que permite que el juez de Sentencia de primera mano pueda observar casi de primera mano ciertos aspectos subjetivos que darán fundamento a su sana crítica, ya que como es una tipo de prueba de anticipo jurisdiccional, el juez que la ordenó y realizó la diligencia es otro juez, el juez de garantías.

Actividad probatoria

Relevancia de la prueba en el proceso

En todo proceso sea cual fuere el fuero, si la denuncia, querrela, pretensión o demanda no está fundada en hechos que puedan ser demostrables a través de medios probatorios, no se la podrá vincular a ningún derecho y por lo tanto caerá por si sola.

La noción de prueba está ligada a la necesidad de lograr la certeza de los hechos y derechos dentro de un Proceso, con la finalidad que el órgano jurisdiccional a través de su fallo logre hacer justicia. La prueba es el medio principal para comprobar los hechos que se investigan en un proceso, con la finalidad de lograr el convencimiento del Juez y que este declare el derecho en relación al caso específico, y en el fuero penal sancione al autor del hecho y Alberto Binder nos dirá: "...Tradicionalmente, no obstante, el momento privilegiado para la defensa es el juicio, porque en todo sistema que funcione correctamente, las pruebas que servirán de fundamento para la condena son las que se producen precisamente durante el juicio." (Binder, 1999, pág. 162)

Así también Vázquez Rossi sostiene que "...Lo que se afirma debe demostrarse. Aquello que es sostenido como realmente acontecido, como un determinado hecho de relevancia jurídica, debe ser confirmado. Esta confirmación se logra mediante la prueba." (Vazquez Rossi, 1997, pág. 277)

Concepto

El Ossorio en su diccionario jurídico refiere que probar implica "*Examinar las cualidades de una persona o cosa. Demostrar. Justificar la verdad de una afirmación o la realidad de un hecho. Confrontar medidas, proporciones o pesos. Gustar o catar. Experimentar o ensayar máquinas, armas o proyectiles. Intentar. Arcaísmo. Aprobar.*" (Ossorio, 2007) Lo cual viene a relación con el mismo concepto de prueba, que el mismo autor la define como conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera que sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus

respectivas pretensiones litigiosas. Las pruebas generalmente admitidas en las legislaciones son las de indicios, la presunción y especies, la confesión en juicio, la de informes; la instrumental, llamada también documental, la testimonial, y la pericial. Algunas legislaciones determinan el valor de ciertas pruebas, al cual se tiene que atener el juzgador, pero lo más corriente y lo más aceptable es que la valoración de las pruebas sea efectuada por el juez con arreglo a su libre apreciación. A más del significado procesal anterior, el de mayor relieve jurídico, prueba es toda razón o argumento para demostrar la verdad o la falsedad en cualquier esfera y asunto. Ensayo o experiencia. En los procedimientos, son objeto de prueba los hechos controvertidos, y solamente los hechos. Por excepción, que se interpreta de maneras distintas, los tribunales exigen a veces que se pruebe la costumbre, no obstante ser fuente jurídica, y el Derecho extranjero aplicable a su caso; ambos, en cuanto a su vigencia. (Ossorio, 2007)

Vicente y Caravantes refiere sobre el surgimiento de la prueba: “No bastando para producir In convicción del juez sobre los hechos que se presentaban a su decisión, los alegaciones de las partes ni aun la confesión de las mismas, por suponerse que les movería a exagerar los fundamentos de sus pretensiones el propio interés, fue necesario exigirles afirmaciones y presentaciones de actos u objetos extraños ó independientes de sus personas, que pudieran ratificar ó comprobar la exactitud ó la veracidad de sus alegaciones; en una palabra, fue necesario exigirles pruebas.” (Vicente y Caravantes, 1856, pág. 13). Pero el mismo autor también refiere que por prueba se entiende principalmente, según la define la ley de Partida, la averiguación que se hace enjuicio de alguna cosa dudosa; o bien la producción de los actos o elementos de convicción que somete el litigante, en la forma que la ley previene, ante el juez que conoce del litigio, y que son propios, según derecho, para justificarla verdad de los hechos alegados en el pleito.

Finalmente, Devis Echandía nos refiere la diferenciación entre las pruebas judiciales con el derecho probatorio diferenciando que “Entendemos por pruebas Judiciales el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso. En sentido estricto, por derecho probatorio se entiende, como explica Antonio Rocha, una materia más amplia, de la cual forman parte las pruebas Judiciales, pero comprende en general

"la verificación social de los hechos", es decir, la prueba en sus múltiples manifestaciones en el campo del derecho, tanto procesal como extraprocesal". (Devis Echandía, 2007, pág. 14)

Naturaleza jurídica de la prueba

La prueba es un acto jurídico material que ingresa a la causa como un acto jurídico procesal, porque debe atender a las formalidades para su aceptación y cuya función es dar certeza sobre un tema relevante para la causa. "Cuando es requisito ad substantiam actus, la prueba es un acto Jurídico material (escritura pública contentiva del contrato de compraventa), que ingresa al proceso mediante un acto Jurídico procesal (su aporte o aducción como prueba de la pretensión o la excepción de una de las partes, o de la imputación hecha al sindicado o imputado), Sin que por eso pierda la primera condición. De ahí que la presencia de normas sustanciales sobre formalidades para la validez o existencia de los actos o contratos no impide que exista en un proceso civil el sistema de la libre apreciación de las pruebas" (Devis Echandía, 2007, pág. 15)

Elementos de Prueba

La prueba en si misma posee cuatro elementos esenciales y éstos son el objeto, el órgano, el medio y la forma. Señala Enrique Falcón y Jorge Rojas que en relación a los hechos y las pruebas "La demostración requiere un trabajo importante y serio y depende, en muchos casos de los hechos, en otros de los medios usados, el tipo de legislación de que se trate (por ejemplo la valoración de ciertos hechos es distinta en civil, laboral o penal), el sistema donde se aplique (la valoración documental tiene distinto alcance en los países continentales y los del common-law), o del conjunto de todas las circunstancias de que se trate. Esta es la etapa del análisis que se elabora sobre el material ya establecido." (Falcón & Rojas, 1998, pág. 37)

Objeto

Para poder entender que es el objeto de la prueba necesitamos saber qué es lo que se quiere probar, y en base a este pensamiento surgen dos vías, la primera pensar en el objeto de la prueba como los hechos en sí mismo, y la segunda postura doctrinaria es que el objeto de la prueba es la afirmación de la misma, o sea del hecho o fenómeno.

Se puede definir el objeto como la cosa que necesita ser demostrada y probada ante el órgano jurisdiccional, y a la misma vez el objetivo de la prueba. Ante estas dos aristas tenemos que primeramente lo que necesita ser probado es el hecho, y el objetivo de probar el hecho es dar certeza en la fundamentación de que ese hecho es relevante para la causa. Ya que todo lo que se pretende demostrar en juicio debe ser probado, y bajo ciertas circunstancias que hace a la efectividad de la prueba.

De lo anterior deducimos que el objeto de la prueba hace a su utilidad tanto del hecho en sí como la utilidad de probar la existencia del hecho en sí que es relevante para la causa.

Hernando Devis Echandia, sostiene que el objeto de prueba debe de entenderse: "Todo aquello que es susceptible de comprobación ante el Órgano Jurisdiccional del Estado, para los fines del proceso en general (no de cada proceso en particular)" (Devis Echandía, 2007, pág. 74).

Si bien suponemos que podemos probar casi todo, la realidad es que no es así, e incluso nos encontraremos ante hechos que no deben ser probados, porque su conocimiento ya está determinado por su notoriedad y publicidad, por ejemplo, no hay necesidad de probar quien es el presidente de nuestra República, todos lo sabemos, Tampoco hay necesidad de probar que el fuego arde y quema, porque son conocimientos comunes y básicos que todos sabemos. Pero también hay legalmente ciertos hechos que no necesitan ser probados como las presunciones, porque no admiten prueba en contrario y son de pleno derecho. El hecho de probar o demostrar cómo se expresó *ut supra*, también está circunscripto a la relevancia que tenga el hecho para el caso, porque únicamente se va a permitir agregar a autos lo que sea jurídicamente relevante para el proceso.

Resumiendo, y para los fines prácticos de esta investigación se sostiene que el objeto de la prueba es demostrar los hechos y persuadir que ocurrieron de la manera que sea favorable a la parte que lo alega, lo que responde a la pregunta: ¿qué es lo que se necesita probar? y ¿cuál es su finalidad?

Órgano

En Relación al órgano se hace referencia únicamente al órgano jurisdiccional, si bien en el proceso penal quien recibe los indicios, y declaraciones es el Ministerio Público, es el juez de Garantías que permite o no su producción en caso de ser anticipos jurisdiccionales de pruebas, y en relación a las declaraciones sean testificales o indagatorias, las misma deben producirse durante el juicio oral para su agregación, de lo contrario no constituirán parte del caudal probatorio para ser evaluado por el tribunal de sentencia al momento del fallo.

En la audiencia preliminar es el juez que valora la relevancia o no de los elementos aportados por las partes y los admite o rechaza en la resolución que eleva la causa a juicio oral y público, y como quedó expresado anteriormente, si bien existen limitaciones a lo que debe ser probado, es aquí donde el juez penal de garantías controla la conexidad con el caso de los elementos que ya son pruebas o so indicios que van a producirse en pruebas durante el juicio oral. Ahora bien, también existe otra limitación que hace a su validez y es el medio o forma en que se produce lo cual se aborda a continuación, y también las formalidades que debe revestir el acto.

Medios

Con relación a los medios de prueba, en la República del Paraguay el fuero los limita, por ejemplo, en el fuero de la niñez y adolescencia cualquier medio idóneo para demostrar el hecho es válido como prueba, por lo tanto, existe una amplitud de medios probatorios en niñez y adolescencia que no la hay en los fueros penales, civiles y demás.

La legislación argentina dispone que la prueba deba producirse por los medios expresamente previstos por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso. Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez (OMEBA, 1984)

Echandía también se señala que puede decirse que la libertad de medios de prueba o el sistema de la prueba libre es un complemento ideal del sistema de la libre apreciación y esto ocurre en nuestros procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos: pero éste puede existir sin aquél (Devis Echandía, 2007, pág. 69).

Couture refiere sobre la limitación de los medios de prueba señalando que "... Los medios de prueba deben limitarse a los hechos debatidos, a fin de evitar una maliciosa dispersión del material probatorio y la demostración de hechos que se hubieran omitido deliberadamente en el debate preliminar... Métodos y procedimientos de averiguación (en lo penal), y de comprobación (en lo civil)" (Couture, 1958, pág. 191)

Taruffo señala que los medios de prueba se conectan con los hechos en litigio a través de una relación instrumental "medio de prueba" es cualquier elemento que pueda ser utilizado para establecer la verdad acerca de los hechos de la causa, señalando que un razonamiento de este tipo sería asociable fácilmente con la idea de la verdad como coherencia narrativa de las varias versiones de los hechos que surgen del proceso, ya que cada autor procesal de una narración podría tener su verdad y no sería posible, de ninguna manera, establecer si una narración es descriptiva o epistémicamente verdadera o falsa. (Taruffo, Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos, 2013, pág. 26)

En nuestra legislación procesal penal el artículo 173 establece que los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del procedimiento podrán ser admitidos por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes. Un medio de prueba será admitido si se refiere, directa o indirectamente, al objeto de la investigación y es útil para el descubrimiento de la verdad. El juez o tribunal limitará los medios de prueba ofrecidos cuando ellos resulten manifiestamente excesivos. López Cabral refiere en su comentario al artículo 173

que "...conforme a nuestro artículo en estudio, el juez o tribunal tiene la libertad de admitir toda aquella prueba que estime conveniente y de utilidad- para llegar al conocimiento de la verdad (se tiene como base que todo se puede probar y por el medio que sea, toda vez que no avasalle principios constitucionales y procesales vigentes), debiendo apreciarla basado en la regla de la lógica, la sicología y de la experiencia común. Reglas identifica-das con las de la Sana Crítica que, al decir de COUTURE, son contingentes y variables en relación a la experiencia de tiempo y lugar, pero que sin embargo son estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos que sirven de sostén a la sentencia, siendo éstas las únicas que conducen el juicio del juez". (López Cabral, 2015, pág. 324)

En la actualidad surgieron muchos medios técnicos y científicos que sirven para descubrir la verdad de los hechos, y estos medios tecnológicos en general son de tipo audio visual, lo cual puede ser agregado como prueba, pero debe atender a varias formalidades que veremos más adelante, son medios de prueba básicos en nuestra legislación los siguientes: la confesión que al pasar nuestro sistema a ser acusatorio no basta como elemento probatorio, igualmente debe ser probado por quien acusa, la inspección, la reconstrucción, peritajes, declaraciones testimoniales, confrontación, careos, documentos y todo aquello que se ofrezca como prueba siempre y cuando no viole los derechos y garantías del procesado ni sea abusivo o inconducente a la causa.

Forma

En cuanto a las formas procesales, Mauriño señala que el proceso moderno es antiformalista, ya que contempla que las formas deben ser atendidas en cuanto estén definidas por la ley, y en caso de no estar taxativamente expresas en la norma se realizaran de la forma más idónea posible para lograr su finalidad, refiriendo que "Las formas procesales son necesarias. No nos referimos lógicamente, a las formas y rituales del derecho primitivo sino a las establecidas en la actualidad para la tramitación y resolución de los procesos, n las que AMAYA llama "las reglas básicas para encauzar la defensa de las partes" (Maurino, 2009, pág. 4). En nuestra legislación existen nulidades específicas como la falta de testigos en acta de allanamiento inspección de personas, que determina la nulidad del acto jurídico y del

procedimiento, así como muchas otras, pero tal y como se expresa el antiformalismo de Mauriño, también se ve reflejado en las nulidades tal y como podemos ver en el artículo 165 del C.P.P. de la República del Paraguay.

“ Artículo 165. PRINCIPIO. No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional vigente y en este código, salvo que la nulidad haya sido convalidada. Las partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causen agravio, fundadas en el defecto, en los casos y formas previstos por este código, siempre que no hayan contribuido a provocar la nulidad. Sin embargo, el imputado podrá impugnar una decisión judicial, aunque haya contribuido a provocarla. Se procederá de igual modo cuando la nulidad consista en la omisión de un acto que la ley prevé.” (C.S.J., 2001)

En primer lugar, contamos con la expresa prohibición de que no pueden ser valorados ni tampoco fundar una resolución actos o hechos en este caso medios probatorios, que no prevean las formas constitucionales y que la ley haya otorgado para su realización o efectividad, salvo que haya sido aceptada por la parte agraviada la misma. Pero hay agravios que la ley misma no permite convalidar y éstas son las nulidades absolutas las cuales en el mismo cuerpo legal refieren:

“Artículo 166. NULIDADES ABSOLUTAS. Además de los casos expresamente señalados en este código, serán consideradas nulidades absolutas aquellas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que este código establezca, o las que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías previstos en la Constitución, el Derecho Internacional vigente y este código” (C.S.J., 2001)

Aquí claramente podemos observar el antiformalismo, ya que expresa que son nulidades de tipo absolutas las expresamente señaladas por la ley y las que pudieran afectar a la representación y defensa del encausado. Pero este antiformalismo no es en función de la economía de redacción o un exceso de ius puniendi del Estado, sino más bien tiende a este antiformalismo por lo abarcativo de la protección de los derechos y garantías del procesado, y

lo hace en todo momento, ya que no define específicamente un momento o plazo para hacerlo, siendo imprescriptible la impugnación del acto incluso hasta después de la sentencia mediante el recurso extraordinario de revisión de sentencia.

Validez del dictamen pericial

Toda pericia culmina en un dictamen pericial el cual debe guardar ciertas formalidades, en primer lugar, debe atender al lenguaje que utiliza a fin de poder explicar, métodos, técnicas y resultados en términos que sean comprensibles para los que no son técnicos en la materia.

A su misma vez debe dar respuesta a los puntos de pericia que le fueron encomendados por las partes, explicando el fenómeno incluso aunque no le fuera solicitado en ciertos puntos, sin afectar a la objetividad e imparcialidad que el perito debe guardar.

Y finalmente debe formular una conclusión general sobre el fenómeno estudiado, fundamentado en relación a su conocimiento y experiencia en la materia.

Todas estas características pueden presentarse en el dictamen pericial, pero sin embargo puede existir algún impedimento legal para que la misma no sea agregada al juicio, o impugnada ya en su producción por la parte agraviada, por lo tanto, deberá atender a ciertos requisitos que se definen a continuación.

Ordenación de la prueba

La prueba pericial en primer lugar debe ser ofrecida ante el órgano competente, debe el perito aceptar el cargo y prestar juramento a el juez sobre su imparcialidad, ética e idoneidad profesional, y posteriormente será ordenada por el juez, en donde determinará los puntos de pericia aceptados y aportados por las partes, y otorgará un plazo para la realización de la pericia y el plazo máximo de entrega del dictamen pericial.

La legislación paraguaya refiere en relación a la pericia que:

"Art. 214. Pericia. Se podrá ordenar una pericia cuando para descubrir o valorar un elemento de prueba sea necesario poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica. La prueba pericial deberá ser practicada por expertos imparciales, objetivos e independientes." (C.S.J., 2001)

Calidad habilitante del perito

En primer lugar, para que tenga validez el trabajo pericial el perito debe estar matriculado ante la C.S.J. y poseer su matrícula al día y en condiciones. Para ser Perito matriculado, debió de haber presentado su título habilitante en la materia que se especializa o haber demostrado su idoneidad manifiesta en el arte, ciencia o técnica ante la C.S.J. y nuestra legislación refiere al caso:

"Art. 215. Calidad habilitante. Los peritos deberán ser expertos y tener título habilitante en la materia relativa al punto sobre el que dictaminarán, siempre que la ciencia, arte o técnica estén reglamentadas. En caso contrario deberá designarse a persona de idoneidad manifiesta. No regirán las reglas de la prueba pericial para quien declare sobre hechos o circunstancias que conoció directamente, aunque utilice para informar las aptitudes especiales que posee en una ciencia arte o técnica. En este caso regirán las reglas de la prueba testimonial." (C.S.J., 2001)

Incapacidad del perito

La incapacidad hace referencia a incapacidad intelectual, mental, y física de las personas para poder ser peritos, pero también la incapacidad puede ser temporal o transitoria, porque surgió durante el ejercicio del cargo, y le impide rendir el dictamen. Sobre la incapacidad el código procesal penal paraguayo refiere:

"Art. 216. Incapacidad. No podrán actuar como peritos:

- 1) *quienes por insuficiencia o alteración de sus facultades mentales, o por inmadurez, no comprendan el significado del acto;*
- 2) *quienes deban abstenerse de declarar como testigos;*
- 3) *quienes hayan sido testigos del hecho objeto del procedimiento; y,*
- 4) *los inhabilitados." (C.S.J., 2001)*

Y así se señala que en la competencia del perito se incluye la ausencia de perturbaciones psicológicas o de otro orden y de defectos orgánicos, que aun cuando no alcancen a producir incapacidad mental ni física para el adecuado desempeño del cargo, sí pueden afectar la fidelidad de sus percepciones y la exactitud de sus juicios e inferencias. (Devis Echandía, Compendio de la prueba judicial Tomo II, 2007, pág. 109)

Inhabilidad del Perito

El perito está sujeto a las mismas condiciones de inhabilidad que presentan los magistrado y fiscales para formar parte del proceso por condiciones especiales como familiaridad, amistad u otros que pudieran afectar su imparcialidad frente al cargo obtenido.

"C.P.P. Artículo 220. INHIBICIÓN Y RECUSACIÓN. Serán causas legales de inhibición y recusación de los peritos las establecidas para los jueces. (C.S.J., 2001)

Y son precisamente las causales de inhibición y recusación que afectan las siguientes:

Artículo 50 C.P.P. MOTIVOS. Los motivos de separación de los jueces serán los siguientes:

- 1) *ser cónyuge, conviviente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o por adopción, o segundo de afinidad, de alguna de las partes o de su representante legal o convencional;*

- 2) *ser acreedor, deudor o garante, él, su cónyuge o conviviente, de alguna de las partes, salvo cuando lo sea de las entidades del sector público, de las instituciones bancarias, financieras o aseguradoras. Habrá lugar a la inhibición o recusación establecida en este numeral sólo cuando conste el crédito por documento público o privado, reconocido o inscripto, con fecha anterior al inicio del procedimiento;*
- 3) *tener él, su cónyuge o conviviente, o sus parientes dentro de los grados expresados en el inciso 1), procedimiento pendiente con alguna de las partes o haberlo tenido dentro de los dos años precedentes si el procedimiento ha sido civil y dentro de los cinco años si ha sido penal. No será motivo de inhibición ni de recusación la demanda civil o la querrela, que no sean anteriores al procedimiento penal que conoce;*
- 4) *tener interés personal en la causa por tratarse de sus negocios o de las personas mencionadas en el inciso 1);*
- 5) *ser contratante, donatario, empleador, o socio de alguna de las partes;*
- 6) *haber intervenido anteriormente, de cualquier modo, o en otra función o en otra instancia en la misma causa;*
- 7) *haber dictado una resolución posteriormente anulada por un tribunal superior;*
- 8) *haber intervenido en el procedimiento como parte, representante legal, apoderado, defensor, perito o testigo;*
- 9) *haber sido condenado en costas, en virtud del procedimiento que conoce;*
- 10) *haber emitido opinión o consejo sobre el procedimiento, que conste por escrito o por cualquier medio de registro;*
- 11) *tener amistad que se manifieste por gran familiaridad o frecuencia de trato;*
- 12) *tener enemistad, odio o resentimiento que resulte de hechos conocidos; y,*

13) Cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecten su imparcialidad o independencia.” (C.S.J., 2001)

Y alcanza justamente al perito porque al ser auxiliar de justicia estando en concordancia el artículo 51 del mismo cuerpo legal.

Concepto profesional del perito

En general cualquier persona que no esté comprendida dentro de las generales de la ley puede ser ofrecida y ser llamada a ser testigo, pero en relación a los peritos no, el perito debe ser experto en su materia y esta materia debe ser relevante para la causa, y debe ser la ciencia o arte que explique el fenómeno relacionado con la litis o el proceso. La relevancia como medio probatorio del dictamen pericial está dada en la experticia del perito, en la correcta selección del mismo en base a la materia que domina.

Pero no todo se resume a la calidad habilitante, capacidad y experticia, sino también al momento de decidir por la intervención de un perito hay que tener en cuenta que, en cuestiones penales e incluso civiles hay peritos que gozan de reputación por su trabajo, y la reputación que tenga reconocida ante el juez también puede afectar a la credibilidad del dictamen.

El juramento del perito

El juramento del perito y la aceptación del cargo hacen a uno de los requisitos principales para que se pueda proceder a la pericia y a su posterior dictamen. El artículo 221 del C.P.P. paraguayano refiere en relación a la citación y aceptación del cargo que los peritos son citados en la misma forma que los testigos; y tienen el deber de comparecer y de desempeñar el cargo para el cual fueron designados. Si no son idóneos, están comprendidos en algunas de las incapacidades citadas, presentan un motivo que habilite su recusación o sufran un impedimento grave, lo manifestarán al comparecer, acompañando los elementos de prueba necesarios para justificar su afirmación.

Libertad

Debe ser un acto consciente, libre de violencia, dolo, cohecho, coacción o seducción

Prohibición legal de practicar la pericia

En algunas legislaciones existen prohibiciones de realizar ciertas pericias, porque las mismas han dejado de ser idóneas, por existir otros métodos más seguros, o porque la realización de la misma puede llegar a afectar derechos humanos, o derechos de la parte agraviada por la prueba. Pero en general recurrimos al artículo 165 del C.P.P. por el cual si se ha violado algún derecho de representación o defensa del encausado o estuviere expresamente definida en la ley la nulidad por inobservancia de la norma, la prueba o su agregación a la causa estaría prohibida e incluso podría llegar por la declaración de la nulidad por parte del tribunal como resolución del debido incidente, a resolver el sobreseimiento definitivo del encausado por la violación de los derechos de la defensa.

Perito único interviniente y pericia multidisciplinaria

El perito que acepta el cargo es el único responsable de realizar en su persona la pericia, no puede designar a otro perito por el mismo para haga parte o la totalidad de la misma, si bien puede consultar y asesorarse por otros peritos en relación a la metodologías y técnicas para una mejor obtención de resultados y fundamentación del dictamen. El perito no debe delegar a otro o a un tercero la realización de la pericia sobre la cual debe dictaminar, ni encargar a otra persona la realización de operaciones técnicas que refieran a la conclusión, en su caso deberá informar al juzgado la imposibilidad de la realización o la necesidad de designar nuevos peritos en razón a lo que ha encontrado.

En el caso de presentarse una complejidad tal que se necesitara de varias ciencias auxiliares para determinar la existencia del hecho o fenómeno en cuestión por lo cual se ha solicitado la pericia, salvo prohibición expresa en la norma, se podrá solicitar una pericia multidisciplinaria, un claro ejemplo se da cuando se pide un estudio psicológico y psiquiátrico

multidisciplinario, frente al cual podrán emitir un dictamen conjunto los profesionales, para la mejor comprensión de lo peritado.

Secreto Profesional

El perito, así como cualquier otro profesional deberá guardar el secreto profesional, en ningún caso podrá hacer público su informe si no lo autorizara el juez, ni tampoco puede emitir opiniones sobre los hechos y los autores al público y menos a los medios de prensa, lo cual haría totalmente inválido su peritaje, ya que su opinión debe ser reservada para el proceso y únicamente valorada por el juez.

Medio eficaz

Cuando nos referimos al medio eficaz hacemos referencia a que ciertos hechos se prueban por medios específicos, por ejemplo, no podemos solicitar una pericia dactiloscópica a un documento cuando lo que necesitamos probar es la legitimidad de la firma en un documento. Entonces la pericia también debe guardar relación con el medio eficaz para probarlo y en el caso anterior sería una pericia de documentoscopia.

Objeto de la pericia en razón de la materia

La cuestión guarda relación con la materia en cuestión del litigio y su fuero. En el fuero civil hay muchos tipos de juicios que guardan un mismo procedimiento, pero tienen cierta especialidad en razón al juicio en sí mismo, por ejemplo, si bien el desalojo y reivindicación ambos terminan desalojando a quien ocupa la res litis, no sería conducente solicitar una pericia balística, porque es exclusiva del fuero penal. Existen entonces por lo tanto ciertas pericias que son exclusivas del fuero al que corresponden.

Igualdad, bilateralidad y contradicción

Este requisito es uno de los requisitos más importantes porque asegura la bilateralidad de las partes y el acceso a las partes a poder probar, en primer lugar, hay que atender a que tanto la parte que ofrece como el juez mismo pueden ofrecer peritos, pero es necesaria que la adversa también participe y pueda ofrecer su perito a fin de también precautelar el principio de igualdad de las partes ante la ley. Es por esto que de todo acto procesal siempre se les notifica a las partes para que ofrezcan su perito o impugnen la diligencia.

Devis Echandía nos refiere que es necesario que se haya dado traslado del dictamen a las partes. El traslado es indispensable, para que la prueba quede controvertida y durante ese lapso se pueda solicitar las ampliaciones o aclaraciones y proponer objeciones... Si no se da ese traslado, el dictamen carecerá de mérito probatorio. Cuando el experticio se practicó en otro proceso, será necesario distinguir dos hipótesis: si la persona contra quien se aduce en el nuevo o distinto proceso fue parte en aquél, tiene mérito probatorio normal si allí tuvo traslado en legal forma; pero en caso contrario, contra esa persona, que será un tercero respecto a la práctica de la prueba, carece de todo mérito probatorio. (Devis Echandía, Compendio de la prueba judicial Tomo II, 2007, pág. 112)

Dictamen ajustado a los puntos de pericia

El peritaje de por sí debe estar acotado a los puntos de pericia solicitados, no debe extenderse en cuestiones meramente técnicas, ni tampoco referido a cuestiones subjetivas de la materia. Toda la pericia debe girar en torno a lo solicitado, aunque si es posible que surjan nuevas cuestiones que no fueron solicitadas, lo cual si es relevante debe relacionarse con lo solicitado en los puntos de pericia. Aunque en realidad el dictamen no debe contener opiniones personales, ni discursos doctrinarios, sino que claramente debe referir a la descripción del fenómeno observado en general e ir al desarrollo de los puntos en particular solicitados por las partes. Lo que hay que recordar que el perito describe aclarando con su conocimiento en la ciencia el fenómeno que se le presenta respondiendo a los puntos de oscuridad que las partes

desconocen o si conocen necesitan dar certeza a través del sostén científico del experto en la materia.

Presentación del dictamen

El dictamen pericial se presenta por escrito y se agrega por la lectura, pudiendo exponerlo ante el tribunal el mismo perito pudiendo ser interrogado por los miembros del tribunal o las partes. Su declaración versará pura y exclusivamente en relación al peritaje realizado. El dictamen se presenta por escrito, firmado, foliado y por duplicado debiendo el funcionario que lo recibe poner el cargo con la fecha y hora de recibido en la copia que queda en poder del perito.

El artículo 223 del C.P.P. paraguayo refiere que el dictamen será fundado y contendrá una relación detallada de las operaciones practicadas y sus resultados, las observaciones de las partes o de sus consultores técnicos y las conclusiones que se formulen respecto de cada tema estudiado, de manera clara y precisa. Los peritos podrán dictaminar por separado cuando exista diversidad de opiniones entre ellos. El dictamen se presentará por escrito firmado y fechado, sin perjuicio del informe oral en las audiencias. (C.S.J., 2001)

Fundamentación del dictamen

El dictamen y su conclusión deben estar debidamente fundamentados, para poder explicar la razón de los resultados obtenidos, y los métodos y técnicas utilizadas debiendo referenciar sus conclusiones con los fundamentos que explican las razones que lo condujeron a esas conclusiones, siendo las mismas expresadas en términos simples y en caso de necesitar terminología especializada deberá explicar el significado de tal manera que pueda ser comprensible para los miembros del tribunal y las partes involucradas.

El perito evitará en su redacción caer en formalismos técnicos, oscuridad o deficiencia, mediante la simple lógica y la coherencia de sus explicaciones. El juez mediante la sana crítica evaluará y otorgará el valor que considere conveniente en relación al grado de convicción del

dictamen. En general el Juez también observará los demás peritajes de los otros peritos de parte, y sin importar si hay o no uniformidad en las conclusiones, ya que el Juez mismo es quien dará valor a la conclusión que más convicción le cause o elaborará su propia conclusión en base a todas las demás existentes en los dictámenes.

Claridad, congruencia y lógica de las conclusiones

Es imprescindible la claridad de las conclusiones, tanto en su mensaje como en su terminología, a fin de que no causen dudas ni dejen puntos oscuros por los cuales puedan dar lugar a la duda tanto del juzgador como a las partes.

Debe existir una lógica de relación entre la forma en que fue analizado el fenómeno, como se develo ante los sentidos del investigador, como la teoría científica apoya a ese fenómeno observado y como finalmente se relaciona con la causa

Debe ser ordenado en su desarrollo partiendo de la observación del hecho, comparando la teoría científica en relación al tema, relacionando lo observado y la teoría a lo peritado, y concluyendo explicando sus resultados de manera, verosímil, lógica y simple.

Conclusiones coherentes y verosímiles

Las conclusiones arribadas por el perito no pueden plantear cuestiones hipotéticas, deben ser concretas y comprobables en la realidad, es por esto que se le ha llamada a traer luz sobre el tema, con su conocimiento científico o artístico. Ahora bien, el juez puede determinar que en base a su sana crítica y lógica que el dictamen no es convincente y negarse a aceptar las conclusiones del dictamen. Esa facultad del juez la libre crítica al dictamen de los peritos, ya que hará forzosamente en su sentencia la valoración de la prueba, y es por esto que el aforismo jurídico sostiene que “el Juez es perito de peritos”.

Señala Devis Echandía que “naturalmente, el juez tiene facultades para solicitar de oficio la ampliación o adición del dictamen, en cualquier momento de las dos instancias, antes de

dictar la respectiva sentencia, ... El segundo sistema es el que las partes (procesado y su apoderado o defensor, parte Civil y ministerio público), pueden pedir adiciones al cuestionario antes de que los peritos hayan rendido dictamen o después durante el traslado de éste, para lo cual presentarán los correspondientes cuestionarios. También el juez puede ordenarlas de oficio, en cualquier tiempo” (Devis Echandía, Compendio de la prueba judicial Tomo II, 2007, pág. 122) y en relación a esto nuestro sistema penal permite al juez realizar tantas diligencias como considere necesarias durante el proceso como medidas de mejor proveer en el artículo 394 del C.P.P. por el cual excepcionalmente, el tribunal puede ordenar la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas, que requieran su esclarecimiento, cuidando de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes. (C.S.J., 2001)

Coherencia con el resto del caudal probatorio

El resultado de la pericia no debe ser desvirtuado por otras pruebas, aunque la pericia en si puede ser desvirtuada por hechos nuevos, pero no el peritaje realizado, porque debe tener plena eficacia probatoria y además plena certeza por los fundamentos teóricos científicos que se utilizaron y los prácticos que dieron lugar a las conclusiones obtenidas.

Puede haber tres dictámenes diferentes, pero no tan alejados del resultado final, y es aquí donde el juez mediante la sana crítica hará su síntesis y valorará o descubrirá y fundamentará el porqué de su decisión.

Devis Echandía señala que Es absurdo ordenarle al Juez que acepte ciegamente las conclusiones de los peritos, sea que lo convenzan o que le parezcan absurdas o dudosas, porque se desvirtúan las funciones de aquél y se constituiría a éstos en jueces de la causa. Si la función del perito se limita a ilustrar el criterio del Juez y a llevarle el conocimiento sobre hechos, como actividad probatoria, debe ser éste quien decida si acoge o no sus conclusiones. (Devis Echandía, Compendio de la prueba judicial Tomo II, 2007, págs. 112-113)

Adición o retractación del peritaje

De presentarse adiciones o retractaciones por parte del perito, el juez deberá analizar en primer lugar las razones por las cuales se ha retractado o adiciona, y si esta guarda coherencia, verosimilitud y logicidad, luego de determinar lo anterior podrá decidir si rechazar la totalidad el peritaje, aceptar la modificación, o rechazar y pedir un nuevo peritaje con otro perito. También deberá atender si la modificación es total o parcial y determinar la credibilidad en la idoneidad del perito.

Echandía señala que se entiende por retractación del testimonio el acto por el cual la persona que declaró en un proceso le manifiesta luego al juez que no es cierto lo que dijo anteriormente. El testigo goza de completa libertad para retractarse y no necesita aducir prueba alguna de error, no importa que reconozca que obró con dolo en su testimonio, es decir, de que declaró falsamente a sabiendas, pues es un motivo mayor para quitarle la eficacia probatoria... Si el testigo manifiesta que ocurrió en un error de memoria o de percepción o por otra causa, por lo cual se rectifica o retracta, los efectos de tal acto sobre el mérito probatorio de su testimonio varían según el alcance de esa rectificación; si manifiesta que en realidad nada le consta sobre el hecho, se elimina totalmente; si se limita a modificar sustancialmente el contenido de su declaración, debe aplicarse el criterio que rige para el caso en que el testigo incurre en graves contradicciones y ninguna credibilidad merece; si las rectificaciones se refieren a circunstancias accesorias, el juez debe apreciar en conjunto su testimonio y sus aclaraciones, para fijarle el grado de verosimilitud que le merezca, de acuerdo con las circunstancias de cada caso. La rectificación debe ser en nueva audiencia (o diligencia en lo penal) con las formalidades del testimonio, o puede ocurrir en la misma en que se declara, antes de que concluya (Devis Echandía, Compendio de la prueba judicial Tomo II, 2007, pág. 70). Ahora bien, tal como lo señala Echandía al testigo se le permite rectificar su testimonio, entonces es plenamente válido que el perito pueda rectificar su peritaje y conclusión.

Presentación en tiempo y forma

Al ordenar la pericia el juez estipula un tiempo prudencial para la entrega del dictamen sobre el peritaje de todas las partes, de no entregar el perito en el plazo estipulado podrá ser intimado y si no lo entregase, es sancionado con un sumario pudiendo serle retirada la matrícula habilitante para ejercer la profesión, y será designando un nuevo perito con el mismo plazo para que realice la pericia y su dictamen.

Valor probatorio del dictamen de los peritos y su apreciación por el juez

Dos medios de valoración existen, el sistema de tarifa legal que otorga un valor previo a cada tipo de medio probatorio, teniendo la confesión y la declaración como los medios más valorados, y el que se utiliza en la actualidad en nuestro sistema penal que es la valoración por la sana crítica fundamentada.

Señala Echandía que en muchos casos el juez carecerá de conocimientos sobre la materia, por lo cual no estará en situación de saber si las explicaciones técnicas, artísticas o científicas del perito adolecen o no de error, y entonces deberá aceptarlas, a menos que sea evidente su falta de lógica, su oscuridad o su deficiencia, o parezcan inverosímiles; pero en otros casos el juez puede estar en condiciones de apreciar el valor de esos fundamentos y de rechazarlos por contradecir normas generales de la experiencia o hechos notorios, u otras pruebas que obren en el proceso y que le den un mayor grado de convicción, o por ser contradictorios, sin que importe que sea un dictamen uniforme de dos peritos (Devis Echandía, Compendio de la prueba judicial Tomo II, 2007, pág. 111). En nuestra legislación no existe el resultado de plena prueba de un hecho cualquiera, siempre en el sistema acusatorio es necesaria la contradicción y la prueba de lo alegado por las partes, una confesión no hace plena prueba de lo alegado, y por lo tanto por más que la parte así lo manifieste, debe ser probado por el acusador, en este caso el Ministerio Público.

La opinión del perito como auxiliar no obliga al juez a fallar de conformidad al peritaje, es tan solo un elemento más que va a formar la convicción del juez sobre la existencia o no del hecho y la autoría, es por esto que Echandía señala que “Corresponde al juez determinar la

credibilidad y el grado de eficacia probatoria que le merezcan los testimonios, de acuerdo con los principios generales de la sana crítica y atendiendo a las condiciones intrínsecas y extrínsecas de cada uno y a la calidad, la fama y la ilustración de los testigos; para esta crítica el número de testigos sólo tiene importancia secundaria, como complemento de la buena calidad de los testimonios, ya que valen más pocos buenos que muchos malos, pues como suelen recordar los autores: "los testimonios se pesan y no se cuentan" (Devis Echandía, Compendio de la prueba judicial Tomo II, 2007, pág. 90). Lo que hayan dictaminado los peritos, puede darle al juez mayor o menor credibilidad sobre la existencia o no de los hechos, pero es finalmente el juez quien en base a su sana crítica decidirá el valor de la pericia y se fundamentará en su experiencia y en su peculiar apreciación de los hechos en relación a la totalidad del caudal probatorio presentado ante él.

La sana crítica como método de valoración

A fin de comprender como se ha llegado hoy en día a utilizar en la legislación actual del al República del Paraguay a sana crítica como medio de valoración de las pruebas, es necesario comprender la evolución de los diferentes sistemas de valoración previos a ella.

El sistema de la prueba tasada

Existen varias formas o sistemas de valoración de la prueba, pero la ley procesal debe determinar el sistema por el cual se valoran las mismas, en ciertos casos la ley determina ya el valor que tiene cada prueba y de esta manera el juez no puede apartarse de esa taxativa valoración. La crítica a este sistema se centra en que es un sistema rígido generalizado que no se ajusta a la flexibilidad necesaria de la particularidad de cada causa, el derecho en sí no es una aplicación de una fórmula lógica o matemática, de si A entonces B y no C, cada caso es particular y una prueba puede dar más certeza que otra y quedamos en este sistema sujetos únicamente al valor por el medio mismo de prueba y no por lo que el medio ha probado, el juez debe ser libre de poder darle un valor de acuerdo a lo probado.

Vázquez Rossi explica claramente que este sistema es donde el juzgador se encuentra constreñido por el ordenamiento que le determina los momentos y medios probatorios, las condiciones, solemnidades y registros de los mismos y el valor acreditante que se confiere. La influencia de este enfoque ha marcado el desarrollo doctrinario que, en general, sigue ligado a la señalada perspectiva. El sistema es connatural de los procedimientos escrituristas, donde lo que fundamentalmente importan son los registros (*quod non in actis, non est in mundo*) y donde se atiende más a determinadas formalidades que a los auténticos contenidos, pero no puede desconocerse que muchas de sus modalidades perviven en códigos relativamente modernos y en los modos de actuación de los operadores judiciales. Pero al margen de la fuerza de viejos hábitos, no puede desconocerse que el método, al menos en su estricta regulación y configuración clásica, ha perdido vigencia. Las muchas críticas formuladas por la doctrina en el sentido de que el sistema de tasación legal de la prueba implicaba una intolerable intromisión del legislador sobre el juzgador, automatizaba de forma rígida la valoración y convertía el cumplimiento de requisitos formales en criterio de verdad irrefutable, fueron imponiéndose legislativamente y provocando la desaparición de tal método (Vázquez Rossi, 1997, pág. 342).

Sistema de libre convicción

El sistema de libre convicción es el directamente opuesto al sistema de prueba tasada, como su antítesis, en la cual el juez valora libremente la importancia que le da a cada prueba sin importar el medio probatorio ni tampoco el resultado de la prueba, con lo cual estamos ante la posibilidad de la arbitrariedad total que podría manifestarse a través de la decisión del magistrado.

Heberto Amílcar Baños señala que La libre convicción, en cambio, no tiene porqué apoyarse en hechos probados: puede apoyarse en circunstancias que le consten al juez aun por su saber privado; no es menester, tampoco, que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de ser controlada a posteriori; basta en esos casos con que el magistrado afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera, sin que se vea en la necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida (Baños, 1954).

Sistema de la sana crítica

La sana crítica como sistema de valoración surge como una síntesis de las dos anteriores, si bien existen presunciones que no pueden ser valoradas porque son pruebas por sí mismo, y si bien el juez decide libremente en base a su experiencia, no queda la valoración librada al simple arbitrio del juez, quien no solo debe dar las razones por las cuales llega a esa convicción, sino que debe fundamentarlas en la ley misma y en los principios de correlación con los hechos, logicidad, coherencia.

En referencia al tema Devis Echandía sostiene que el juez es libre para valorarlo mediante una sana crítica, dejando la valoración del dictamen al libre criterio del Juez, basado en sus conocimientos personales, en las normas generales de la experiencia, en el análisis lógico y comparativo de los fundamentos y de las conclusiones del dictamen, como se acepta en los modernos códigos de procedimiento y en todos los procesos nuestros. Es absurdo ordenarle al Juez que acepte ciegamente las conclusiones de los peritos, sea que lo convenzan o que le parezcan absurdas o dudosas, porque se desvirtúan las funciones de aquél y se constituiría a éstos en jueces de la causa. Si la función del perito se limita a ilustrar el criterio del Juez y a llevarle el conocimiento sobre hechos, como actividad probatoria, debe ser éste quien decida si acoge o no sus conclusiones. (Devis Echandía, Compendio de la prueba judicial Tomo II, 2007, pág. 113)

También refiere al tema Couture la sana crítica domina el común de nuestros códigos y es, sin duda, el método más eficaz de valoración de la prueba. Sin los excesos de la prueba legal, que llevan muchas veces a consagrar soluciones contrarias a la convicción del juez, pero también sin los excesos a que la arbitrariedad del magistrado podría conducir en el método de la libre convicción tomado en un sentido absoluto, reúne las virtudes de ambos, atenuando sus demeritos. La superioridad de un método de esta índole sobre los restantes, es indudable. Salvo los casos de excepción, que, como queda dicho, deben ser reservados para aquel tipo especial de conflictos en los cuales la prueba huye del juez de tal manera que borra hasta los rastros del hecho, el método de la sana crítica satisface plenamente las exigencias del proceso civil moderno. (Couture, 1958, pág. 276)

Como podemos ver la sana crítica como sistema de valoración pareciera ser la mejor forma de poder valorar las pruebas, pero ésta sana crítica no es la panacea, la realidad de la sana crítica es que al permitir un amplia fundamentación el juez puede integrar como fundamento cualquier área fuera de su conocimiento, siendo tan abarcativo que solo basta la fundamentación de su decisión, hasta pudiendo integrar astrofísica dando un ejemplo en su decisión y esto siendo ajustado a derecho, y es aquí donde se sostiene el aforismo por el cual se dice que el Juez es perito de peritos, en primer lugar porque hace su propia valoración sobre el resultado del peritaje y no es obligatoriamente vinculante a su decisión, lo único que es vinculante a su decisión es la fundamentación que debe tener cierto rasgo de coherencia y logicidad con la ley y la realidad observable en los hechos demostrados en el juicio, y esto lo demuestra el artículo N° 256 de la Constitución Nacional de 1992 en donde señala la necesidad de fundar las sentencias de conformidad los artículos 125,175, 478 del C.P.P. y demás concordantes.

Finalmente, Couture no aclara que el derecho no es mecánica o lógica o matemática simple, porque refiere:

“Ni el juez es una máquina de razonar ni la sentencia una cadena de silogismos. Es, antes bien, una operación humana, de sentido preferentemente crítico, pero en la cual la función más importante incumbe al juez como hombre y como sujeto de voliciones. Se trata, acaso, de una sustitución de la antigua logicidad de carácter puramente deductivo, argumentativo, conclusional, por una logicidad de carácter positivo, determinativo, definitorios” (Couture, 1958, pág. 288)

También Devis Echandía hace referencia concordando con Couture de la siguiente forma:

“Para que ese pleno convencimiento se produzca, es indispensable que la conclusión sea precisa y segura, que aparezca como resultado lógico inmediato y no como el final de una dispendiosa cadena de argumentaciones y silogismos, cuya complicación estará indicando precisamente, todo lo contrario.” (Devis Echandía, Compendio de la prueba judicial Tomo II, 2007, pág. 294)

Barranco señala que, si la única verdad que está en juego es la establecida por el juez en la sentencia, esto amplifica la necesidad de entender la estructura de la decisión judicial la cual que ampliamente indeterminada si no se especifica cual es la relación entre la decisión y los hechos, es decir, si se puede o no, si se debe o no tender a reconstruir los hechos con el máximo de veracidad posible (Barranco, 2017) .

La argumentación

Definición

La argumentación esta originada en la necesidad de convencer a los demás en nuestro caso la argumentación se da en las audiencias orales, juicio o en las clases. La Real Academia Española nos trae como definición de argumentación los siguiente: “1. *intr. Aducir, alegar, dar argumentos. U. t. c. tr. y menos c. prnl.* 2. *intr. Disputar, discutir, impugnar una opinión ajena. No argumentes más, las cosas son como son. U. t. c. prnl* 3. *tr. Dotar de argumento una historia, un guion, una película, etc.*” (D.R.A.E., 2019)

La argumentación busca convencer y por lo general para poder argumentar se necesita la intuición y persuasión a los demás sobre nuestro punto de vista, pero en la argumentación jurídica deben coexistir otros elementos más como ser una reflexión que debe ser en apariencia sistemáticamente lógica tal que cause el mayor convencimiento sobre nuestro punto de vista.

Ossorio señala en el diccionario jurídico que Argüir como sinónimo de argumentar se define “Argüir: Argumentar contra una proposición o aserto. Disputar impugnando sentencia u opinión de otro. | Deducir, inferir consecuencias o razones... Argumento Armisticio en apoyo de una causa. | Probar, singularmente por indicios. | Alegar. | Acusar, culpar. ...Argumento: Razonamiento que se emplea para probar o demostrar una proposición, o bien para convencer a otro de aquello que se afirma o se niega (Dic. Acad.). | Indicio, señal. “ (Ossorio, 2007).

La argumentación jurídica presenta una característica específica, por tratarse de enunciados generales y de una aplicación específica al caso, no solo debe atender a los factores de coherencia y verosimilitud, sino también se debe atender a que no es un simple silogismo,

premisa mayor + premisa menor y tenemos un resultado, no la realidad es que todas las premisas que conforman la legislación son de carácter interpretativo, por ejemplo las normas constitucionales establecen principios y enunciados que posteriormente se definen en la ley de fondo y forma, pero estas leyes están sujetas a la interpretación Constitucional, y es por esto que el derecho penal en interpretación es restrictivo en cuanto al juez y al acusador pero es extensiva la interpretación en favor del procesado, Chaumet nos aclara: “Los principios constitucionales son evidentemente abiertos, hay que asumir su vaguedad. Fácil es conjeturar que todos podemos estar de acuerdo en proteger el interés superior del niño, en respetar el ambiente, en evitar el daño, permitir el acceso efectivo a una solución judicial que en el cielo de los principios no tiene contradictores. Pero si yo digo "sea el interés superior del niño..., sea la protección del ambiente..." "sea el no dañar..." y ahora expreso una afirmación, seguro que en la sociedad va a haber alguien que levante la mano y diga “yo no estoy de acuerdo”, "para mí...", “en mi opinión...” (Chaumet, 2017, pág. 254), y por supuesto la normativa en su generalización es vaga por su generalidad misma y debe necesariamente pasar ser general en su aplicación y en esta aplicación es la subsunción del hecho a la norma, lo que hace que la aplicación sea particular y por lo tanto su argumentación debe pasar de la generalidad de la norma a la especificidad del hecho mediante un análisis, una dialogo y una retórica adecuada a la situación de quien fundamenta, ya que cada parte debe acomodar su análisis, su discurso y la necesidad de ser convincente, como el de la defensa y el de la parte acusadora para llevar al juez al convencimiento, mientras que el juez solo debe fundamentar su decisión alejado de todo subjetivismo.

Oratoria, retórica, dialogo y discurso

Por lo general la oratoria es el arte de hablar elocuentemente, pero la retórica es la oratoria con la finalidad de persuadir de un argumento, la retórica es parte de la comunicación en sus diferentes formas, pero también existe el dialogo entendida como una simple interacción de comunicación entre dos o más personas y el discurso que es una comunicación unilateral dirigida a un auditorio. En relación a lo anterior se sostiene que:” la noción de complejidad que venimos utilizando, construimos una noción de argumentación que involucra sus dimensiones

analítica, dialéctica y retórica, en las que reconocemos un sustrato lingüístico. Por eso hemos sostenido que la dimensión analítica de la argumentación jurídica es necesaria y satisface condiciones que hacen factible toda argumentación. Le otorga comprensión, coherencia, orden, claridad y proporciona un criterio de control de los argumentos, que sirve también para las otras dimensiones.” (Chaumet, 2017, pág. 260)

En referencia a la retórica en la argumentación judicial señala Taruffo que existe una retórica del proceso dentro de la cual se distinguen retóricas más específicas, como la del abogado, que pretende persuadir al juez de que tiene razón y la del juez, que al motivar la sentencia pretende persuadir (a las partes, a los abogados, a la opinión pública) de la bondad de la decisión que ha tomado) Por otra parte, existe también una retórica de la doctrina que se ocupa del proceso con la pretensión de acreditar teorías acerca del mismo: es más, las teorías sobre la prueba y sobre la determinación de los hechos no serían más que argumentaciones retóricas (Taruffo, La Prueba de los Hechos, 2011, pág. 49).

Tanto la defensa y la parte acusadora deben de utilizar un dialogo discursivo retórico, y es así porque cada uno dentro del contradictorio tiene la posibilidad de exponer su punto y posteriormente la adversa tiene la posibilidad de rebatirlo, pero toda bajo la dirección del tribunal y precluyendo cada etapa, es por esto que en cada momento de argumentar se aplica la réplica y la dúplica. Todo argumento está orientado a convencer y muchas veces en esa argumentación por la vorágine del proceso y los tiempos, por todo lo que significa la oralidad en el proceso penal se pierde el objeto del proceso que es la búsqueda de la verdad, y finalmente se termina construyendo una verdad procesal que no es la verdad real, pero es más creíble que la verdad misma.

Taruffo nuevamente refiere que uno de esos fundamentos, que parece ser el más difundido entre los juristas y no carece tampoco de manifestaciones entre los filósofos consiste simplemente en dar por descontada la posibilidad de que en el proceso se determine la verdad de los hechos. A menudo esta aproximación parte de alguna forma más o menos consciente de realismo ingenuo, es decir, de la presuposición de la existencia de la realidad empírica y de la capacidad del intelecto humano para tener conocimientos verdaderos acerca de esa realidad; no faltan, por otra parte, versiones muy genéricas de la «teoría de la correspondencia» en las que

se da por descontado que el conocimiento se «corresponde» con la realidad, siendo precisamente por ello verdadero. También refiere que, en la praxis judicial, los abogados tienden a menudo a usar las pruebas (y sus respectivos procedimientos) como instrumentos retóricos con los que pretenden persuadir más que como instrumentos cognoscitivos que constituyan la base de una decisión racional sobre la verdad de los hechos. Sin embargo, ninguno de estos aspectos permite ser generalizado (Taruffo, La Prueba de los Hechos, 2011, pág. 86)

Los controles de la argumentación jurídica

Racionalidad del argumento

Como argumentación uno puede argumentar lo que quiera siempre y cuando cause persuasión, pero en un proceso judicial toda argumentación está sujeta en primer lugar a la relevancia para la causa y su vinculación con el hecho, el segundo control está dado en la racionalidad del argumento, el mismo argumento debe estar referido racionalmente y en concordancia con los hechos probados, y Taruffo señala en referencia que esta función de la racionalidad puede explicarse esencialmente de dos formas: ex ante, en la medida en que el juez controle el fundamento de su propio razonamiento sobre las pruebas desarrollándolo mediante criterios racionales o, en todo caso, dando cada paso, además del razonamiento completo, sobre la base de esos criterios. Ex post, en la medida en que la validez del razonamiento del juez puede ser verificada posteriormente por otros sujetos, mediante los mismos criterios, a través del control sobre la motivación del juicio de hecho (Taruffo, La Prueba de los Hechos, 2011, pág. 422)

Encadenamiento lógico de inferencias

El tercer control está dado por un claro y lógico paso entre inferencias, no se puede dar certeza de un resultado si los pasos anteriores no están debidamente encadenados de forma lógica, como para crear en el receptor la convicción necesaria sobre cómo ocurrieron los hechos

y la autoría. Taruffo vuelve a señalar que “...Así pues, un razonamiento es racional si son válidos los pasos inferenciales que lo componen, y una valoración es irracional si no se formulan sus respectivas inferencias o éstas no son válidas...” (Taruffo, La Prueba de los Hechos, 2011, pág. 424)

La convicción lógica del hecho más probable

Lo probado debe fundamentar lo más probable para poder romper con el principio de la duda razonable o *in dubio pro reo*, dando tanta certeza al razonamiento que es la única conclusión lógica como para explicar los hechos. Se señala que es frecuente la remisión a la probabilidad como concepto que sirve para calificar el resultado de la inferencia no deductiva ya que, por otra parte, existen diversos conceptos de probabilidad y que no todos ellos son aplicables correctamente a las inferencias en materia de prueba (Taruffo, La Prueba de los Hechos, 2011, pág. 425)

Coherencia del razonamiento no contradicción

La coherencia está dada en que no exista contradicciones en su argumento, no solo referido a lo argumentado sino en el relacionamiento con las pruebas. Por un lado, no puede argumentar lo contrario a lo probado, y tampoco argumentar solo lo que le conviene de lo probado sin desvirtuar lo que no le conviene de lo probado. No puede haber contradicciones en el mismo tanto en los hechos como en la interpretación de los mismos. Señala Taruffo que “La contradicción entre los elementos de prueba considerados *ex ante* es fisiológica y, por tanto, razonable. No obstante, esta contradicción debe resolverse en la valoración de las pruebas porque ésta, es decir, el juicio sobre el hecho, debe producir un resultado unívoco, aunque -evidentemente- basado en un criterio de aceptabilidad prevaleciente.” (Taruffo, La Prueba de los Hechos, 2011, pág. 426)

La incorporación de la prueba científica en la argumentación jurídica

La prueba científica posee una rigurosidad gracias a su metodología, pero el resultado obtenido, si bien es científico no es relevante a la causa, o el propio resultado es inservible porque no demuestra nada, por lo tanto, la argumentación en primer caso sobre la necesidad, relevancia y lo que demostraría el resultado de la prueba científica se imponen a priori.

La diferenciación de la prueba científica

En cierta forma la prueba científica es certera, pues mediante la corroboración en la realidad, praxis o empíricamente se sostiene la certeza de lo que se ha hipotéticamente esbozado como teoría, tal como señala Alvarado Velloso, "...Adviértase que, si se lanza un objeto hacia el ciclo, por ejemplo, inexorablemente caerá: una o un millón de veces (en rigor, tantas cuantas se arroje el objeto). Esto permite la formulación de una ley cuya existencia se probará siempre, en todo tiempo, en todo lugar y por toda persona, sin admitir jamás la posibilidad de la existencia de opiniones encontradas acerca de ella..., hay una prueba científica acerca de la proposición. Compare ahora el lector estos resultados definitivamente incontestables con el que arrojan cuatro testimoniales acerca de un mismo hecho: la experiencia judicial demuestra hasta el hartazgo que aun si los testigos obran de buena fe, darán versiones distintas y, muchas veces, claramente antagónicas..." (Alvarado Velloso, 2006, pág. 16) , claramente vemos que el facto emocional, la experiencia propia de vida, la profesión, el concepto de verdad y justicia que tenga cada testigo, puede hacer variar la percepción de un mismo hecho, pero eso factores no son todo, también entra en juego la capacidad física de cada sujeto, la capacidad de percibir a través de sus sentidos, sumado a la capacidad intelectual de comprender lo que ha percibido.

La diferencia está en relación a la forma de percibir, que lo es todo, en tanto intelectual como también biológico, ya que la percepción es en primer lugar la recepción de un impulso externo o interno a través de los órganos receptores, el cuales transmitido por las células nerviosas en forma codificada, y ese impulso llega las terminales nerviosas del cerebro donde nuevamente es decodificado, interpretado, valorado y guardado o archivado a largo plazo o acorto plazo, dependiendo de la valoración y de la capacidad de memoria del sujeto en cuestión.

La prueba científica, es diferente, el fenómeno es observado una cierta cantidad de veces, las necesarias como para poder predecir que va a ocurrir o actuar el sujeto de la misma manera, como ejemplo podemos traer el paso de la psicología a un nivel científico, lo cual lo alcanzo gracias a la escuela psicométrica, por la cual se pudieron elaborar test que dan un resultado científico, pero meramente orientador, a su misma vez la psicología crea su base científica en las matemáticas con la estadística y la probabilidad.

Cada ciencia cuenta con su propia técnica para desarrollar la metodología científica por la cual arroja un resultado de rango científico, pudiendo enunciarlo como ley. Pero la prueba científica, sin argumentación no prueba necesariamente nada.

La certeza de la prueba científica en la argumentación

Alvarado señala la necesidad de conceptualizar, y por eso es que diferencia el concepto de prueba, con medio probatorio y confirmación tal como señala Esta enorme diferencia conceptual existente entre los diversos "medios de prueba" hace que la más moderna doctrina se abstenga de utilizar dicha palabra prueba y prefiera el uso del vocablo confirmación (significa reafirmar una probabilidad): en rigor, una afirmación negada se confirma con diversos medios que pueden generar "convicción" (o certeza o crédito) a un juzgador en tanto que no la generan en otro.

Entonces la certeza de una prueba obtenida mediante un medio probatorio legalmente diligenciado, no da certeza de nada si no es verificado, y si no se verifica no cumple con su función, crear una convicción que va más allá de la verdad real y/o procesal.

Ahora bien, si se sostiene de lo anterior la confirmación que crea la convicción, estamos ante una separación del prueba y verdad, en pos de la convicción, y tal y como nos referimos anteriormente al ejemplo que daba Alvarado sobre la diferenciación de prueba científica con la testimonial, el resultado de la prueba queda al libre albedrío de la interpretación de la misma.

La interpretación de la prueba y la fundamentación

Ambos son dos conceptos totalmente diferentes, en primer lugar partimos de la rigurosidad de una ley científica que describe la probabilidad de la ocurrencia de un fenómeno, esta ley fundamental es interpretada y acomodada como lo es la subsunción a la inversa, por lo cual se atribuye a la descripción del fenómeno el hecho relevante jurídicamente, y acá estamos ante el mismo problema inicial de la prueba testimonial, nuevamente el fenómeno es aprendido y de esa manera conocido a través de la explicación de quien quiere utilizar la prueba, con toda la intencionalidad de la parte, sumada a la carga biológica y emocional de quien argumenta, y a su misma vez es percibida por los sentidos y asociada con los hechos de manera personal por cada parte integrante del proceso, sin entrar a diferenciar si el juez es parte o no doctrinalmente, que claramente lo es pero es una parte imparcial un tercero “objetivo” con sana crítica.

La verificación y la sana crítica integradora

Chaumet nos refiere que “las normas no son por sí solas el derecho, en igual medida en que tampoco lo son los hechos o los valores. Para comprender un problema jurídico o una decisión judicial hay que analizar la interferencia que hay entre los hechos, las normas y los valores. El jurista que interviene en la aplicación del derecho inquiere siempre el sentido de las normas con vistas a los hechos..” (Chaumet, 2017, pág. 309), y es por esto que la verificación del hecho, a través de los resultados de la prueba producida mediante un medio probatorio, arroja un grado de certeza sobre cómo ocurrieron los hechos en base al grado de convicción que surta el argumento de la parte que lo prueba en busca de identificar la conducta en la norma y la necesidad de una sanción sobre el sujeto.

Este grado de convicción que surta o no la prueba es analizado por el magistrado, quien nuevamente en su subjetividad de la experiencia personal y mediante la precepción de los hechos a través del argumento y su correlación con los demás elementos de prueba aportados a la causa, decide sobre la existencia o no del hecho, la forma en que se realizó el hecho, la autoría y la pena, a través de la cual va a recomponer la paz social, en la doble función de la pena, como prevención, como reeducación y como sensación de seguridad social.

La prueba por sí misma no prueba nada, e incluso el resultado de la prueba, con una adecuada fundamentación puede llegar a probar lo contrario.

Cadena de Custodia

La cadena de custodia es la protección jurídica de la evidencia, la cual debe permanecer en todo momento bajo el control del órgano jurisdiccional y no como se hace actualmente que permanece en custodia de una de las partes y quien es precisamente la del órgano acusador, el Ministerio Público.

Morales nos señala que se requiere, durante todos y cada uno de los procedimientos involucrados en la correcta resolución de un caso, la aplicación de una metodología rigurosa y ordenada, basada en el uso de la evidencia física. Esta, constituida por todo objeto –inclusive el cadáver- que contribuye a confirmar o descartar posibles hipótesis, debe ser documentada, registrada y analizada según el método científico, y su manejo debe seguir las normas de cadena de custodia. (Morales, 2009, pág. 31)

Para el estudio del material se deben atender las recomendaciones de protocolos internacionales, el seguimiento de la normatividad vigente de cadena de custodia y, por supuesto, un adecuado y abundante registro fotográfico antes de iniciar la manipulación de las evidencias físicas. De igual forma y de acuerdo al caso es recomendable tomar algunas radiografías antes de realizar los siguientes procedimientos, los cuales permiten ofrecer criterios con estándares de calidad técnico científica. (Morales, 2009, pág. 75)

La cadena de custodia es un proceso custodia, protección y control de la evidencia, que asegura la integridad de la evidencia a fin de sean aceptados y valorados al momento de necesitado, debiendo cumplir con todas las formalidades a fin de que excluyan toda posibilidad de nulidad por contaminación de la misma, a fin de poder ofrecerla, producirla e introducirla como prueba en el proceso.

Definición

Vera Planás define a la cadena de custodia como un procedimiento establecido por la normativa jurídica que tiene el propósito de garantizar la integridad, conservación e inalterabilidad de elementos materiales de prueba como documentos, armas de fuego, muestras orgánicas e inorgánicas, proyectiles, vainas, armas blancas, etc., desde el momento que son encontrados en el sitio del suceso, hasta que son presentados en el juicio oral como medios de prueba. Su importancia radica en que garantiza el adecuado e idóneo manejo de los elementos materiales de prueba desde su identificación en el sitio del suceso, pasando por su tratamiento, análisis en los diferentes laboratorios, hasta el envío del resultado pericial correspondiente a la autoridad judicial competente. (Vera Planás, 2004, pág. 37)

En relación a lo anterior la cadena de custodia es parte de la normativa jurídica, aunque en la realidad no la encontramos en la ley misma y solo queda como una necesidad a futuro, un claro ejemplo en nuestra legislación es el tema de la creación de la policía judicial, quien debería realizar los peritajes y retener las evidencias e indicios, lo cual jamás se implementó y se continúa estando bajo la dependencia del Ministerio Público y al libre arbitrio de una de las partes del proceso.

En la actualidad solo en casos muy relevantes y mediáticos se tiene el cuidado de fingir la existencia de una cadena de seguridad, la realidad que los únicos que respetan un protocolo de seguridad son los médicos forenses, porque trabajan con material humano y deben cargar con una responsabilidad tal, con las partes, con el poder judicial y con la familia de la víctima, que pone en riesgo su carrera y su profesionalidad.

Fundamentación

Como parte de la cadena de custodia e información esencial para comprender la introducción de artificios en el cadáver, es importante saber si durante la diligencia de inspección se realizaron procedimientos técnicos para identificación (necrodactilia, recuperación de pulpejos, carta dental). Si quienes realizaron el estudio de la escena no lo consignan, el perito debe registrar los cambios que presenta el cuerpo, indicativos de que se

realizaron tales procedimientos, por ejemplo, presencia de tinta de necrodactilia, amputación de pulpejos o cortes en la cara. (Morales, 2009, pág. 34).

La cadena de custodia no solo permite la seguridad del manejo de las evidencias, sino saber quién y qué sucedió con la misma desde que se realizó el levantamiento de la evidencia, hasta el momento en que es presentada como evidencia y pase a ser prueba. La cadena de seguridad también informa en qué lugar esto depositada y hasta en dónde se encuentra, porque en el caso de la medicina forense, se extraen órganos o muestras del cuerpo para su análisis que posteriormente puede dar lugar a un segundo o tercer análisis.

La realidad es que en la República del Paraguay la cadena de custodia es más un simple protocolo que lo que debería ser, un procedimiento de seguridad máxima, que asegure la rigurosidad de los procedimientos científicos, y un resultado certero, y óptimo.

La cadena de custodia debe ser entendida como un sistema de pasos rigurosos y técnicos que deben prevalecer durante todo el proceso de la investigación judicial, para arribar a su etapa final del juicio oral evitando su contaminación, alteración, destrucción intencional o accidental por parte de todos los integrantes de la cadena, asegurando su conservación y garantizando la rigurosidad científica del resultado obtenido, como así también su destrucción final.

El artículo 17 inc. 8 de la Constitución Nacional de 1992 refiere la protección a los derechos procesales ya que posibilita que toda persona ofrezca, practique, controle e impugne pruebas; en concordancia con el principio de libertad probatoria, asegurando su eficacia, así mismo ya que el artículo 17 inc. 9 del mismo cuerpo legal sostiene que se garantiza al procesado que no se le opongan pruebas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas y por lo tanto existe la necesidad de la existencia de la cadena de custodia, como una realidad jurídica que acompaña a las evidencias a fin de que las evidencias no sufran ninguna contaminación, alteración o destrucción alguno, e incluso que no sean susceptibles de ser anuladas.

Características

El Comisario Vera Planás nos señala como característica de la cadena de custodia que es un mecanismo que permite registrar de manera cierta y detallada cada paso que se da con las evidencias encontradas en el Sitio del Suceso, de tal suerte de mantener un control del flujograma que ésta desarrolla o experimenta a través de los diferentes sistemas (policial, laboratorio) hasta llegar a las instancias judiciales. Este procedimiento, conforme a su finalidad, permite conocer en cualquier etapa de la tramitación del proceso, dónde se encuentra el elemento de prueba, quién lo tiene, nombre del perito a cargo, etc., lo cual lógicamente garantiza la seriedad o transparencia del dictamen emitido por los peritos o expertos de los diferentes Laboratorios de Criminalística, ajustado a la rigurosidad y calidad exigida en la investigación científica. Esta cadena se manifiesta mediante un formulario de registro de información que debe ser iniciado por el personal especializado o experto que se hace presente en la escena del crimen para realizar las diligencias periciales propias de una investigación criminal. (Vera Planás, 2004, pág. 37)

Entonces en relación a lo referido por el citado comisario podemos enumerar las siguientes características:

- a) Es un acto de procedimiento de relevancia jurídica
- b) Es un procedimiento científico de identificación, almacenaje, ubicación, custodia y entrega de evidencias
- c) Garantiza la transparencia del proceso
- d) Es realizado por personal especializado, policial, judicial y científico.
- e) Asegura la validez jurídica la prueba evitando nulidades.
- f) Abarca desde la ubicación, recolección, remisión, análisis laboratorial, registro por las partes, y por las distintas personas que intervienen en el proceso, hasta su destrucción final.

Principios recortes de la cadena de custodia

Nuevamente Vera Planas nos señala que:

- a) La cadena de custodia es el mecanismo que garantiza la autenticidad de los elementos de prueba recolectados y examinados. Por tanto, todo funcionario que participe en el proceso de cadena de custodia, deberá velar por la seguridad, integridad y preservación de dichos elementos.
- b) En la cadena de custodia participan los funcionarios policiales y personas bajo cuya responsabilidad se encuentren los elementos de prueba respectivos, durante las diferentes etapas del proceso penal. En tal sentido, todo agente de la policía que reciba, genere o analice muestras o elementos de prueba, forma parte de la cadena de custodia.
- c) La cadena de custodia se inicia en el mismo lugar de los hechos, con el personal policial o la autoridad judicial que se constituye primero en el sitio del suceso, continuando con los expertos que recolectan los elementos de prueba, luego los que participan activamente en su traslado y trabajo pericial y finaliza con los jueces que la reciben como medios de prueba.
- d) Los procedimientos de custodia deben aplicarse a todo elemento probatorio, sea un texto manuscrito, arma de fuego, cadáver o cualquier elemento físico. Esta misma protección y vigilancia debe extenderse de manera idéntica sobre las actas, formato de registro de cadena y oficios que acompañan el elemento.
- e) Es responsabilidad de todo funcionario policial que participa en el proceso de cadena de custodia, conocer los procedimientos generales y específicos establecidos para tal fin.
- f) Cada funcionario que participa en la cadena de custodia es responsable del control y registro de su actuación directa en el proceso.

- g) Al momento de recolectar los elementos físicos de prueba se debe dejar expresa constancia en el formato o acta de cadena de custodia, haciendo su descripción completa, registro de su naturaleza, sitio exacto donde fue encontrada, técnica empleada para manipularla y levantarla, y la identificación del funcionario que realizó estas últimas acciones de recolección.
- h) Todo elemento físico probatorio tendrá el registro de cadena de custodia el cual debe acompañar a cada uno de los elementos de prueba a través de su curso judicial. Por tanto, toda transferencia de custodia quedará registrada en el formato indicando: fecha, hora, nombre y firma de quién recibe y quién entrega.
- i) Toda muestra o elemento probatorio y contra muestra o remanente de ésta deben llegar debidamente embalados y rotulados, de acuerdo con los procedimientos establecidos en los manuales respectivos, conforme a la naturaleza del elemento o sustancia.
- j) Todo funcionario que manipula, levanta y embala elementos de prueba, deberá dejar constancia escrita en el dictamen pericial o informe respectivo de la descripción de los mismos, técnica y procedimiento utilizado, así como también las modificaciones realizadas sobre los elementos de prueba, mencionando si éstos se agotaron en los análisis o si quedaron remanentes, especialmente si se trata de sustancias estupefacientes u orgánicas.
- k) La cadena de custodia es pieza fundamental en el desarrollo investigativo y probatorio para el control y/o vigilancia de los elementos físicos de prueba encontrados en el lugar de los hechos cualesquiera que sean éstos.
- l) La cadena de custodia implica que tanto los elementos de prueba como los documentos que los acompañan se deben mantener siempre en lugar seguro.
- m) En los formularios de cadena de custodia deberán aparecer en forma legible el nombre y apellido, además del grado, dotación y firma del personal policial o perito que recibe y entrega, tanto en el original como en la copia.

- n) En el formulario de cadena de custodia no se admiten borrones, enmendaduras, espacios y líneas en blanco, tintas de diferente color o interlineaciones (palabras o signos entre líneas), como tampoco adiciones en la copia. (Vera Planás, 2004, págs. 38-39)

Responsabilidad

Si la prueba en el sistema acusatorio es el elemento fundamental por ser el medio de corroboración, descripción de los hechos y su autoría, sin ella no se podría determinar la autoría ni sancionar el hecho punible, y es por esto que de conformidad a todo lo anteriormente expuesto la prueba debe ser introducida lícitamente dentro del proceso a fin de dar certeza de los hechos y autoría mediante la valoración que realice el juzgador.

El tribunal valora la prueba a fin de poder decidir, las partes ejercen la acusación y la defensa en base a las pruebas, el contradictorio tal como lo dice la palabra versa sobre la producción de las pruebas en el mismo juicio. Se decide en base a ellas, la norma establece el rol del Ministerio Público; y de la Policía Nacional, como órgano auxiliar, quien posee la responsabilidad del relevamiento del lugar, la ubicación de los indicios, el registro de los indicios, el levantamiento de los indicios y su correcto empaquetamiento, el procesamiento en el laboratorio de los mismos y la entrega al Ministerio Público de conformidad al artículo 297 del C.P.P. “recoger y conservar los objetos e instrumentos relacionados con el hecho punible... debe custodiar, bajo inventario, los objetos que puedan ser secuestrados” (C.S.J., 2001), con lo cual la Policía Nacional es responsable de contar con los elementos necesarios para desarrollar la actividad y a su misma vez contar con un Formulario de cadena de custodia de evidencias a fin registrar toda la actividad que se realice con la misma como así también quienes la han realizado.

La cadena de seguridad implica un protocolo definido previamente por la autoridad competente, el cual debe ser seguido a cabalidad, por el cual se debe materializar en un formulario que debe contar el personal del departamento de Criminalística de la Policía Nacional al realizar el levantamiento de evidencias, de conformidad al artículo 176 del C.P.P.

siendo finalmente depositario de las evidencias el Ministerio Público tal como lo refiere el Art. 300 de la ley procesal “concluidas las diligencias preliminares, las actuaciones policiales y los objetos incautados serán remitidos al Ministerio Público, a más tardar, a los cinco días de iniciada la intervención policial” (C.S.J., 2001), ya que el Ministerio Público es el responsable de impulsar la acción penal pública, pero al ser parte es un craso error que una de las partes resguarde la evidencia física, con lo cual debería ser un tercer quien guarde la misma y es por eso que la ley define claramente la creación de la Policía Judicial.

Vera Planas en relación a la responsabilidad nos refiere que es primordial la buena protección del sitio del suceso y con ello la correcta conservación de las evidencias físicas que en él existan, para permitir que el Fiscal reciba los elementos con los cuales tipifica el delito e identifica el delincuente sin alteraciones que hagan obtener resultados equívocos, causando con esto alteraciones u obstrucciones en la eficiente administración de justicia. Por lo que, cualquier alteración producida por alguna persona que destruya, oculte o inutilice el cuerpo, los efectos o instrumentos de un crimen o simple delito, será sancionado penalmente con la pena señalada a la “Obstrucción a la Justicia”. Es en este contexto que son responsables directos en el procedimiento de la cadena de custodia cada uno de los funcionarios de la policía, sean éstos especializados o no, que tengan una participación activa en el manejo y tratamiento de los elementos físicos de prueba. (Vera Planás, 2004, pág. 39)

Existen en la norma la taxatividad en protección de la protección a las evidencias y elementos probatorios como por ejemplo el artículo 292 del C.P.P que determina la frustración de la persecución y ejecución penal, pero no hay instrumento alguno legal definido como protocolo real y tangible en nuestra legislación sobre la cadena de custodia, ha quedado como una mera enunciación tal y como se ha hecho con el tema de la policía judicial, quien sería el órgano encargado de efectivizar esta cadena de custodia.

CAPÍTULO III – MARCO LEGAL

Legislación positiva de la República del Paraguay

Para poder analizar la legislación de la República del Paraguay es necesario distinguir dos etapas dentro de la historia de la República del Paraguay, sin irnos tan lejos hasta las leyes de Indias, y enfocándonos en el siglo XX, la República paso por dos momentos que marcaron su destino, en primer lugar, la instauración de la dictadura, en la cual se mantuvo vigente el Código de Procedimientos Penales de 1890 y el código Penal de 1914. La dictadura del Gral. Stroessner duró durante el periodo de los años 1935 a 1989. En el Año 1989 el 3 de febrero más específicamente ocurrió el golpe de estado que removió al dictador, el golpe también fue conocido con el nombre de la Noche de la Candelaria ya que ocurrió durante la noche y madrugada de los días 2 y 3 de febrero, cuando un grupo de las fuerzas armadas dirigidas por su cuñado el general Andrés Rodríguez derrocaron al presidente de facto Alfredo Stroessner, habiendo ejercido su cargo de presidente por 34 años, 5 meses y 19 días.

Estos cambios de rumbos trajeron consigo la necesidad de una cambio radical hace el sistema acusatorio y el respeto de los derechos humanos, razón por la cual surge en 1992 la nueva constitución Nacional vigente hasta la actualidad, trayendo todos los cambios que desembocaron el derogación del Código Penal de 1940 por el actual Código Penal Ley N.º 1160 del año 1997, y también se derogó el código de procedimientos penales de 1890 para dar a lugar al Código Procesal Penal Ley N.º 1286 del año 1998.

La realidad es que fue un periodo de transición bastante largo y tedioso en el cual hubo que romper con paradigmas antiguos como las facultades que poseía la policía nacional en relación a las investigaciones, y un cambio radical para los jueces y profesionales del derecho que pasaron de un sistema penal escrito e inquisitivo, a un sistema Acusatorio de carácter oral.

Con la nueva constitución Nacional se ratificaron instrumentos internacionales como El Paraguay es parte de los principales tratados de derechos humanos como “El Pacto Internacional de los Deberes Civiles y Políticos adoptado por Ley n.º 5/92”, vigente desde el 10/09/92, “La Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes”

incorporada a la legislación interna por Ley n.º 69/89 del 23 de enero de 1990, vigente desde el 11 abril del año 1990, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos por Ley n.º 400 del 26/08/94, como se observa todas son posteriores a la entrada en vigencia de la caída del Gral. Stroessner.

El cambio de paradigma en relación al sistema penal adoptado trajo aparejado un periodo de transición, el 25 de junio de 1999 se sanciona la ley N° 1444 que regula el período de transición al nuevo sistema penal que en su artículo primero estableció su duración “*El período de transición del sistema penal entre el Código de Procedimientos Penales de 1890, y la Ley No. 1286/98 "Código Procesal Penal" es el comprendido entre el día nueve de julio de 1999 y el día 28 de febrero del año 2003. En este período las causas iniciadas conforme al Código de Procedimientos Penales de 1890, serán concluidas por las formas procesales de dicho Código y por las normas establecidas en esta ley.*” (BACCN, 2013)

En relación a este período el Profesor Dr. Köhn Gallardo nos ilustra y nos remonta a esos tiempos con sus palabras:

“... la reinstalación del Juicio Oral y Público, donde la palabra promueve el debate franco y abierto sobre el conflicto penal, exponiéndolo públicamente y no escondiéndolo entre expedientes apilados en algún armario judicial. A la fecha, la oralidad nunca fue discutida y nadie se atrevió -de forma pública y seria- a pregonar la vuelta al escriturismo, más allá de las críticas corrientes al costo de los juicios o a la falta de preparación de los agentes públicos. Litigar en los juicios orales -como dirigirlos- es una cuestión de formación y experiencia; rara vez, la improvisación de la teoría del caso puede salir airoso; y, casi siempre, los fiscales y jueces mal formados terminan ejecutando alguna partitura que se asemeja muy poco a la ley. El ejercicio de publicidad de los actos judiciales (ante las víctimas y la ciudadanía -incluso a través de los medios de comunicación-) es uno de los logros más significativos de este nuevo espacio de resolución... la instalación del Sistema Acusatorio de enjuiciamiento, donde se hace realidad la división de las funciones en el proceso, y se devuelve normativamente el poder a los jueces de decir el derecho. Esto implicó el crecimiento exponencial de dos instituciones casi desconocidas: el Ministerio Público y el Ministerio de la Defensa

Pública. La norma sancionada arrinconó al querellante a la función de querellante adhesivo, papel inconstitucional ya que trasgrede el art. 47, inc. 1) de la Constitución, lo que generó finalmente un Ministerio Público sin mayor control de parte de la víctima. Aunque el corporativismo judicial (jueces que cuidan la gestión de los fiscales acusadores) existe, cada día es más difícil sostenerlo.” (Köhn Gallardo, 2018)

Constitución Nacional y tratados internacionales ratificados

El derecho a la igualdad

Específicamente el artículo 47 de la Constitución Nacional de 1992 (BACCN, 2010) refiere que el Estado garantiza a todos los habitantes de la República la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen; la igualdad ante las leyes; la igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisito que la idoneidad, y la igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza, de los bienes materiales y de la cultura, con lo cual se relaciona directamente con la igualdad ante la ley, la igualdad del acceso a la justicia y a la libertad probatoria que se refleja en nuestro código procesal penal. En relación a la libertad el artículo 46 refiere a la dignidad y a la no discriminación salvo la positiva, y el 48 a la igualdad del hombre y la mujer.

Protección del menor y la intimidad

Con relación a la protección de los menores el artículo 54 refiere que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores. Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente. Como podemos ver ya la constitución

Nacional reconoce el interés superior de menor y la necesidad del desarrollo integral del menor y por eso refiere los derechos del niño tienen carácter prevaleciente.

La intimidad está garantizada en el artículo 33 cuando reza La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada, son inviolables. La conducta de las personas, en tanto no afecte al orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, estará exenta de la autoridad pública. Se garantizan el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas. En relación al menor en la legislación veremos cómo se extiende esta protección por ser persona en desarrollo.

Se instrumentan otras protecciones a los menores como el artículo 49 que establece la protección a la familia porque es el fundamento de la sociedad, promoviendo y garantizando su protección integral, incluyendo a la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de los progenitores y sus descendientes.

En relación a los tratados internacionales la República del Paraguay comienza con la ley 1 de 1989 con la cual aprueba y ratifica la convención americana sobre derechos humanos o Pacto San José de Costa Rica que es la que dará el lineamiento a la Constitución Nacional y a toda la legislación Nacional en relación a los derechos y garantías procesales. No hay necesidad de citar cada uno de los tratados posteriores ni tampoco resaltar en el tratado cada uno de los puntos relevantes, ya que la misma legislación nacional lo va reflejando.

La prueba, derechos y garantías procesales

Los derechos y garantías están referidos en el Artículo 16 que garantiza la defensa en juicio y sus condiciones, siendo que la defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable, teniendo toda persona derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales.

Los derechos procesales referidos en el artículo 17 señalan que en el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a la presunción de la inocencia, a ser juzgado en juicio público, salvo los casos contemplados por

el magistrado para salvaguardar otros derechos; a que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales; a no ser juzgado más de una vez por el mismo hecho, a ser defienda por sí misma o sea asistida por defensores de su elección; y en caso de no contar con defensor a que el estado le provea uno, como así también el derecho a la comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación.

En los incisos 8°, 9° y 10° del artículo 17 nos encontramos con lo que refiere a las pruebas que refiere el derecho a que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas y que no se le opongan pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas; y el derecho al acceso de a las actuaciones “10) *El acceso, por sí o por intermedio de su defensor, a las actuaciones procesales, las cuales en ningún caso podrán ser secretas para ellos. El sumario no se prolongará más allá del plazo establecido por la ley, y a 11) La indemnización por el Estado en caso de condena por error judicial.*” (BACCN, 2010)

También el artículo que refiere al derecho a la inviolabilidad del patrimonio documental y la comunicación privada en su parte final resuelve que “*Las pruebas documentales obtenidas en violación a lo prescripto anteriormente carecen de valor en juicio. En todos los casos se guardará estricta reserva sobre aquello que no haga relación con lo investigado.*” (BACCN, 2010)

La policía Judicial

El Artículo 272 establece la policía judicial por la cual la ley podrá crear una Policía Judicial, dependiente del Poder Judicial, a fin de colaborar directamente con el Ministerio Público, lo cual se verá in extenso en el apartado siguiente.

Código Procesal Penal

Victima

El artículo 67 define a la calidad de víctima como a:

- 1) la persona ofendida directamente por el hecho punible;
- 2) el cónyuge, conviviente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o por adopción, o segundo de afinidad, al representante legal y al heredero testamentario en los hechos punibles cuyo resultado sea la muerte de la víctima;
- 3) los socios, respecto de los hechos punibles que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administren o controlen, o sus gerentes;

En relación a los derechos de la víctima el artículo 68 refiere que la víctima tendrá derecho a:

- 1) recibir un trato digno y respetuoso, que se hagan mínimas sus molestias derivadas del procedimiento, la salvaguarda de su intimidad en la medida en que no obstruya la investigación y a la protección de su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que depongan en su interés, a través de los órganos competentes;
- 2) intervenir en el procedimiento penal, conforme con lo establecido por este código;
- 3) ser informada de los resultados del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite;
- 4) ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite; y,
- 5) impugnar la desestimación o el sobreseimiento definitivo, aun cuando no haya intervenido en el procedimiento como querellante. La víctima será informada sobre

sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento (C.S.J., 2001)

El inciso primero del artículo 68 hace referencia al trato de la víctima que observamos se refleja en relación a la cámara gesell y la revictimización, siendo por esto se recalca que la víctima tiene el derecho a recibir un trato digno y respetuoso, que se hagan mínimas sus molestias derivadas del procedimiento entendida como la revictimización, la salvaguarda de su intimidad en la medida en que no obstruya la investigación y a la protección de su seguridad que se entiende como la protección contra el denunciado y que no la perturbe o pueda influir durante la investigación, la de sus familiares y la de los testigos que depongan en su interés, a través de los órganos competentes.

Protección del menor como víctima y autor

En relación a la protección del menor quien más lo hace es el código de la niñez y adolescencia, pero podemos observar a continuación el interrogatorio de menores y su relación con la entrevista psicológica que hemos visto con anterioridad.

“Artículo 391. INTERROGATORIO DE MENORES. El interrogatorio de un menor será dirigido por el presidente, cuando lo estime necesario, en base a las preguntas presentadas por las partes. El presidente podrá valerse del auxilio de un pariente del menor o de un experto en psicología u otra ciencia de la conducta. Si el presidente, oídas las partes, considera que el interrogatorio del menor no perjudica su serenidad, ordenará que su declaración prosiga con las formalidades previstas por este código. Esta decisión podrá ser revocada durante el transcurso del interrogatorio.”
(C.S.J., 2001)

En este artículo observamos cómo se prioriza la no revictimización y el uso de un entrevistador o familiar del menor.

En relación a los procesos cuando el menor es el procesado se debe recurrir al artículo 427 que determina las reglas especiales para la investigación y juzgamiento de los hechos punibles en los cuales se señale como autor o partícipe a una persona que haya cumplido los catorce años y hasta los veinte años de edad inclusive, por lo cual se procederá con arreglo a la Constitución, al Derecho Internacional vigente y a las normas ordinarias de este código, y regirán en especial, las establecidas a continuación.

1) Objeto del proceso y la investigación. El proceso al adolescente tiene por objeto verificar la existencia de una acción u omisión considerada como delito o crimen según la ley penal ordinaria, determinar quién es su autor o partícipe, y ordenar la aplicación de las medidas que corresponda;

2) Comprobación de la edad. La edad del adolescente se comprobará con el certificado de nacimiento, pero a falta de éste, el juez penal juvenil, resolverá en base al dictamen pericial, efectuado por un médico forense acreditado o por dos médicos en ejercicio de su profesión. En la pericia deberá intervenir, además, un psicólogo forense, quien agregará sus conclusiones en el dictamen. El dictamen deberá realizarse y remitirse en un plazo que no excederá de setenta y dos horas después de notificada la resolución que la ordene;

1) Declaración del adolescente. Se garantizará la entrevista del adolescente con su abogado previa a la audiencia. La declaración del adolescente se efectuará ante el juzgado y deberá recibirse en presencia del defensor público o particular si lo tuviere, pudiendo intervenir el fiscal competente. Ningún adolescente será sujeto de interrogatorio por autoridades policiales sobre su participación en los hechos investigados.

El incumplimiento de esta disposición implica la nulidad de lo actuado;

4) Régimen de libertad. El adolescente sólo podrá ser privado preventivamente de su libertad cuando fuere sorprendido en flagrancia o por orden judicial escrita.

Resolución inmediata sobre la libertad. Cuando el adolescente estuviera detenido por flagrancia y fuere puesto a disposición del juez, éste resolverá inmediatamente sobre su libertad; u ordenará la aplicación de alguna medida provisional si fuera procedente, sin perjuicio de que el ministerio público continúe la investigación.

Medida provisional. El juez con base en las diligencias de investigación y previa declaración del adolescente, resolverá si procede aplicarle una medida en forma provisional;

5) Órganos intervinientes. Los órganos jurisdiccionales, fiscales y de la defensa pública intervinientes en este procedimiento, serán aquellos que tengan la competencia y jurisdicción correspondiente; y se integrarán conforme a las reglas que este código establece para los órganos creados;

6) Forma del juicio. El juicio se realizará a puertas cerradas, salvo que el imputado o su representante legal requieran la publicidad del juicio;

7) Participación de los padres o interesados legítimos. Los padres o quienes lo hayan tenido a su cuidado, guarda o tutela, podrán asistir al juicio y participar en la defensa del adolescente;

8) Investigación socio ambiental. Será obligatoria la realización de una investigación sobre el adolescente, dirigida por un perito, quien informará en el juicio;

9) División obligatoria. Será obligatoria la división del juicio prevista por este código (C.S.J., 2001)

Pruebas y su valoración

La búsqueda de la verdad está contemplada en el artículo 172 del C.P.P. por la cual el juez, el tribunal y el Ministerio Público buscarán la verdad, con estricta observancia de las disposiciones establecidas por este código.

Si bien la carga de la prueba la tiene el Ministerio Público como órgano acusador el artículo 173 dispone la libertad probatoria por la cual los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del procedimiento podrán ser admitidos por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes. Un medio de prueba será admitido si se refiere, directa o indirectamente, al objeto de la investigación y es útil para el descubrimiento de la verdad. El

juez o tribunal limitará los medios de prueba ofrecidos cuando ellos resulten manifiestamente excesivos.

Habiendo comprendido la libertad probatoria se comprende también que existirá una regla de exclusión probatoria por la cual el Artículo 174 señala que carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías procesales consagradas en la Constitución, en el derecho internacional vigente y en las leyes, así como todos los otros actos que sean consecuencia de ellos.

El medio de valoración de nuestro sistema acusatorio actual es la Sana Crítica, pero fundamentada la cual se describe en el artículo 175 del C.P.P. por lo cual las pruebas obtenidas serán valoradas con arreglo a la sana crítica. El tribunal formará su convicción de la valoración conjunta y armónica de todas las pruebas producidas.

Si bien tenemos que señalar únicamente la sana crítica vemos como en el siguiente artículo obliga a fundamentar sus resoluciones y no por el simple convencimiento puede resolver.

Peritos

En relación a la pericia comenzamos con el artículo 214 del C.P.P. que dispone que se podrá ordenar una pericia cuando para descubrir o valorar un elemento de prueba sea necesario poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica. La prueba pericial deberá ser practicada por expertos imparciales, objetivos e independientes.

El Artículo 215 define la calidad de habilitante por la cual los peritos deberán ser expertos y tener título habilitante en la materia relativa al punto sobre el que dictaminarán, siempre que la ciencia, arte o técnica estén reglamentadas. En caso contrario deberá designarse a persona de idoneidad manifiesta. No regirán las reglas de la prueba pericial para quien declare sobre hechos o circunstancias que conoció directamente, aunque utilice para informar las aptitudes especiales que posee en una ciencia arte o técnica. En este caso regirán las reglas de la prueba testimonial.

El Artículo 216 refiere que en relación a la incapacidad no podrán actuar como peritos:

- 1) quienes, por insuficiencia o alteración de sus facultades mentales, o por inmadurez, no comprendan el significado del acto;
- 2) quienes deban abstenerse de declarar como testigos;
- 3) quienes hayan sido testigos del hecho objeto del procedimiento; y,
- 4) los inhabilitados.

Para obtener la orden de la pericia los peritos serán seleccionados y designados por el juez o por el Ministerio Público durante la etapa preparatoria, siempre que no se trate de un anticipo jurisdiccional de prueba. El número de peritos será determinado según la complejidad de las cuestiones a plantear, considerando las sugerencias de las partes. Se podrá nombrar un solo perito cuando la cuestión no sea compleja. Asimismo, se fijarán con precisión los temas de la pericia y el plazo para la presentación de los dictámenes tal como lo refiere el artículo 217 del C.P.P., mientras que el artículo 218. Señala que antes de comenzar las operaciones periciales el juez notificará a las partes la orden de practicar una pericia, en razón a las facultades que tienen las partes como lo define el artículo 219 del mismo cuerpo legal, que dentro del plazo que establezca el juez, cualquiera de las partes podrá proponer otro perito en reemplazo del ya designado, o para que dictamine conjuntamente con él, cuando por las circunstancias particulares del caso, resulte conveniente su participación, por su experiencia o idoneidad especial. Las partes podrán proponer fundadamente temas para la pericia y objetar los admitidos o propuestos por otra de las partes.

En relación a la inhibición y recusación el artículo 220 refiere que las causas legales de inhibición y recusación de los peritos las establecidas para los jueces.

Tal y como se refirió en capítulos anteriores el artículo 221 señala la obligación de los peritos a que sean citados en la misma forma que los testigos; tendrán el deber de comparecer y de desempeñar el cargo para el cual fueron designados. Si no son idóneos, están comprendidos en algunas de las incapacidades citadas, presentan un motivo que habilite su recusación o sufran un impedimento grave, lo manifestarán al comparecer, acompañando los elementos de prueba necesarios para justificar su afirmación.

El juez resolverá todas las cuestiones que se planteen durante las operaciones periciales. Los peritos practicarán juntos el examen, siempre que sea posible; las partes y sus consultores técnicos podrán asistir a él y solicitar las aclaraciones pertinentes, debiendo retirarse cuando los peritos comiencen la deliberación. Si algún perito no concurre a realizar las operaciones periciales dentro del plazo otorgado, por negligencia, por alguna causa grave o simplemente desempeña mal su función, el juez ordenará la sustitución. El dictamen será fundado y contendrá una relación detallada de las operaciones practicadas y sus resultados, las observaciones de las partes o de sus consultores técnicos y las conclusiones que se formulen respecto de cada tema estudiado, de manera clara y precisa. Los peritos podrán dictaminar por separado cuando exista diversidad de opiniones entre ellos. El dictamen se presentará por escrito firmado y fechado, sin perjuicio del informe oral en las audiencias. (Art. 222 y 223 del C.P.P.)

El Artículo 224 al referirse a los peritos nuevos señala que cuando los informes sean dudosos, insuficientes o contradictorios, el juez o el Ministerio Público podrán nombrar uno o más peritos nuevos, según la importancia del caso, para que lo examinen y amplíen o, si es factible y necesario, realicen otra vez la pericia. De igual modo podrán actuar los peritos propuestos por las partes, cuando hayan sido nombrados después de efectuada la pericia.

Y finalmente el Artículo 225 refiere que se podrá ordenar la presentación o el secuestro de cosas y documentos, y la comparecencia de personas, si es necesario para llevar a cabo las operaciones periciales. También se podrá requerir al imputado y a otras personas que confeccionen un cuerpo de escritura, graben su voz o lleven a cabo operaciones semejantes. Cuando la operación sólo pueda ser ejecutada voluntariamente por la persona requerida y ella rehúse colaborar, se dejará constancia de su negativa y se dispondrá lo necesario para suplir esa falta de colaboración. (C.S.J., 2001)

La policía judicial

El Código procesal penal prevé la creación de la policía judicial lo que hasta la fecha solo ha quedado en un intención de hacerlo porque jamás se instrumentó, y es un tema pendiente

muy necesaria para lograr contar con la independencia e imparcialidad en los procesos, ya que en su gran mayoría los peritos pertenecen al Ministerio Público, y las evidencias son retenidas por el mismo Ministerio Público lo cual es totalmente inaceptable ya que es parte en el proceso y en donde más manipulación indebida se produce.

La función de la policía judicial está definida en el artículo 62, por el cual la Policía Judicial será un auxiliar directo del Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones de investigación y promoción de la acción penal pública. Se conformará como un cuerpo técnico, no militarizado, integrado por investigadores civiles, según lo disponga su propia ley de organización.

En relación a las facultades el artículo 63 señala que además de las facultades previstas en su ley orgánica, tendrá todas las facultades que este código concede a la Policía Nacional, salvo la de practicar aprehensiones o detenciones.

Pero más importante es lo que refiere el artículo 64 en relación a que la Policía Judicial organizará un centro de investigaciones criminalísticas, formado por distintos gabinetes científicos quienes prestarán auxilio para las inspecciones de la escena del crimen y la realización de pericias. Sus funcionarios o profesionales cumplirán las funciones de los consultores técnicos conforme a lo previsto por este código, con lo cual son consultores técnicos de los jueces.

Finalmente, los artículos 65 y 66 refieren a que el fiscal general del Estado emitirá las instrucciones generales y particulares necesarias para coordinar la labor de la Policía Nacional y de la Policía Judicial, a fin de lograr la mayor eficacia en la investigación de los hechos punibles. Podrá organizar equipos conjuntos de investigación o asignarle una investigación exclusivamente a la Policía Judicial y que la Policía Judicial deberá cumplir las órdenes que les dirijan los jueces y realizar las pericias que ellos ordenen en los casos de anticipo jurisdiccional de prueba, con lo cual la independencia del órgano técnico investigador queda bajo tierra porque nuevamente se lo somete al Ministerio Público, cuando debería únicamente estar sometido a la autoridad del Poder Judicial.

Nulidades

El Artículo 165 del C.P.P. es el que encabeza toda la normativa en relación a las nulidades y señala que no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional vigente y en este código, salvo que la nulidad haya sido convalidada. Las partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causen agravio, fundadas en el defecto, en los casos y formas previstos por este código, siempre que no hayan contribuido a provocar la nulidad. Sin embargo, el imputado podrá impugnar una decisión judicial, aunque haya contribuido a provocarla. Se procederá de igual modo cuando la nulidad consista en la omisión de un acto que la ley prevé.

En relación a las nulidades absolutas el 166 del C.P.P. establece que además de los casos expresamente señalados en este código, serán consideradas nulidades absolutas aquellas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que este código establezca, o las que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías previstos en la Constitución, el Derecho Internacional vigente y este código.

La renovación, rectificación o cumplimiento como solución procesal está contemplada en el artículo 167 del mismo cuerpo legal por el cual las nulidades deberán ser inmediatamente saneadas, renovando el acto, rectificando el error, o cumpliendo el acto omitido, de oficio o a petición del interesado. Bajo pretexto de renovación del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido no se podrá retrotraer el procedimiento a períodos ya precluídas, salvo los casos expresamente señalados por este código.

El saneamiento de las nulidades es otra de las salidas procesales encontradas en el artículo 168 por el cual excepto los casos de nulidad absoluta, sólo se podrá solicitar el saneamiento de la nulidad:

- 1) mientras se realiza el acto o dentro de las veinticuatro horas de realizado, cuando quien lo solicita haya estado presente en él; y,
- 2) antes de dictarse la decisión impugnada, cuando no haya estado presente.

Si por las circunstancias del acto ha sido imposible advertir oportunamente su nulidad, el interesado deberá reclamarla dentro de las veinticuatro horas después de conocerla. La solicitud de saneamiento describirá la irregularidad, individualizará el acto viciado u omitido y propondrá la solución.

Finalmente, la última forma de solución procesal la formula el artículo 169 del C.P.P. mediante el cual las nulidades relativas quedarán convalidadas:

- 1) cuando las partes no hayan solicitado oportunamente su saneamiento;
- 2) cuando quienes tengan derecho a solicitarlo hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto; y,
- 3) si, no obstante, su irregularidad, el acto ha conseguido su fin con respecto a todos los interesados.

El artículo 170 y 171 del C.P.P. señalan que cuando no sea posible sanear un acto, ni se trate de casos de convalidación, el juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, deberá declarar su nulidad por auto fundado o señalará expresamente la nulidad en la resolución respectiva. En todo caso se debe intentar sanear el acto antes de declarar la nulidad de las actuaciones, y que la nulidad declarada de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependan de él. Sin embargo, no se podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, con grave perjuicio para el imputado, cuando la nulidad se funde en la violación de una garantía prevista en su favor. Al declararla, el juez o tribunal establecerá, además, a cuáles actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad por relación con el acto anulado.

Garantías del procesado

Existen en nuestro código Procesal penal nulidades taxativas como la falta de testigos en las actas de allanamiento, registro de personas, vehículos y lugares, pero básicamente en el artículo 165 del C.P.P. de las nulidades están comprendidas todas las protecciones en relación la representación y acceso a las actuaciones.

En nuestro código encontramos las garantías procesales al comenzar el mismo Código Procesal Penal, y en los siguientes artículos:

El artículo 1 enuncia el juicio previo por el cual nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, fundado en una ley anterior al hecho del proceso, realizado conforme a los derechos y garantías establecidos en la Constitución, el Derecho Internacional vigente y a las normas de este código. En el procedimiento se observarán especialmente los principios de oralidad, publicidad, inmediatez, contradicción, economía y concentración, en la forma en que este código determina.

En relación a lo anterior surge que la potestad de aplicar la ley en los procedimientos penales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponderá exclusivamente a los jueces y tribunales ordinarios, instituidos con anterioridad por la ley. Nadie podrá ser procesado ni juzgado por jueces o tribunales especiales, lo cual se denomina garantía de la Juez Natural enunciada en el artículo 2°.

Una garantía fundamental es la consagrada en el artículo 3° que refiere “INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD. Los jueces serán independientes y actuarán libres de toda injerencia externa, y en particular, de los demás integrantes del Poder Judicial y de los otros poderes del Estado. En caso de injerencia en el ejercicio de sus funciones, el juez informará a la Corte Suprema de Justicia sobre los hechos que afecten su independencia. Cuando provenga de la propia Corte Suprema de Justicia o de alguno de sus ministros, el informe será remitido a la Cámara de Diputados. Los jueces valorarán en su decisión tanto las circunstancias favorables como las perjudiciales para el imputado, con absoluta imparcialidad.” (C.S.J., 2001)

El artículo 4° hace referencia al principio de la inocencia por la cual se presumirá la inocencia del imputado, quien como tal será considerado durante el proceso, hasta que una sentencia firme declare su punibilidad. Ninguna autoridad pública presentará a un imputado como culpable o brindará información sobre él en ese sentido a los medios de comunicación social. Sólo se podrá informar objetivamente sobre la sospecha que existe contra el imputado a partir del auto de apertura a juicio. El juez regulará la participación de esos medios, cuando

la difusión masiva pueda perjudicar el normal desarrollo del juicio o exceda los límites del derecho a recibir información.

El *In dubio Pro reo* está definido en el artículo 5° que en caso de duda los jueces decidirán siempre lo que sea más favorable para el imputado.

La inviolabilidad de la defensa está contenida en el artículo 6° que refiere a la inviolabilidad de la defensa del imputado y el ejercicio de sus derechos. A los efectos de sus derechos procesales, se entenderá por primer acto del procedimiento, toda actuación del fiscal, o cualquier actuación o diligencia realizada después del vencimiento del plazo establecido de seis horas. El imputado podrá defenderse por sí mismo o elegir un abogado de su confianza, a su costa, para que lo defienda. Si no designa defensor, el juez penal, independientemente de la voluntad del imputado, designará de oficio un defensor público. El derecho a la defensa es irrenunciable y su violación producirá la nulidad absoluta de las actuaciones a partir del momento en que se realice. Los derechos y facultades del imputado podrán ser ejercidos directamente por el defensor, salvo aquellos de carácter personal o cuando exista una reserva expresa en la ley o en el mandato.

La asistencia del intérprete esta también garantizada en caso de desconocer alguno de los dos idiomas oficiales, rezando el artículo 7° “El imputado tendrá derecho a un intérprete para que lo asista en su defensa. Cuando no comprenda los idiomas oficiales y no haga uso del derecho precedente, el juez designará de oficio un intérprete, según las reglas previstas para la defensa pública.” (C.S.J., 2001)

El *Ne bis in ídem* referida al Artículo 8° del proceso único por el cual nadie podrá ser procesado ni condenado sino una sola vez por el mismo hecho. No se podrán reabrir los procedimientos fenecidos, salvo la revisión de las sentencias en favor del condenado, según las reglas previstas por este código.

La igualdad de oportunidades está enunciada en el artículo 9° de la igualdad de oportunidades procesales por el cual se garantiza a las partes el pleno e irrestricto ejercicio de las facultades y derechos previstos en la Constitución, en el Derecho Internacional vigente y en

este código. Los jueces preservarán este principio debiendo allanar todos los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten.

La prohibición de la analogía y la interpretación extensiva contra el encausado, referida en el artículo 10° por el cual las normas procesales que coarten la libertad personal, limiten el ejercicio de las facultades conferidas a las partes o establezcan sanciones procesales se interpretarán restrictivamente. La analogía y la interpretación extensiva estarán prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos y facultades.

La irretroactividad salvo que sea favorable al encausado en el artículo 11° del mismo cuerpo legal.

La inobservancia de las garantías según el artículo 12° no se hará valer en perjuicio de aquel a quien ampara. Tampoco se podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, sobre la base de la violación de un principio o garantía previsto en favor del imputado, salvo cuando él lo consienta expresamente, mientras que el artículo 13 refiere sobre la generalidad de observación de todas las garantías anteriores:

“Artículo 13. GENERALIDAD. Los principios y garantías previstos por este código serán observados en todo procedimiento a consecuencia del cual pueda resultar una sanción penal o cualquier resolución restrictiva de la libertad.” (C.S.J., 2001)

Código Penal hechos punibles contra los menores

Partimos desde el principio enunciado en la constitución nacional art. 5 por el cual 4 El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajo riesgoso. (BACCN, 2010)

Art. 134: Maltrato de menores "Se castiga con pena privativa de libertad hasta de dos años o con multa a quien, siendo "el encargado de la educación, tutela o guarda de un menor de dieciséis años, someta a éste a dolores síquicos considerables, lo maltrate grave y repetidamente

o lo lesione en su salud". Se considera agravante del maltrato si se dan las circunstancias y condiciones dispuestas, por el Código en el art. 112, como lesión grave." (C.S.J., 2001)

Art. 135: Abuso sexual en Niños "1º) El que realizara actos sexuales con un niño o lo indujera a realizarlos en sí mismo o a terceros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa. Con la misma pena será castigado el que realizara actos sexuales manifiestamente relevantes ante un niño y dirigido a él, o lo indujera a realizarlos ante sí o ante terceros.

2º) En los casos señalados en el inciso anterior la pena privativa de libertad será aumentada hasta cinco años cuando el autor:

1. al realizar el hecho haya maltratado físicamente a la víctima en forma grave;
2. haya abusado de la víctima en diversas ocasiones; o
3. haya cometido el hecho con un niño que sea su hijo biológico, adoptivo o hijastro, o con un niño cuya educación, tutela o guarda esté a su cargo.

3º) Cuando concurren varios agravantes de los señalados en el inciso 2º, el autor será castigado con pena privativa de libertad de hasta seis años.

4º) En los casos señalados en el inciso 1º, la pena privativa de libertad será de dos a diez años cuando el autor haya realizado el coito con la víctima.

5º) Será castigado con pena de multa el que:

1. realizara delante de un niño actos exhibicionistas aptos para perturbarle; o
2. con manifestaciones verbales obscenas o publicaciones pornográficas en los términos del artículo 14, inciso 3º se dirigiera al niño para estimularlo sexualmente o causarle rechazo respecto al sexo.

6º) Cuando el autor sea menor de diez y ocho años, se podrá prescindir de la pena.

7º) En los casos de los incisos 1º y 5º se podrá prescindir de la persecución penal, cuando el procedimiento penal intensificara desproporcionadamente el daño ocasionado a la víctima.

8º) Se entenderá por niño, a los efectos de este artículo, a la persona menor de catorce años”. (C.S.J., 2001)

Art. 136: Abuso sexual en personas bajo tutela “1º) El que realizara actos sexuales con una persona:

1. no menor de catorce ni mayor de dieciséis años, cuya educación, guarda o tutela esté a su cargo;
2. no menor de dieciséis años ni mayor de edad, cuya educación, guarda o tutela esté a cargo del autor quien, abusando de su dependencia, lo sometiera a su voluntad;
3. que sea un hijo biológico, adoptivo o hijastro del cónyuge o concubino; o
4. que indujera al menor a realizar tales actos en él, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa. Con la misma pena será castigado el que, ante un menor y dirigido a él, realizara actos sexuales o lo indujera a realizarlos ante terceros.

2º) El que se dirigiera al menor con manifestaciones verbales obscenas o publicaciones pornográficas en los términos del artículo 14, inciso 3º, para estimularle sexualmente o causarle rechazo, será castigado con pena de hasta ciento ochenta días- multa”. (C.S.J., 2001)

Art. 137: Estupro, se castiga con pena de multa al “1. Hombre que persuada a una mujer de catorce a dieciséis años a realizar el coito extramatrimonial. 2. Si el autor es menor de dieciocho años se podrá prescindir de la pena”.

Art. 138: Actos Homosexuales con menores, se castiga con pena privativa de libertad hasta de dos años o con multa a la persona mayor de edad que realice actos sexuales con una persona del mismo sexo, menor de dieciséis años. Tiene como antecedente el art. 316 del Código anterior. Concuerta con el art. 135 de esta Ley.

Art. 139: Proxenetismo, “1º) El que indujera a la prostitución a una persona:

1. menor de dieciocho años;

2. entre dieciocho años y la mayoría de edad, abusando de su desamparo, confianza o ingenuidad; o

3. entre dieciocho y la mayoría de edad, cuya educación esté a su cargo, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa.

2º) Cuando el autor actuara comercialmente, el castigo será aumentado a pena privativa de libertad de hasta seis años. Se aplicará también lo dispuesto en los artículos 57 y 94.

3º) Cuando la víctima sea menor de catorce años, el castigo será aumentado a pena privativa de libertad de hasta ocho años. Se sanciona con pena de privación de libertad hasta de cinco años o multa, a quien induce a la prostitución a quien es menor de dieciocho años o a quien siendo mayor de esta edad, pero sin tener la mayoría legal, depende del autor o puede catalogarse de inmaduro”. (C.S.J., 2001)

Art. 140: Rufianería, Se castiga con pena privativa de libertad de hasta ocho años a quien se aprovecha de las ganancias que otra obtiene ejerciendo la prostitución. Tiene como antecedentes los arts. 322 y 323 del Código anterior. El sujeto pasivo del ilícito puede ser una persona de uno u otro sexo, mayor o menor de edad, pero ya tiene que estar ejerciendo la prostitución previamente a la actividad del sujeto activo en la comisión delictual. La diferencia con el proxeneta radica en que, aparte del aprovechamiento económico del ejercicio de la

prostitución, el “rufián” no emplea en la comisión del hecho punible los medios enunciados en el comentario del artículo anterior. (C.S.J., 2001)

CAPÍTULO IV –MARCO METODOLÓGICO

Enfoque de Investigación

La investigación tiene un enfoque tipo cualitativo, ya que se realizaron entrevistas con preguntas de tipo abiertas a funcionarios del Poder Judicial, tanto del área Jurídica como Forense, en busca de obtener el reflejo de la realidad en comparación o contraste con la información bibliográfica teórica a fin de llegar a conclusiones reales, acotadas al tema investigado y no a meras generalizaciones. Sampieri señala que “...*el enfoque cualitativo también se guía por áreas o temas significativos de investigación. Sin embargo, en lugar de que la claridad sobre las preguntas de investigación e hipótesis preceda a la recolección y el análisis de los datos (como en la mayoría de los estudios cuantitativos), los estudios cualitativos pueden desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de los datos*”. (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2015, pág. 7)

Diseño de Investigación

La investigación tiene un diseño no experimental. Al respecto se señala que la investigación no experimental es un estudio que se realiza sin la manipulación deliberada de variables y en los que sólo se observan los fenómenos en su ambiente natural para después analizarlos (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2015). En la investigación presentada no se ha construido ninguna situación, simplemente se observa las situaciones ya existentes.

Nivel de Investigación

Esta investigación es del nivel descriptivo. La investigación descriptiva consiste en describir situaciones, eventos y hechos, es decir, como es y cómo se manifiesta determinado fenómeno. Los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades, las características y

los perfiles importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis. Miden, evalúan o recolectan datos sobre diversos aspectos, dimensiones o componentes del fenómeno a investigar (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2015). Además, la investigación fue de tipo transversal, ya que se estudiaron las variables en un momento determinado, sin realizar un seguimiento prospectivo ni retrospectivo..

Área de estudio

La investigación realizada corresponde al área de las Ciencias Sociales y Jurídicas

Delimitación

Delimitación Espacial

La investigación fue realizada en la jurisdicción de los juzgados penales de la ciudad de Asunción y Departamento Central de la República del Paraguay.

Delimitación geográfica

La jurisdicción de la ciudad de Asunción junto con el Departamento Central.

Delimitación Temporal

El trabajo de investigación es de corte transversal, abarcará desde los meses de enero a marzo y los datos serán recolectados entre los meses en el mes de marzo del año 2019

Población

Población estuvo conformada funcionarios del poder judicial de la jurisdicción de la ciudad de Asunción y Departamento Central

Criterios de inclusión

- Funcionarios del Poder judicial mayores de 20 a 60 años del área penal.
- Sin distinción de sexo
- Peritos forenses y Magistrados del Área penal

Criterio de exclusión

- Funcionarios con el deseo manifiesto de no formar parte de la investigación.
- Funcionarios del Poder judicial mayores de menores de 20 años de edad, no peritos forenses o Magistrados del área penal

Muestra

Se trata de un muestreo no probabilístico obtenidas por conveniencia, personas que al parecer del investigador brindaran información a la investigación: Fueron entrevistados 5 Peritos forense del área de identificación humana, 5 peritos psiquiátricos y psicólogos, y 5 magistrados

Muestreo

Se trata de un muestreo no probabilístico de casos consecutivos en donde las muestras son recogidas por el investigador que selecciona a los individuos de la población, que supone sea más representativa, una vez cumplido los criterios de inclusión muestral.

Operacionalización de variables

Variable	Definición conceptual	Dimensión	Indicadores	Instrumentos
		Cadena de seguridad	Relevamiento procesamiento y dictamen	Entrevista
Legalidad probatoria de prueba de ADN y Cámara Gesell	Son medios de pruebas aceptados jurídicamente que implican la presencia necesaria de peritos y se solicitan como anticipo jurisdiccional de prueba	Derechos del encausado	Criterios de legalidad del proceso y estado derecho	Entrevista.
		Técnica legalmente homologada y aceptada	Acordadas, Manuales, Leyes	Entrevista

Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Se utilizó un instrumento de recolección de datos de tipo cuestionario para las entrevistas con preguntas abiertas.

Procedimiento para recolección de datos

Para la recolección de datos, se aplicó la entrevista solicitando la autorización a la Corte Suprema de Justicia, una vez obtenidos los datos, estos serán digitalizados, procesados y analizados.

Tratamiento de los datos

Los datos recogidos fueron interpretados en forma descriptiva narrativa, mediante análisis a fin de marcar tendencias en las respuestas dadas.

Consideraciones éticas

La autora de la presente investigación garantizó el fiel cumplimiento de los tres principios básicos a ser considerado para los estudios que contemplan a las personas como muestra de la investigación:

- Respeto a las personas: se comunicó a los participantes toda la información necesaria concerniente a la investigación, así como su decisión expresa de participar o no en la misma.
- Beneficencia: el personal participante fue el directo beneficiario del estudio, ya los resultados de la investigación tienen relación directa con el área de su desempeño y satisfacción profesional.
- Justicia: el respeto de los derechos del autor estuvo garantizado, debido a que mencionaran la fuente de los textos y documentos consultados.

CAPÍTULO V – MARCO ANALÍTICO

Tabla de narrativa de resultados 1 – Peritos médicos forenses

<p>¿Hasta dónde considera que llega el alcance de la libertad probatoria?</p>	<p>Los peritos médicos forenses manifestaron en su mayoría la no existencia de limitaciones en relación a lo que se quiera probar, porque siempre existirá una ciencia que pueda explicar los fenómenos naturales de manera científica y abstracta. El límite que plantean está dado en la falta de elementos técnicos para desarrollar la tarea científica, pero refirieron también el principio de intercambio de Edmond Locard “es imposible que un criminal actúe, especialmente en la tensión de la acción criminal, sin dejar rastros de su presencia” y todos exponen que el criminal siempre deja o lleva indefectiblemente algún elemento que tiende a ubicarlo en tiempo y espacio con el crimen ocurrido. Por lo tanto, refieren como el límite de la libertad probatoria es la ciencia misma.</p>
<p>¿Quién determina la efectividad probatoria de un medio de prueba pericial científico?</p>	<p>Los peritos médicos forenses en su mayoría refirieron que la efectividad probatoria de un medio de prueba es la misma rama científica que al integrar una teoría corroborada en la realidad observable la transforma en ley universal, y de esa manera, pero hubo disidencia sobre el tema por dos puntos específicos que agregaron, haciendo referencia no solo al aspecto científico, sino a la voluntad de entender que tengan los jueces y el grado de instrucción científico básico que tenga quien va a resolver la cuestión.</p>
<p>¿De qué manera se controla que una prueba científica ya no sea válida para los procesos judiciales?</p>	<p>Han manifestado que en realidad al ser ordenada la prueba por el poder judicial a los peritos forenses no le queda otra que referirse a lo que se les ha encomendado, si bien la prueba no de resultado, algunos refirieron que en su dictamen sugieren la prueba correcta que se debería haber solicitado. Por lo tanto, el propio juez determina la validez o no para el derecho del medio de prueba.</p>
<p>¿Cómo se determina que examen realizar?</p>	<p>Los peritos señalaron que las partes al referir y fundamentar la necesidad de la pericia y la relevancia para la causa y explicar que es lo que se quiere probar con la pericia mediante los puntos de pericia determinan cuál es la técnica a utilizar y la rama de la ciencia forense a ocupar.</p>
<p>¿Hasta dónde es definitivo un resultado científico?</p>	<p>Han manifestado los médicos forenses que todo resultado científico requiere de un método y que es el método el que le otorga a la investigación la rigurosidad científica, el método no solo implica una forma de estudiar el fenómeno, y pasos a seguir, implica teoría y técnicas en acción, pero que no existe respuesta absoluta solo una aproximación de certeza, ya que toda teoría es revisable y puede cambiar ante un nuevo paradigma, pero hasta hoy en día nada es definitivo y como manifestaron en su mayoría “Salvo la muerte”. Pero se insistió en el aspecto legal del resultado científico y coincidieron que el que le da finalmente la calidad de definitivo es el juez cuando juzga.</p>

<p>¿Cómo se resguarda la evidencia?</p>	<p>Los peritos forenses en su caso refieren contar con un formulario de levantamiento de cadáver y entrega de cadáver, que la inspección exterior e in situ queda registrada en el acta del perito criminalista y por el Ministerio Público, que en relación a la recolección de tejidos si no son destruidos por el procedimiento mismo de análisis, son devueltos al Ministerio Público si los solicita o con el transcurso del tiempo son desechados como residuos patológicos, refirieron que son pocos los casos en los cuales quedan residuos que pueden ser entregados, ya que el Ministerio público e incluso la misma morgue judicial no cuenta con espacio ni elementos necesarios para su conservación a larga data. En las causas mediáticas se suele esperar hasta que llegue la orden de destrucción o simplemente se deja constancia de su degradación e inutilidad en acta y se remite para su tratamiento como residuo patológico.</p>
<p>¿Qué cuidados específicos guarda con relación a sus dictámenes al momento de redactarlos?</p>	<p>Los dictámenes deben ser en formato escrito identificando claramente la causa, los materiales recibidos, las técnicas utilizadas, los intervinientes y referir los resultados a las mismas. En relación al objeto de estudio refirieron que la identificación es el primordial acto a realizar si no se lo ha identificado ya que los cuerpos se degradan y cuanto más rápido se tomen las muestras para su identificación es mucho más seguro y rápido el resultado. También se ha referido que el sistema AFIS (de identificación informática digital) ayuda en mucho a la identificación, las otras técnicas de ADN, grupo sanguíneo y odontología forense, tatuajes en la piel, ya casi ni se utilizan salvo que nos y encuentren huellas dactilares en el cuerpo por amputación o destrucción del miembro. Si no se ha podido identificar se deja un registro escrito y audio visual de todo lo posiblemente necesario para su identificación, para poder continuar se procede al lavado del cuerpo previa inspección de elementos adheridos al mismo que puedan dar información que no fueron observados por el primer perito que hace el examen externo, después se observa el trauma o lesiones que pudieron ocasionar, se procede a la apertura de la caja torácica en busca de lesiones visibles en los órganos interiores se procede al cerrar el cuerpo mediante sutura u grapas. Si es que se solicitó la apertura de la caja craneal se procede a observar el cerebro, cerebelo y troco raquídeo, se extraen muestras y se sutura nuevamente entregando el cadáver a los familiares bajo r orden del Ministerio Público.</p> <p>Con respecto a las muestras de tejidos se las remite al laboratorio, que remitirán los análisis con los cuales sumado a la observación preliminar y apuntes tomados permitirán explicar y dar respuesta a cada uno de los puntos de pericia solicitados. También puede ocurrir que algún punto de pericia no pueda ser realizado por imposibilidad material o técnica lo cual deberá ser especificado en el dictamen pericial, y en lo posible resguarda material para poder realizar en el caso que sea posible a posteriori. Los peritos refieren que al terminar las operaciones científicas y tener los resultados necesarios deben formular el dictamen y una conclusión, el dictamen guarda la formalidad de todo informe, fecha número de informe, causa, personal interviniente, y se describen en forma lógica, cronológica y lo más sencillamente posible todas las operaciones realizadas con el objeto de pericia. Este punto es clave porque hay que explicar a casi un neófito procedimientos, técnicas y resultados que quizás ni le interesen y solo apunten al resultado final del dictamen en la conclusión. Pero no obstante siempre las partes se interesarán más en el resultado que el mismo</p>

	<p>juez, incluso las partes tiene consultores técnicos y peritos de parte que observarán detalle por detalle lo que se relevó, los que se practicó el resultado obtenido y la conclusión sobre los puntos específicos de pericia. Por esto es que los peritos han concluido en que el dictamen sobre el peritaje debe consignar claramente la competencia en la labor realizada, la explicación de lo observado en forma lógica, coherente, clara, concisa acotada a los puntos de peritaje, y relacionada entre sí, dando respuesta particular a cada punto y una visión general de lo sucedido en relación a cada punto analizado. También refiere que la firma y sello del profesional es primordial y que en algunas ocasiones les ha pasado de olvidarla, lo cual no ha dado lugar a nulidad del peritaje, sino que fue subsanado.</p>
<p>¿Cuál es el alcance del secreto profesional en su área?</p>	<p>El alcance del secreto profesional es máximo, aunque muchos peritos refieren que la prensa genera tanta presión que muchas veces los colegas dan información sobre el estado de los cuerpos y demás lesiones que pudieron ocasionar e incluso muchas veces refieren conclusiones previas. Refieren que nunca se los ha sancionado, salvo con la pre opinión por la cual han sido recusados. Pero que realmente no es ético revelar información sobre la causa ya que solos son auxiliares de la justicia, y solo pueden emitir una opinión científica en base a operaciones científicas y mediante un dictamen fundado en hechos científicos. Algunos refirieron sobre un posible alcance legal que jamás se ha aplicado como sanción.</p>
<p>¿Qué cuidados debe tenerse con las pruebas de ADN?</p>	<p>Han referido los peritos forenses que la efectividad de la prueba de ADN está directamente relacionada en primer lugar a la calidad de la muestra, a la técnica de recolección y envío al laboratorio, y finalmente a la Cadena de Custodia. Hay que saber que tejido de tejido debe extraerse, o que muestra de fluido es mejor y que técnica de recolección es la apropiada, y mantener los procedimientos ajustados a derecho. Un claro ejemplo que han dado la mayoría de los peritos es que la gente en general cree que de cualquier tejido humano se puede obtener el ADN, y la verdad es que manifiestan que no es así, un claro ejemplo es el pelo, que la zona donde se realiza el análisis es el folículo capilar, el pelo que ha caído no contiene ADN que pueda ser analizado. También han referido sobre las mejores tomas de muestras para análisis de ADN, que son, la sangre, las cabezas de los espermatozoides, los folículos capilares, la saliva, la orina, el interior de los huesos y de los dientes. También refieren que cualquier tejido del cuerpo humano es utilizable, pero depende la posibilidad de analizarlo de la degradación que haya sufrido. Una vez extraído hay que atender no solo a la degradación de la prueba, sino a la posible contaminación y a defectos de embalaje que puedan causar la inutilidad de la misma. Finalmente, la cadena de seguridad que en para todo rigor científica indispensable.</p>
<p>¿Qué sucede con las muestras de la evidencia una vez culminado el análisis?</p>	<p>Los peritos manifiestan que las muestras en general que no se han destruido por el mismo análisis, o degradado por el paso del tiempo, se guardan hasta que llega la orden del juzgado de destrucción al terminar el juicio. Muchas evidencias o muestra no llegan a ese momento porque por el transcurso del tiempo se degradan y deben ser procesadas como desechos patológicos generalmente por incineración.</p>

<p>¿Conocen los Magistrados los principios del ADN para determinar la identidad humana?</p>	<p>En relación al conocimiento técnico, señalan los peritos que muy pocos jueces conocen el alcance de la genética y los procesos científicos, únicamente se remiten al resultado y a la probabilidad de coincidencia entre la prueba dubitada y la indubitada. La gran mayoría desconoce de dónde se extrae la información genética, que el análisis es a nivel micro celular, que es el ácido nucleico que guarda la información genética, específicamente el ácido desoxirribonucleico, como también desconocen que el ADN de la sangre se extrae de los glóbulos blancos y no de los glóbulos rojos, porque carecen de núcleo.</p>
<p>¿Los magistrados durante el juicio ponen en duda la técnica científica?</p>	<p>Manifiestan que no, en ningún momento se ha observado que se objete la técnica científica por parte de los magistrados, salvo en los casos que se ha roto la cadena de custodia, pero ya es un hecho ajeno normalmente al laboratorio, ya que en el laboratorio reina la metodología científica y rigurosidad.</p>
<p>¿Cómo fundamenta la pericia?</p>	<p>La fundamentación de la pericia se hace en base a la teoría genética celular, que se aplica a las técnicas y tecnología utilizada, y al resultado final que se obtiene con un grado de certeza comparativo entre las dos muestras, la dubitada y la indubitada.</p>
<p>¿Es vinculante para el juez su pericia?</p>	<p>La prueba de ADN suele ser la estrella de las pruebas para los magistrados, en primer lugar, por su rigor científico indubitable y en segundo lugar porque la misma da un resultado con un rango muy ínfimo de error. Aunque el juez debe comparar con el resto de las evidencias por lo general la prueba de ADN es tomada como determinante.</p>
<p>¿Cómo respeta la imparcialidad en sus opiniones científicas?</p>	<p>Todos los peritos coincidieron que no opinan, informan, y que el informar no permite tomar postura por una parte ni por la otra, solo son técnicos que dan un resultado técnico y no una opinión científica o personal, si bien dan una conclusión es en base a lo observado relacionado con los resultados y la teoría.</p>
<p>¿Qué mejoras pueden realizarse en su área en relación a las evidencias o pruebas?</p>	<p>Los problemas que refirieron son los relacionados a la falta de material de embalaje correcto, y a los medios de conservación de las muestras, que son los que ponen en riesgo toda la actividad científica posterior, sin dejar de señalar la importancia de la cadena de custodia que no está dispuesta como un protocolo único, sino más bien solo son un proceso de actas.</p>

Análisis

Resultados de las entrevistas realizadas a los peritos médicos forenses refieren los siguientes puntos a tener en cuenta:

1. No hay un manual, protocolo, acordada o especificación de instrumentación de una cadena de seguridad por parte de la Corte Suprema de Justicia.
2. En los exámenes de ADN se tiene en cuenta la seguridad de las muestras únicamente por ser un procedimiento científico y no por ser un procedimiento legal.
3. Los Magistrados no conocen casi nada sobre el fundamento científico que hay detrás del análisis de ADN.
4. Las evidencias quedan en poder del Ministerio Público que no le presta la debida importancia al manejo de la evidencia y la cadena de seguridad es casi inexistente o solo pasa a ser un formulario impreso interno donde se registra a cargo de quien estuvo, pero no que sucedió con la misma.
5. El ministerio público es parte del proceso y no puede ser depositario de evidencia alguna.
6. No toda muestra de tejido humano puede ser idónea para el ADN.
7. El secreto profesional no siempre es respetado por los peritos.
8. Las muestras de tejido generalmente se degradan por falta de conservación y son incineradas como desechos patológicos, no llegan al final del juicio.
9. Mientras haya un perito en la materia que necesite probarse habrá forma de probar, y está fundamentado en que el peritaje un procedimiento científico de carácter legal explicativo o corroborativo.
10. Los Jueces raras veces contradicen un peritaje debe estar muy en controversia con el resto del caudal probatorio.

11. Los dictámenes y sus conclusiones guardan lógica y fundamento, pero debe estar acotado a los puntos de pericia solicitados

Tabla de narrativa de resultados 2 – Peritos psiquiátricos y psicológicos

<p>¿Hasta dónde llega el alcance de la libertad probatoria</p>	<p>La gran mayoría refiere que hay libertad probatoria está limitada a los derechos humanos y a la ley misma que define los alcances de lo que se puede probar y de lo que no.</p>
<p>¿Quién determina la efectividad probatoria de un medio de prueba pericial científico?</p>	<p>Los peritos han manifestado que son los técnicos que determinan la efectividad de un medio de prueba porque son los que dirigen y ejecutan el peritaje en busca de respuestas a los pedidos de la defensa, el Ministerio Público y finalmente del juez o tribunal-</p>
<p>¿De qué manera se controla que un test psicológico/ Psiquiátrico ya no es válido para el proceso?</p>	<p>Realmente nadie controla la viabilidad de ningún test, son tests o pruebas generalizadas y aprobadas según la Asociación Psicológica Americana, la psicometría determina los test a utilizar como herramientas, uno de los peritos señaló algo muy relevante, y es que existe varios tipos de validez en relación a los tests, en primer lugar hay una validez aparente cuando el test aparentemente mide lo que hay que medir, que para a tener una validez corroborada cuando ha sido verificada en forma empírica o experimental, para finalmente tener una validez teórica, refleja el grado en que se ha comprobado con argumentos científicos que el test mide la propiedad o rasgo que intenta medir. Otro de los peritos señaló que en Psicología y Psiquiatría para que un test sea aceptado como tal debe existir una correlación entre el test y un criterio medido anteriormente, por ejemplo, para determinar que si una persona es apta para comprender lo que sucede en el juicio, se establecen estándares basados en los estudios y prácticas de personas que estuvieron en juicio y comprendieron o no el alcance de la situación, sea por cuestiones psicológicas o neurológicas.</p>
<p>¿Cómo se determina que test realizar?</p>	<p>Uno de los peritos en primer lugar dio su definición de test psicológico como prueba, método, técnica o instrumento que permite medir alguna característica relevante de la psique del individuo. Entonces dependiendo de lo que se pretenda medir va a ser el test que se utilice por ejemplo hay test de inteligencia, aptitudes, personalidad, psicopatología, neuropsicológicos, de desarrollo o envejecimiento, test de intereses o vocación profesional. Lo que se pretenda medir definirá el tipo de test a realizar y también la forma de llevarlo a cabo. Aunque no siempre se necesite un test para verificar la presencia de un trauma o una situación relevante psicológica o psiquiatría e incluso neurológica.</p>

<p>¿Hasta dónde es orientativo un resultado de un test?</p>	<p>Se señaló que en general el resultado de un Test es meramente orientativo, no es determinante por sí mismo, debe estar acompañado de otras observaciones y es por eso que con un simple test no podemos definir o concluir absolutamente nada, sin que esté acompañado de otras observaciones, los test son herramientas de medición.</p>
<p>¿De qué premisas parte para realizar un examen psicológico/ Psiquiátrico?</p>	<p>Han manifestado que se parte de la premisa que estamos frente a un ser humano con sus derechos y obligaciones, y que se debe seleccionar una práctica terapéutica y técnica de investigación adecuada a la teoría psicológica que adhiera el profesional, de manera a dar respuestas a los puntos de las pericias.</p>
<p>¿Qué cuidados específicos guarda con relación sus dictámenes al momento de redactarlos?</p>	<p>Señalan que el principal recaudo que hay que tienen en general en relación a los dictámenes, es que un dictamen psicológico es meramente orientativo, no puede ser definitivo salvo en casos de perturbaciones neurológicas al sistema nervioso central u otras patologías psicológicas que deben ser analizadas ya por otros profesionales en un estudio multidisciplinario psiquiátrico y neurológico, principalmente se debe enunciar los test que se utilizaron, para que se utilizaron y que resultado dieron relacionado con la teoría y con la experiencia profesional. Pero nunca referir sobre la culpabilidad del sujeto porque el psicólogo no es quien para juzgar.</p>
<p>¿Cuál es el alcance del secreto profesional en su área?</p>	<p>En general se mantiene el secreto profesional, pero en el caso de los procesados se mantiene el secreto profesional respecto a terceros que no son parte.</p>
<p>¿Hasta qué punto un test psicológico/ Psiquiátrico es evidencia?</p>	<p>Manifiestan que el test por sí mismo es una herramienta de trabajo no un resultado de análisis.</p>
<p>¿Cómo determina que un trauma puede ser relacionado a un hecho?</p>	<p>Se puede determinar que un trauma está relacionado al hecho por el relato que hace la víctima en relación a lo sucedido, ante lo cual se relata en el dictamen lo expresado por la víctima, acompañado por lo que se pudo observar de ella durante el relato y como eso devela el trauma, sumado a un test que refuerce lo observado.</p>
<p>¿Parte Ud. de la premisa de imparcialidad al realizar el dictamen?</p>	<p>Todos han manifestado que siempre se debe partir de la inocencia del procesado, ya que de lo contrario nos y estaría descubriendo, sino buscando algo específico que soporte la premisa de culpabilidad.</p>

<p>¿Hasta qué punto toma como verdadero el relato de la víctima?</p>	<p>Los peritos han señalado que hay muchos factores de simulación, y que muchos traumas pueden ser de otras situaciones que no están referidas al hecho punible, por eso la entrevista psicológica es de vital importancia porque produce el acercamiento del entrevistado con la entrevistadora, en forma directa, a fin de conocerlo y recabar información.</p>
<p>¿Si la Psicología y Psiquiatría no son ciencias exactas como es que pueden dar un resultado determinante?</p>	<p>Refirieron que la Psicología y la Psiquiatría son ciencias con métodos y técnicas específicas, que su viabilidad como medio probatorio es orientativo como toda prueba legal, aunque en muchos casos con una sola entrevista no se logra absolutamente nada por la negativa del entrevistado o porque hay que ahondar más en el inconsciente en busca de respuestas.</p>
<p>¿Si el caso es particular como la generalidad de un test puede determinar relevancia alguna?</p>	<p>Los resultados de los tests son meramente orientativos y fueron realizados en base a los resultados obtenidos en muchas oportunidades generalizando cual es el estándar y cual con lo es.</p>
<p>¿La cámara Gesell es una técnica o simplemente una infraestructura?</p>	<p>Los entrevistados manifestaron que por un lado en un consultorio más con la diferencia que se graba todo lo que sucede dentro por medios audio visuales y que la entrevista es meramente orientada en base a lo que las partes solicitan como puntos de pericias, estando presentes ella detrás del espejo por lo general no es una entrevista abierta y hay que buscar romper el hielo con el entrevistado a fin de que pueda referir algo relevante en relación a lo solicitado por las partes.</p>
<p>¿Qué criterio tiene sobre el uso de la cámara gesell?</p>	<p>El principal criterio que surgió es que se debe tener mucho más tiempo que el que normalmente se tiene, no es algo mecánico, no se sabe en qué momento el niño puede comenzar a relatar algo relevante, muchos niños sienten que son observados detrás del espejo y preguntan para que una espejo, pero en general lo beneficioso de la cámara gesell es evitar la revictimización, y que el menor relate libremente lo vivido. Lo cual es muy difícil por el corto tiempo, la dispersión que puede haber del menor por estar separados de alguno de sus progenitores y cuesta mucho romper el hielo.</p>
<p>¿Qué mejoras pueden realizarse en su área en relación a la Cámara gesell?</p>	<p>En este casos e han dividido las opiniones de los peritos, por un lado uno señalan la no revictimización y el resguardo del menor y por el otro lado se señala que todo interrogatorio porque ya no es una entrevista, es un interrogatorio disfrazado, es intrusivo y que las preguntas que se hacen al menor no provienen del profesional, sino más bien, de los propios jueces, fiscales y abogados que desconocen el daño que puede causar la pregunta y son ajenos a psicología, siendo que el profesional debe amortiguar el efecto de recordar y revivir, por lo tanto el profesional psicólogo se vuelve en testigo directo y parte. Lo cual debe repensarse la función del profesional, en función de lo que se necesita verificar con relación al menor.</p>

Análisis

Resultados de las entrevistas realizadas a los peritos psicólogos forenses indican los siguientes puntos a tener en cuenta:

1. La libertad probatoria está limitada a las disposiciones legales y a los derechos humanos.
2. La A.P.A determina a nivel científico la validez de los test psicológicos, como herramienta científica
3. Los test únicamente miden y registran situaciones observadas por el terapeuta, y no son definitivas sino orientativas para el terapeuta.
4. Existen varios tipos de entrevistas posibles pero la entrevista utilizada a nivel legal es la entrevista informativa en la cual se busca obtener información del paciente o del entrevistado.
5. Toda la entrevista debe partir desde la base que el entrevistado es inocente, porque le asiste el derecho a la inocencia y no partir así de una intencionalidad determinando resultados que no son reales.
6. Por más que la psicología no sea una ciencia exacta es una ciencia porque tiene sus métodos científicos y refirieron como métodos la observación, el análisis y la estadística avalan sus resultados entre otros.
7. Los resultados no siempre son determinantes son meramente orientativos y formador de criterios.
8. La cámara gesell es una infraestructura más que una técnica de no revictimización, porque al contar los hechos revive el menor lo traumático la situación.

9. Los resultados de los menores son sumamente relativos en razón a su grado de desarrollo e incluso pueden presentar traumas por otras situaciones que no están referenciadas al caso.
10. La cámara gesell no reduce la victimización ni la evita, provee un ambiente propicio para la entrevista, y para que el menor no esté disperso en distracciones.
11. El diligenciamiento de la prueba de la cámara gesell y su producción realmente es conflictiva porque en si las preguntas son formuladas por las partes del proceso e incluso el juez de garantías, no son personas que partan de la premisa de la no revictimización cada uno tiene su objetivo en la prueba y el profesional psicólogo es el que debe en un corto tiempo romper el hielo con el paciente, lograr la información necesaria para cumplir con la diligencia y evitar que se altere la estabilidad psicológica del menor por recordar el trauma.

Tabla de narrativa de resultados 3 – Magistrados

<p>Hasta dónde llega el alcance de la libertad probatoria</p>	<p>Los Magistrados han coincidido que solo la relevancia en referencia al caso, la materia, la legalidad de la obtención de la evidencia y su producción como prueba en su instancia debida hacen a los límites de la libertad probatoria,</p>
<p>¿Quién determina la efectividad de un medio probatorio?</p>	<p>Señalaron que la efectividad está dada en dos aspectos, el primer en la legalidad de la misma, ya que la inobservancia de principios que afectan a las pruebas pueden determinar que la misma carezca de eficacia bajo pena de nulidad absoluta, y la segunda efectividad está dada en que si el medio probatorio es hábil para demostrar lo que se pretenda demostrar, por lo tanto tenemos que un medio puede ser legal, puede estar referido a la causa pero no sirve para demostrar absolutamente nada y es aquí donde el juez en relación a la libertad probatoria plantea la limitación de la relevancia, y es por esto que el juez aprueba o rechaza el ofrecimiento de pruebas como limitador de amplitud de prueba. Por esto es que las partes al solicitar una prueba o el diligenciamiento de la misma deben fundamentar que él lo que quieren probar en relación al medio de prueba que están solicitando.</p>
<p>¿De qué manera se controla que una prueba científica ya no sea válida para el proceso?</p>	<p>Por lo general refirieron los Magistrados que los mismos peritos determinan la validez de sus procedimientos científicos y es por eso que la responsabilidad recae sobre ellos y si una de las partes tiene el conocimiento de la incompetencia de un proceso o técnica científica pueden oponerse a la prueba e impugnarla con el fundamento por el cual el juez determinará la viabilidad de su planteamiento. También el juez al momento de fundamentar la sentencia puede apoyarse en jurisprudencia, doctrina y la misma ciencia para otorgarle valor alguno o rechazarlo.</p>
<p>¿Cómo se determina que examen realizar?</p>	<p>Los Magistrados determinaron que las partes son quienes ofrecen las pruebas y sus peritajes respectivos, por lo tanto la responsabilidad de elegir el medio correcto, y fundamentar la necesidad del mismo en relación a la relevancia del caso está sobre ellos, pero algunos manifestaron que los jueces tienen la posibilidad de efectuar pruebas por ellos mismos cuando haya oscuridad o falte algún elemento necesario para la fundamentación de la sentencia, y esto se da como medidas de mejor proveer, y para poder realizarlas el magistrado mismo debe fundamentar por qué la solicita sin dar a entender que exista una pre opinión, ya que algunas partes pueden llegar a entender que el juez solicitó la prueba para favorecer a la otra parte porque no la solicitó.</p>

<p>¿Hasta dónde es orientativo un resultado científico?</p>	<p>Los magistrados señalaron que la prueba por sí mismo no prueba absolutamente nada, es un elemento aislado en relación a la causa, que para formar un criterio de convicción es el conjunto del caudal probatorio y la fundamentación de las partes en relación a los hechos y derechos lo que da sentido a la idea rectora sobre cómo ocurrieron los hechos y su autoría. Una vez teniendo esos elementos entran en juego otros elementos internos de cada uno de los integrantes del tribunal que, en base a los principios de inmediación, inmediatez (apreciación personal del juez) congruencia y logicidad (experiencia del juez), sumado a la no contradicción con los demás resultados de los otros medios probatorios, al contraste y verificación en la doctrina y jurisprudencia determinará qué valor se le otorga al resultado científico.</p>
<p>¿Cómo se resguarda la evidencia?</p>	<p>En su mayoría los jueces han resaltado la ineficacia de la protección de la evidencia física salvo cuando se refiera a análisis laboratoriales, donde por la misma forma de realizar los exámenes es necesaria la rigurosidad científica, por lo general la evidencia viene envuelta en cualquier hulee o papel, sin etiquetar, previa manipulación por el fiscal o el personal policial interviniente quien es el depositario de la evidencia y cuando llega al juicio oral de tanta manipulación no puede realizársele a la misma con fiabilidad prueba científica alguna. No hay un protocolo establecido, no hay un manual de cadena de seguridad estandarizado pro el cual guiarse y poder objetar el estado de la evidencia, no existe ni siquiera una acordada de la Corte Suprema de Justicia en relación a la misma.</p>
<p>¿Si partimos de la base que la defensa y le ministerio público son las partes del contradictorio? ¿Porque siendo parte el Ministerio Público es quien resguarda la evidencia?</p>	<p>La mayoría de los magistrados no llegaba a considerar ese punto que ahora les generó interés, y señalaron la falta de implementación de la policía judicial. Los Magistrados que, si la consideraban como una violación al principio de bilateralidad y seguridad de las pruebas, también señalaba la necesidad de tener un órgano independiente del Ministerio Público que resguarde las evidencias y sea el responsable de la existencia de la cadena de seguridad. También fueron pocos los magistrados que reconocen que en la legislación existente en referencia a la policía judicial, la misma está bajo el control y dirección del Ministerio Público, por lo tanto es necesario crear un cuerpo criminalística fuera del alcance del Ministerio Público, que sea independiente, que resguarde la evidencias con una cadena de cuidado y seguridad idónea, que no permita la manipulación arbitraria del a evidencia como lo hace actualmente el m Ministerio Público y que por sobre todo se maneje la evidencia con seguridad cuando hay machas de fluidos biológicos, como en los objetos contuso corto punzantes, sábanas, frazadas colchas ropa dela víctima, la cual es expuesta en el juicio oral sin guantes por el o la actuario.</p>

<p>¿Qué se debe aplicar con las evidencias, protocolo o cadena de seguridad?</p>	<p>Los magistrados expresaron que un protocolo de seguridad es necesario definir a fin de poder implementar la cadena de seguridad a nivel de toda la evidencia física, que dicho protocolo debe ser realizado por los profesionales técnicos de criminalística forense y debe ser aprobado por la C.S.J. para poder determinar claramente cuando haya una violación al protocolo la nulidad absoluta de la prueba que se pretende agregar al juicio.</p>
<p>¿Qué cuidados específicos debe guardar el perito al redactar su dictamen?</p>	<p>Para los Magistrados es principal que el perito redacte con claridad los procesos científicos que soportan su conclusión, siendo ellos en forma clara y comprensible para todas las partes, ya que debe comprender que por eso se lo ha llamado, para que concluya y explique sobre el tema que no se tiene conocimiento o debe ser demostrada su existencia por medios técnicos y científicos, y es por esto que también se hace necesaria la presencia por el principio de inmediación para poder realizarle al perito todas la consultas necesarias sobre su conclusión e incluso para que pueda hacer entender procesos científicos que son complicados y propios de su ciencia en forma resumida y clara.</p>
<p>¿Cuál es el alcance del secreto profesional en su área?</p>	<p>En relación al secreto profesional el Magistrado no puede realizar opinión alguna previa o durante el juicio en relación a la causa, porque se estaría ante una pre opinión y sería susceptible de ser recusado, una vez terminado el juicio si se puede manifestar sobre los hechos del juicio, pero siempre es conveniente no hacerlo. Siempre se debe resguardar la intimidad de los menores y temas referidos a la intimidad de las personas, sea la víctima como el condenado, y por sobre todas las cosas recordar el principio de la inocencia. El secreto profesional se fundamenta en el resguardo de los derechos de las partes debiendo los jueces guardar absoluta reserva con respecto a las informaciones de las causas en trámite, y esta obligación llega hasta incluso a sus deliberaciones cuando conforman un tribunal colegiado, y tanto los jueces como los funcionarios del juzgado deben garantizar que se cumpla con el secreto profesional en relación a la información la información vinculada con las causas bajo su jurisdicción. Si bien el Juicio Oral y las audiencias preliminares son Públicas no toda la información que se vierta en las mismas puede ser publicada, es necesario precautelar la identidad de los menores y el pudor de los mismo como así también de ciertas personas que no necesariamente sean menores.</p>

<p>¿Cómo aplica el sistema de la sana crítica fundamentada?</p>	<p>Resumiendo lo que han explicado los magistrados es que la sana crítica es un sistema de evaluación complejo porque por un lado está la íntima convicción que se forma por parte de la totalidad de la actividad procesal, por otro lado, está la convicción íntima que genera la proximidad e intermediación de las declaraciones tanto de la víctima como del acusado y de los testigos. A su misma vez se les genera una íntima convicción sobre los fundamentos esgrimidos por los representantes del Ministerio Público y de la defensa, y todas estas íntimas convicciones son subjetivas no objetivas, por un lado. Y por el otro lado se encuentra lo objetivo de la actividad procesal (separando el aspecto subjetivo) lo que fue probado lo que está o se pudo agregar a la causa, la realidad procesal porque no puede llamársela verdad procesal porque la verdad es otra cosa, entonces es lo probado. En ciertos momentos hay que dejar de lado la subjetividad volviendo a la rigurosidad de la ley y volver a ella recordando el principio de humanidad que debe tener el derecho, y es muy complicado. Debe reinar un equilibrio entre emociones, realidad y derechos. Los hechos y derechos son los que finalmente crean la convicción final la cual es fundamentada. Su fundamentación debe estar bajo el control directo de la lógica de cómo ocurrieron los hechos y como ellos fueron probados por las partes, la participación o autoría está directamente ligada a la concordancia con cómo ocurrieron los hechos, a la ubicación en tiempo y espacio de los autores durante el hecho y por supuesto a los medios para poder lograr el hecho y a los fines que hubiesen tenido los presuntos autores. Todos estos elementos hacen a la fundamentación necesaria de la sana crítica.</p>
<p>¿Hasta qué punto es valorado un dictamen pericial?</p>	<p>La pericia tiene un rigor científico, pero quizás el perito en su apreciación general al concluir no lo tenga o lo tenga en forma muy técnica que no es capaz de expresarlo y demostrarlo de tal forma que sea comprensible para todas las partes. Desde todo punto de vista un dictamen hay que interpretarlos al igual que se debe interpretar una sentencia, analizando la logicidad, coherencia y correspondencia de sus elementos, el nivel de veracidad que puede otorgar al tema, y por sobre todas las cosas el concepto en sí que se tiene sobre el perito en otras causas. Hay que tener en cuenta que el peritaje tiene un rigor científico pero que el hombre es falible y por lo tanto hay que verificarlo muy bien en cada una de sus partes y consultar en la audiencia del juicio oral las dudas al mismo perito que ha realizado el peritaje.</p>
<p>¿Conoce los principios de la</p>	

<p>reproducción celular y como eso afecta a la identidad?</p>	<p>La mayoría de los magistrados saben que la genética y los genes son el principio, pero desconocen toda existencia de los gametos, de la división celular, de cómo es posible la unicidad de identificación a nivel genético. En general tiene un desconocimiento total sobre la materia solo refieren que el dictamen da un resultado el cual al ser meramente cuantitativo se falla de acuerdo al mismo por su rigor científico. Pero tiene un desconocimiento total sobre cuáles son los medios para obtener las mejores muestras para su análisis y refieren a procedimientos vistos en medios de comunicación</p>
<p>¿Conoce los principios de la entrevista informativa psicológica y el alcance como medio de obtener información?</p>	<p>La gran mayoría desconoce los principios de la entrevista informativa solo refieren a la no revictimización de la víctima con el uso de la Cámara Gesell, y con respecto a la pericia psicológica cuando los términos no son claros hoy hay dudas refirieron haber pedido un estudio multidisciplinario Psiquiátrico y psicológico forense. Por lo general se solicita la pericia en caso de abusos y violencia, manifestaron tener encuentra los marcadores que indiquen traumas por violencia y abusos que generalmente en una sola entrevista saltan a la vista, porque si la víctima decidió denunciar es que ya pasó por varios estadios previos o abusos sucesivos, e incluso llegan a manifestar lesiones al sistema nervioso central. También desconocen la existencia de otros tipos de entrevistas psicológicas como así también que no solo el psicoanálisis es una terapia, sino que existen otras terapias psicológicas.</p>
<p>¿Cómo fundamenta su fallo en un proceso científico si Ud. mismo desconoce la ciencia o la experticia?</p>	<p>En relación a el desconocimiento manifestaron que para eso están los peritos, que la parte acusadora es la que tiene la carga de la prueba, si bien la defensa tiene también lo obligación de sustentar lo que alega, es responsabilidad de las partes hacerse entender y solicitar lo que consideren pertinente para poder demostrar lo que necesiten. En el caso de necesitar fundamentar alguna cuestión que no ha quedado clara manifestaron que para esas cuestiones existe la medida de mejor proveer por la cual el juzgado o tribunal se asegura de contar con los medios suficientes para fundamentar. Como medida de mejor proveer se puede solicitar consultas, informes, peritajes y todo tipo de prueba que se considere necesaria para poder fundamentar la sentencia. Por eso es que manifestaron en general que el Juez, aunque no domine la ciencia o arte se sirve de sus auxiliares para poder comprenderlo y aplicarlo a la causa.</p>
<p>¿Qué relevancia tiene para Ud. la Cámara</p>	<p>Han manifestado que en la Cámara Gesell se observan muchas cuestiones que van más allá de la ciencia, y van por la experiencia quizás más de vida que jurídica. Que Tiene una relevancia de importancia frente a las demás declaraciones y pruebas que se aportan, pero siempre hay que atender a que</p>

<p>gesell en una causa con menores?</p>	<p>se trata de menores que pueden ser influenciables, fantasiosos, de naturaleza imaginaria que dependiendo de la edad y de las situaciones vividas puede confundir realidad con fantasía y eso manifestó específicamente un magistrado que dio como ejemplo que los niños disfrutaban de juegos e historias no reales de fantasía y como si ellos mismos se cargaran con poderes especiales y viven en otro mundo, por eso es muy necesario evaluar a conciencia los resultados de la cámara gesell, y evitar la revictimización</p>
<p>¿Si ninguna de las partes que formula los puntos de pericia es técnico en psicología, como se asegura la no revictimización al recordar la víctima los hechos?</p>	<p>Al principio los magistrados hicieron silencio y pensaron para responder, y finalmente refieren que es mejor que una mujer profesional se acerque al menor, porque está preparada para abordar al menor, y no un dactilógrafo o un juez directamente en un despacho o en una sala de audiencias. Que el lugar es óptimo porque están solos el menor con la psicóloga, no hay distracciones, no hay gente yendo y viniendo, y por sobre todo que la entrevista es grabada para volver a poder observar y escuchar al menor en cualquier otro momento y evitar así que vuelva a tener que declarar y tener que revivir el trauma. Dos magistrados manifestaron específicamente que la revictimización si ocurre en la cámara gesell ya que el menor vuelve a revivir el trauma al contar los sucesos, en ocasiones lloran, tiran los juguetes, y en otras simplemente no hablan, pero por su actitud ya dan una respuesta.</p>
<p>A pesar de conocer que la Psicología y la Psiquiatría no son ciencias exactas, ¿qué valor le da al peritaje?</p>	<p>Refirieron que si bien la psicología no es exacta se aproxima en general a dar respuestas certeras en relación a los casos que han tenido. Aunque la minoría refirió que la psicología es una ciencia con métodos propios científicos y que basan sus resultados en las estadísticas e informes previos que avalan la observación de la conducta del paciente o en este caso víctima o autor para poder determinar con cierto grado de proximidad la realidad. El peritaje Psicológico es una más de las pruebas, no la única prueba.</p>
<p>La fundamentación de la sana crítica está dada en la experiencia del juzgador, ¿Quién evaluó la experiencia del juzgador para que sea hábil ya que no toda experiencia es útil y menos para el derecho?</p>	<p>En general refirieron que el verdadero control está en la razón, en la forma lógica, coherente y concordada con los hechos y derechos, si bien la sentencia tiene sus secciones o partes que debe cumplir con esa formalidad, manifestaron que la fundamentación es libre que no es un silogismo, va más allá de la simple inferencia, y que la logicidad y la no contradicción es lo que hace a una sentencia. Y mencionaron que el control sobre el magistrado lo hace la misma Corte suprema a través de la oficina de quejas de la superintendencia y el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Los resultados avalan la capacidad de cada magistrado.</p>

Análisis

Resultados de las entrevistas realizadas a los Magistrados indican los siguientes puntos a tener en cuenta:

1. La libertad probatoria está limitada a su relevancia al caso, la materia, la legalidad de la obtención de la evidencia, la instancia debida, no hay límites a la prueba en si misma ni a los medios salvo lo anterior.
2. La efectividad de la prueba está determina en que pueda explicar lo que se pretende explicar y que esté fundamentada su necesidad y relevancia en relación a la cosa por la parte solicitante y determinando su validez el rigor científico de la ciencia que lo explica.
3. El alcance del resultado de la pericia como medio probatorio está determinado en su redacción clara y sencilla, explicativa, acotada al pedido del estudio, fundamentada en la ciencia o en la observación y experiencia del técnico perito, y su razonamiento lógico, coherente, imparcial, científico y comprobable.
4. Hay un mal manejo, almacenaje y disposición de la evidencia muy deficiente y se rompe el principio de bilateralidad e igualdad de las partes al momento que las evidencias quedan durante todo el proceso en posesión del Ministerio Público.
5. La Policía judicial debería ser el cuerpo peritos profesionales matriculados y dependiente del poder judicial encargados de realizar todas pericias.
6. Por más que las audiencias de juicio oral y preliminar sean de carácter públicos, el secreto profesional se extiende a los jueces, sus funcionarios y auxiliares.
7. La valoración del dictamen pericial no solo está ligada a características propias del peritaje, su redacción y su resultado, sino esta internamente ligada al resto del caudal probatorio, no es una prueba aislada es una más de las pruebas.
8. En relación al ADN los magistrados tienen un desconocimiento total sobre la materia a nivel científico y solo se refiere exclusivamente al resultado del análisis y es una de las pruebas más determinante por su grado científico de veracidad.
9. En Relación a la entrevista psicológica en la cámara gesell al igual que todo peritaje al valorarla se valora no como un elemento único sino como un conjunto

explicativo que forma un juicio y lo fundamenta, han reconocido algunos jueces la revictimización de todas formas.

10. La fundamentación mediante el sistema de la sana crítica no es un silogismo, ni una simple operación matemática, o una inferencia, es analizar el conjunto del caudal probatorio, contemplar los hechos desde un ángulo objetivo volviendo a lo subjetivo para evitar la rigidez del razonamiento y la ley, explicar los hechos y autoría en base a lo probado con una respuesta de manera clara, coherente, lógica, formal, cronológica, acotada a tiempo, espacio, motivos, medios, autores, resultado y víctima.

CONCLUSIÓN

La presente investigación llega a su capítulo final de la conclusión con el contraste de la legislación y la doctrina frente a la realidad de la praxis registrada en las entrevistas.

La producción de las pruebas, su valoración y estudio referenciado específicamente al ámbito de los medios de prueba periciales, como son el examen de ADN y la entrevista Psicológica informativa de la Cámara Gesell, ha abierto un abanico de cuestiones que fueron surgiendo como por ejemplo la cadena de seguridad, la valoración del dictamen pericial, la valoración y fundamentación de la sana crítica, la amplitud probatoria y otros temas más que fueron surgiendo.

Al atender a las preguntas de investigación que dieron el lineamiento de la presente, ¿Cómo llegan estos dos medios probatorios a dar plena fe del suceso de los hechos, o de la autoría? se puede concluir que en primer lugar un solo medio probatorio no puede crear convicción plena, en primer lugar si pensamos en la prueba de ADN si es determinante, por su grado de rigurosidad científica y por la medicina genética forense que lo avala, pero no da fe de como ocurrió la fecundación del óvulo, solo refiere a la identidad, no se sabe si la concepción fue in vitro, con espermatozoides donados, si hubo coacción durante el hecho, la prueba solo refleja como tal y como unidad una Prueba apreciable de los hechos, y para un contradictorio es lo principal la totalidad.

En relación a la prueba de ADN como se ha desarrollado en el marco teórico la división celular de las células haploides y la combinación de la información genética de ambas es la que define y sostiene toda la fundamentación científica de la prueba de ADN que permite la

identificación en una forma casi inequívoca de los seres humanos. Es ahí donde está toda la carga genética en el núcleo de las células, en el ácido desoxirribonucleico, conocido como ADN, sien éste el que contiene toda la información genética para el desarrollo y funcionamiento y mantenimiento del ser humano. Las células masculinas y femeninas tiene la mitad de cromosomas, gametos 23 cromosomas con características de cada uno, al unirse y formar un huevo o cigoto ya pasan a tener 46 cromosomas en una combinación tal que da características únicas a cada individuo, y aquí se preguntara que si repetimos la operación se volvería a crear un mismo individuo porque la carga genética es siempre la misma, y la respuesta es no, porque la porción de información genética más pequeña que son los genes, en al momento de unirse con el otro gameto puede ser recesivo o dominante y ya es una cuestión que no puede volver nunca por la cantidad de combinaciones a ocurrir, y es aquí donde básicamente la ciencia es la auxiliar del derecho fundamentando un resultado y una pretensión o designando la autoría de un hecho punible.

De lo anteriormente expuesto los peritos médicos forenses conocen a cabalidad y saben de la rigurosidad de la prueba de ADN como resultado, pero no así los Magistrados, quienes en general saben que es una cuestión genética pero no tienen idea del origen de la unicidad o de lo unívoco del hombre, y en las entrevistas realizadas a los peritos surgieron cuestiones de mucha importancia y relevancia para la investigación.

En primer surgió el tema del dictamen forense y que debe referir exclusivamente a lo solicitado por las partes, el secreto profesional, el uso de una terminología simple para que el que sea técnico pueda comprender los métodos, el resultado y el alcance del resultado frente a su realidad procesal. Así también surgió el tema del valor probatorio exclusivo de este medio, pero también surgieron cuestiones que son muy preocupantes como lo son el mantenimiento de

las muestras a posteriori del análisis por si se necesitara par otro test, la cadena de seguridad y cuestiones de profilaxis al exponer material físico con manchas de fluidos biológicos en la audiencia de juicio oral y otras etapas previas.

Se ha verificado por las entrevistas que no existe un manual, protocolo, acordada o especificación de instrumentación de una cadena de seguridad por parte de la Corte Suprema de Justicia, ni tampoco por el Ministerio de Salud y Bienestar Social, y que existe un método de extracción de muestra, análisis y presentación de resultados que como todo método es el método estándar médico laboratorial, que asegura la no contaminación de muestra para la obtención de un resultado certero y seguro, pero no hay una cadena de seguridad legal a nivel procedimental.

Otra característica que ha surgido es lo que sucede con las muestras de tejidos extraídas, por lo general no se devuelven junto con el análisis quedan en el laboratorio hasta que se degradan o al terminar el examen se procede a despacharlas como desechos patológicos. Al contrario de otras evidencias físicas como armas de fuego, o armas blancas o elementos contusos cortantes que al terminar el análisis de las mismas, las mismas vuelven a quedar en poder del Ministerio Público, en manos de personal de oficina que carece de todo conocimiento sobre el mantenimiento y cuidado biológico que hay que tener con estas clases de materiales, que no son precisamente inocuos, y con muchas suerte son dispuestos en un armario con el resto de evidencias envuelto en bolsas plásticas de basura o supermercado con una etiqueta que identifica la causa y que contiene.

Le consta al investigador que en juicios orales se llegan a exponer elementos contusos cortantes con manchas de sangre ya secas sin la mínima garantía de seguridad biológica para

tanto el que la muestra como para toda la sala; y ya no es un tema legal de manejo de la evidencia y la cadena de seguridad, es una cuestión de seguridad biológica. Si tan poca importancia le da la justicia a la seguridad de sus propios integrantes y auxiliares es claro por qué no hay definido un protocolo de obtención, manejo, almacenamiento y presentación de evidencia que asegure una cadena de seguridad. Esto mismo no solo fue referido por los peritos sino corroborado con las manifestaciones de los magistrados entrevistados.

Otro punto más en relación a las evidencias que lo manifiestan peritos y magistrados, es la falta de independencia de los laboratorios y personal de criminalística con relación al Ministerio Público, y acá nos detendremos y contrastaremos con la legislación que determina la creación de la “policía judicial” en el código procesal penal paraguayo que define desde el artículo 62 al artículo 66 que la policía judicial va a ser un auxiliar directo del Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones de investigación y promoción de la acción penal pública, conformada como un cuerpo técnico, no militarizado, integrado por investigadores civiles, según lo disponga su propia ley de organización. Lo cual aniquila su imparcialidad e independencia en relación a la igualdad de las partes. También refiere si bien se utiliza el término de policía y que tendrá todas las facultades que el código procesal concede a la Policía Nacional, la limita en el caso de practicar aprehensiones o detenciones.

Acertadamente la legislación refiere que la Policía Judicial sería un centro de investigaciones criminalísticas, formado por distintos gabinetes científicos quienes prestarían auxilio para las inspecciones de la escena del crimen y la realización de pericias. Sus funcionarios o profesionales cumplirán las funciones de los consultores técnicos, pero un craso error es el conferir en el artículo 65 la coordinación del mismo al Fiscal General del Estado, a

fin de coordinar la labor de la Policía Nacional y de la Policía Judicial, a fin de lograr la mayor eficacia en la investigación de los hechos punibles.

Se nota que el legislador al realizar la redacción de la norma, realizó su agregación sin mayor análisis ya que se contradice con lo dispuesto en relación a la coordinación y sujeción al Ministerio Público porque en el artículo 66 termina refiriendo que se la Policía Judicial deberá cumplir las órdenes que les dirijan los jueces y realizar las pericias que ellos ordenen en los casos de anticipo jurisdiccional de prueba, como conclusión vemos la inoperatividad ya desde la concepción legal misma de la policía judicial, en la actualidad el Ministerio Público cuenta con sus laboratorios forenses propios y la Policía Nacional también cuenta con sus propios laboratorios, existe un descontrol en relación a este tema, si bien es necesario que el Ministerio Público cuente con sus laboratorios y peritos propios, también lo es que el juzgador que no es parte, aun que en ciertas partes la doctrina si lo convierte en parte, pero dejando eso de lado, el poder judicial tiene la obligación de mantenerse imparcial y resolver, el Ministerio Público es parte y solo tiene la obligación de la búsqueda de la verdad y objetividad, por lo tanto hay una gran diferencia de roles en relación a la investigación e los hechos y partes intervinientes. Este tema se verá a profundidad en las recomendaciones.

Otro de los temas que llamó la atención es que no toda muestra de tejido humano puede ser idónea para el ADN, al contrario de todo lo que se piensa que la sangre es la mejor de las muestras, el problema con la sangre es que está compuesta por glóbulos rojos y precisamente los glóbulos rojos, que son los portadores del oxígeno a nivel celular y de los residuos celulares, éstos no poseen núcleo, y al no poseer núcleo no tiene información genética alguna sobre la cual realizar el análisis de ADN, el cual si se realiza en sangre pero sobre las células

determinadas como glóbulos blancos, y es por esto que toda muestra de sangre se procede a separar para poder extraer de ella.

Otra característica en relación a los peritajes de ADN es que casi nunca han sido objetados por los jueces sus resultados, si por las partes, pero la realidad es que el resultado es siempre bien certero, el grado de aproximación es casi del 99,9 %⁷. Su reconocimiento a nivel mundial jurídico y científico está más que avalado, y hasta la fecha no ha demostrado oposición científica, el único punto que podría generar dudas es la metodología que utilice el laboratorio, técnicas y personal que pudiera llegar a dar un resultado erróneo, pero por el test en sí mismo a nivel científico y legal es el ADN la pericia que arroja frente a todas las demás la mayor certeza sobre la identidad de la persona.

Más allá de la amplitud probatoria surgió en esta investigación que para los peritos en general mientras haya una ciencia o técnica que pueda explicar un fenómeno habrá un perito que podrá observar, analizar y dictaminar en relación a la materia, por lo que se concluye, en cuanto a las limitaciones a la libertad probatoria no está en la ciencia, el arte, o la profesión está en el derecho. Los magistrados han referido que la libertad probatoria está limitada a su relevancia al caso, a correspondencias con la materia, a la legalidad de la obtención de la evidencia, a la instancia debida, no habiendo límites a la prueba en si misma ni a los medios salvo lo anterior.

También ha surgido el secreto profesional, en el cual el perito y los magistrados refieren que está garantizado tanto en los magistrados como en los funcionarios y auxiliares, lo cual entra en contraste con la publicidad de los actos en relación a lo público de las audiencias preliminares y los juicios orales, pero en realidad la prensa siempre invade espacios y obtiene

declaraciones que no deberían de ser, pero también se concluye que en relación a los peritajes de ADN y la cámara gesell están garantizados, más cuando hay menores involucrados.

En relación a la pericia de la cámara gesell se puede concluir que es los resultados de las entrevistas realizadas a los peritos psicólogos forenses, en contrastación con la doctrina indican que la Asociación Psicológica Americana (A.P.A.) regula la utilización y estandarización de ciertos test, la rama de la psicología que se dedica específicamente la metodología, técnica y teoría de la medición y cuantificación de las variables psicológicas es la psicometría, del psiquismo humano, la psicometría le dio el carácter científico que carecía anteriormente la psicología, por lo general la metodología se basa en la apertura del paciente para que mediante el dialogo orientado por el terapeuta, refiera la información necesaria. Los test únicamente miden y registran situaciones observadas por el terapeuta, y no son definitivas sino orientativas para el terapeuta. Existen varios tipos de entrevistas posibles pero la entrevista utilizada a nivel legal es la entrevista informativa en la cual se busca obtener información del paciente o del entrevistado.

Se pudo concluir que, en la entrevista informativa psicológica, el profesional perito debe ser imparcial, no partir de premisas e hipótesis esbozadas por la defensa o la parte acusadora, porque de lo contrario su resultado sería ya intencionado. El principio de la inocencia del procesado debe ser resguardado, y no solo por el acusado, sino que toda actividad procesal es orientada hacia la búsqueda de la verdad y tomar una posición dentro del mismo no le corresponde al perito.

En relación a los resultados, no siempre son determinantes y son meramente orientativos, formadores de criterios en relación con los demás medios probatorios aportados a la causa,

específicamente en la cámara gesell se trata con menores de edad que están en un grado de desarrollo que les permite fantasear y no distinguir hasta cierto punto lo que es fantasía de lo que es realidad como así también creer cosas que no son o haber vivido cosas que no sucedieron, Piaget lo va a describir muy bien en sus etapas evolutivas, como así también Freud en con el tema de la sexualidad, sin necesidad e entra profundidad se puede concluir que tanto los peritos como los jueces consideran en su gran mayoría que la cámara gesell es un medio de evitar la revictimización, lo cual es diferido y se coincide con la disidencia, La cámara gesell es una infraestructura más que una técnica de no revictimización, porque al ser entrevistado el menor vuelve reconstruir en un diálogo el drama sufrido, con las propias consecuencias traumáticas para el menor, varias ventajas presenta frente a un interrogatorio judicial.

- a) Es un espacio cerrado y controlado
- b) No está presente el/la presunto/a abusador/a
- c) Da sensación de intimidad y confianza por solo ser dos personas
- d) No se vuelve a producir y por eso se graba en formato audio visual a fin de analizarlo tantas veces como sea necesaria y poder aportarlo como prueba

Otra de las críticas que se puede aportar es que los puntos de peritaje, formas que se haya solicitado pueden ampliarse terminan siendo formuladas in situ por las partes, tanto Juez, como Ministerio Público, querrela y defensa, sin pasar por el criterio previo del Profesional Psicólogo que está constreñido a ceñirse a lo solicitado, y de esta forma la formulación apurada y forzar el dialogo en relación al corto tiempo del desarrollo de la cámara gesell sumada a la gran

cantidad de audiencias pendientes a realizar en las mismas hace que se pierda el objeto de la revictimización.

Se concluye que la Cámara gesell es una herramienta útil que reduce el impacto traumático de recordar el evento negativo pero que no lo evita, solo proporciona un ambiente menos hostil, más acorde a la situación de una entrevista psicológica informativa. Logrando sus fines, la información necesaria para cumplir con la diligencia y evitar que se altere la estabilidad psicológica del menor por recordar el trauma.

Finalizando con las conclusiones ya habiendo tenido una clara visión teórico practica delo que su cede con ambos medios probatorios, se concluye en la fundamentación que realiza el juez en relación a los medios de prueba.

En la investigación se ha hecho mención a la evolución hacia el sistema acusatorio que ha atravesado la legislación paraguaya, y como el cambio de paradigma ha afectado a la praxis tribunalicia.

Se puede también concluir que el alcance del resultado de la pericia como medio probatorio está determinado en su redacción clara y sencilla, explicativa, acotada al pedido del estudio, fundamentada en la ciencia o en la observación y experiencia del técnico perito, y su razonamiento lógico, coherente, imparcial, científico y comprobable. Ahora bien, la valoración del dictamen pericial no solo está ligada a características propias del peritaje como un hecho aislado, sino esta internamente ligada al resto del caudal probatorio, no es una prueba aislada, es una más de las pruebas. La fundamentación mediante el sistema de la sana crítica no es un silogismo, ni una simple operación matemática, o una inferencia, es analizar el conjunto del caudal probatorio, contemplar los hechos desde un ángulo objetivo volviendo a lo subjetivo

para evitar la rigidez del razonamiento y la ley, explicar los hechos y autoría en base a lo probado con una respuesta de manera clara, coherente, lógica, formal, cronológica, acotada a tiempo, espacio, motivos, medios, autores, resultado y víctima.

No hay certeza posible sin la mediación de la razón, y es por eso que proponer cinco reglas de apreciación de la prueba para la fundamentación por parte del juez.

- a) La conclusión tiene que partir necesariamente de lo posible a lo real y es por esto que La prueba debe estar relacionada con todo lo demás y entendiendo a los hechos como se suelen normalmente realizar, aunque puede haber excepciones.
- b) La conclusión por analogía, analizando casos similares.
- c) La conclusión circunstancial del hecho principal. Referenciar con los demás hechos circunstanciales, no solo resaltar el hecho principal, se explica la existencia del hecho como resultado de otros que dan certeza del hecho principal.
- d) La conclusión posible y verosímil de la prueba testimonial.
- e) La única conclusión posible a partir de los indicios..

Pero mucho más relevante son las conclusiones arribadas en comparación a lo que aporta Alvarado sobre las pruebas, la verificación y la convicción esto aplicado a la fundamentación jurídica (Alvarado Velloso, 2006, pág. 62), lo cual crea el pensamiento de que el fundamento ya no es la verdad, el fundamento lo que busca es formar la convicción sobre determinado punto de vista, sobre los hechos específicamente, en donde ya no interesa la verdad, e incluso el resultado del medio probatorio es un elemento que sostiene al argumento, ya no es un medio de

comprobación, es un sustento, un sustrato donde el fundamento describe una nueva realidad, la cual puede estar totalmente alejada de la verdad, pero puede ser tanto o más creíble que la realidad misma.

Ambos medios probatorios analizados, son de carácter científico, uno más que el otro, principalmente el ADN, sobre la Cámara Gesell, son dos medios probatorios totalmente diferentes, pero tiene algo en común, se debe fundamentar su necesidad para el proceso, el diligenciamiento de estas pruebas necesita la participación de personal técnico especializado, peritos, quienes elaboran el dictamen con una colusión final, fundamentada en el arte o ciencia que dominan y en la observación del fenómeno que se les ha presentado en la causa, lo cual a su misma vez es interpretado por todas las partes del proceso, defensa, querrela, Ministerio Público, y por el Juez aunque sea parte independiente.

Por lo tanto, la parte que propuso la prueba, fundamenta su argumento en ella, en lo que la prueba revela, haciendo una interpretación personal de parte, la contraparte trata de desvirtuar mediante su contra argumento fundado, y el juez decide a través de su propia experiencia, en base a la convicción que le crea lo argumentado, lo probado, y en lo que él considera en base a la experiencia profesional y propia privada, debiendo nuevamente fundamentar su decisión.

Visto de esta manera la verdad pasa a ser accesoria, el resultado de la prueba pasa a ser estrato del fundamento, la convicción lo es todo, todos deben fundamentar basados en su experiencia, lo cual no conlleva un rigor científico, sino una correlación con un disfraz más o menos lógico pero convincente, bajo el riesgo que cada una de las partes caiga bajo el sesgo de la confirmación, en el que lo único que se valora es lo que sostiene la hipótesis inicial, basada en una primera impresión sobre la causa.

Claro ha dejado que las partes del proceso desconocen los principios científicos detrás de cada una de los dos medios probatorios analizados, que hasta el mismo magistrado desconoce la ciencia detrás de ellos, y si bien lo que interesa es el resultado, en un finalismo brutal, el resultado ya no pasa a ser el centro de atención, sino lo que ese resultado pueda demostrar en la fundamentación de las partes.

La investigación deja el siguiente pensamiento abierto ya que la verdad en el proceso ha muerto, y es por eso que muchos profesionales independientes sostienen que el magistrado al aproximarse a la causa, ya toma una postura inicial sobre la misma, después acomoda la ley según esta primera impresión y fundamenta su íntimo parecer valorando únicamente todo lo que puede sustentar su visión; he aquí la sana crítica integradora universal fundamentada en acción, futuro tema de investigación.

También ha surgido otro tema muy interesante que fundamenta una futura investigación, es comprender el mecanismo de fundamentación más favorable para el juez, ya que parte de la ambigüedad de la norma, por la generalidad de la misma y debe enfrentarse a la intencionalidad de las partes en sus argumentos, en una dialéctica que instrumenta una retórica que es, hasta lingüística por la terminología científico jurídica, que como un ropaje racionalista y objetivista, en busca del convencimiento del juzgador, y a la inversa el juzgador prescinde de tanta retórica para fundamentar solo en la dialéctica hunde el fundamento de su propia valoración, entre lo probado, la norma y su experiencia.

RECOMENDACIONES

Al analizar el tema de la investigación si bien en la conclusión se habla in extenso de los dos medios de prueba, también se refiere a la argumentación , a la dialéctica y la retórica, la valoración, ha surgido del análisis en la praxis una deficiencia que es casi mortal, y fue revelada en a las entrevistas que hace a la necesidad de reformular una legislación sobre la policía judicial en la cual se reflejen los principios de independencia, autonomía de los peritos forenses, ante cualquiera de las partes del proceso penal.

Es necesario tener en cuenta que la misma legislación debe contener los conceptos de cadena de custodia, la cual comprenda desde el momento de la obtención de la evidencia hasta su disposición final. El mismo órgano acusador es quien maneja, procesa y guarda toda la evidencia, entonces los indicios recolectados y las pruebas quedan en manos de una de las partes del proceso, en la acusadora, y no en manos de un órgano independiente que garantice la custodia de los mismos. Estas recomendaciones entendidas como lineamientos de respeto a los derechos y garantías del procesado como así también de la víctima hacen necesaria la reformulación del Código Procesal Penal aportando la siguiente redacción de proyecto de modificación:

“LIBRO PRIMERO - LA JUSTICIA PENAL Y LOS SUJETOS PROCESALES

TÍTULO II EL MINISTERIO PÚBLICO Y SUS ÓRGANOS AUXILIARES

CAPÍTULO III - POLICÍA JUDICIAL

“Artículo 62. FUNCIÓN. La Policía Judicial será un auxiliar directo del Poder Judicial en el ejercicio de sus funciones de investigación y promoción de la acción penal pública. Se conformará como un cuerpo técnico, no militarizado, integrado por peritos investigadores civiles matriculados, de las diversas áreas de la criminalística y criminología. No podrán ejercer otro cargo más que el de policía judicial.

Artículo 63. FACULTADES. Además de las facultades previstas en su ley orgánica, tendrá todas las facultades que este código concede a la Policía Nacional, salvo la de practicar aprehensiones o detenciones. Tendrán a su carga en las diferentes instancias:

- a) En Lugar del hecho: preservar el lugar del hecho, verificar e identificar las evidencias, relevarlas, levantarlas, embalarlas y transportarlas hasta el laboratorio iniciando el protocolo de cadena de seguridad, con la presencia y firma del agente fiscal responsable de turno. La inobservancia será sancionada como causal de nulidad absoluta si así no lo hiciere.*
- b) En el laboratorio: el fiscal será informado dentro de las primeras horas de toda la evidencia recibida por el laboratorio de la Policía Judicial, que brindará todas las medidas de seguridad para la conservación de la evidencia, correcto almacenamiento, adecuada y segura manipulación, rápida ubicación estando la misma a disposición del fiscal en todo momento. Una vez en conocimiento el fiscal ordenará el peritaje correspondiente el cual especificará si aceptará el peritaje de la policía judicial o a posteriori remitirá muestra o la evidencia a los laboratorios del Ministerio público, como así mismo se le dará intervención al perito de parte de la defensa. En todo momento se registrará las personas que han tenido dominio sobre la evidencia y a que actividad fue sometida.*
- c) Exhibición de las evidencias: previo a la audiencia preliminar y en la misma o en la audiencia del Juicio Oral cuando sea necesaria la exhibición de las mismas, solo podrán ser manipuladas por personal de la policía judicial, quien atendiendo a los riesgos de poner en contacto materiales biológicos, patológicos, químicos o presumiblemente riesgoso para la salud, actuará*

siempre idóneamente e informando los riesgos y cuidados debidos, a fin de poder proceder a su inspección.

- d) *Destino final o destrucción de las evidencias: Toda sentencia deberá disponer que sucederá con el material biológico en laboratorio y que destino dará a los otros elementos que no lo sean, a fin de disponer su destrucción, inutilización o incineración, siendo realizadas únicamente por la policía judicial.*

Artículo 64. CENTRO DE INVESTIGACIONES CRIMINALÍSTICAS. La Policía Judicial organizará un centro de investigaciones criminalísticas, formado por distintos gabinetes científicos quienes prestarán servicio. Su función es aprobar, estandarizar e investigar la metodología, técnicas, tecnologías y materiales científicos utilizados en cada rama criminalista, estableciendo la legislación interna de operatividad, manipulación y preservación de la evidencia cumpliendo sus funcionarios o profesionales también con las funciones de los consultores técnicos conforme a lo previsto por este código.

Artículo 65. COORDINACIÓN. La Corte Suprema de Justicia y el ministro del Interior emitirán las instrucciones generales y particulares necesarias para coordinar la labor de la Policía Nacional y de la Policía Judicial, a fin de lograr la mayor eficacia en la investigación de los hechos punibles. La dirección de la investigación es prerrogativa del Ministerio Público, la policía judicial es un cuerpo técnico forense criminalista bajo la dirección del poder judicial, con la función técnica pericia, con autonomía del Ministerio público bajo el control del Poder judicial.

Artículo 66. ORDEN JUDICIAL. La Policía Judicial deberá cumplir las órdenes que les dirijan los jueces y realizar las pericias que ellos ordenen, toda pericia a ser realizada deberá ser propuesta por las partes, o como anticipo jurisdiccional de prueba, y solicitadas por el juez

interviniente, pudiendo las partes solicitar perito de parte o que su perito realice también la pericia, en igualdad de condiciones, garantizando la bilateralidad y la igualdad ante la ley de todas las partes intervinientes.”

En relación a lo anteriormente expuesto, es la intención de la investigadora asegurar el fiel cumplimiento de los derechos y garantías procesales, que protegen al procesado ante el exceso del Ius Puniendi del Estado.

Por la presente modificación de la legislación se tiene en cuenta que la mayoría de los peritajes ocurren en la etapa preparatoria, y bajo el control del juez penal de garantías, se limita el poder del Ministerio Público de realizar pericias sin noticia al Juez interviniente, como así también la manipulación indebida accidental o intencional, almacenamiento incorrecto, y riesgos patológicos en el manejo de evidencias. Desde el primer momento queda en manos de la policía judicial la evidencia, su procesamiento, análisis y depósito seguro. El Ministerio Público no puede ser destinatario de la evidencia, porque es parte y es una clara violación a los principios procesales que de las partes tenga en su posesión y resguardo la evidencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Acevedo Ibáñez, A., & López Martín, A. F. (2004). *El proceso de la entrevista: conceptos y modelos*. D.F. México: Limusa.
- Alberts, B. (2010). *Biología Molecular de la Célula* (5ta edición ed.). Barcelona: Omega.
- Alliance, G. (2009). *Cómo entender la genética: Una guía para pacientes y profesionales médicos en la región de Nueva York y el Atlántico Medio*. Washington (DC): Genetic Alliance; The New York-Mid-Atlantic Consortium for Genetic and Newborn Screening Services.
- Alvarado Velloso, A. (2006). *La prueba Judicial*. Valencia: Tirant Lo blanch.
- Arizona, U. o. (27 de octubre de 2000). *El Proyecto Biológico*. Obtenido de http://biomodel.uah.es/epb/human_bio/activities/blackett2/str_codis.html
- BACCN. (2010). *Biblioteca y Archivo central del Congreso Nacional* . Recuperado el 10 de 2 de 2020, de http://www.bacn.gov.py/CONSTITUCION_ORIGINAL_FIRMADA.pdf
- BACCN. (29 de Agosto de 2013). *Biblioteca y Archivo Central del Congreso Naciona*l. Recuperado el 4 de 1 de 2020, de <http://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/1592/regula-el-periodo-de-transicion-al-nuevo-sistema-procesal-penal>
- Baños, H. A. (1954). *La apreciación de la prueba en el proceso laboral : el juicio en conciencia*. Buenos Aires : Arayú .
- Barranco, G. (2017). *Argumentación y prueba de los hechos en el proceso judicial*. Santa Fe: Universidad Nacional del litoral.
- Berlinerblau, V., Nino, M., & Viola, S. (2013). *Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos*. Buenos Aires: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Asociación por los Derechos Civiles (ADC).

- Binder, A. (1999). *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Birgin, H., & Kohen, B. (2006). "El acceso a la justicia como derecho. En V. autores, *Acceso a la Justicia como garantía de igualdad, Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Buenos Aires: Biblos.
- C.S.J. (2001). *Colección de Derecho Penal. Código Procesal Penal de la República del Paraguay. Concordado, con Legislación Complementaria e Índice Alfabético Temático. Tomo III. Segunda Edición Actualizada*. Asunción: División de investigación, legislación y publicaciones. Recuperado el 10 de noviembre de 2015, de Coleccion de Derecho Penal TomoII Codigo Procesal Penal concordado y anotado : http://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Coleccion_de_Derecho_Penal_TomoIII.pdf
- C.S.J. (4 de Agosto de 2017). *Corte Suprema de Justicia*. Recuperado el 30 de enero de 2020, de <https://www.pj.gov.py/notas/14382-visitantes-vieron-procedimientos-en-camara-gesell-de-asuncion>
- Calderón Noguera, D. F., & Alvarado Castellanos, J. (2010). *El papel de la entrevista en la investigación sociolingüística*. madrid: Cuadernos de Lingüística Hispánica.
- Casabona Romeo, C. M. (2002). *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=934540>
- Casabona Romeo, C. M. (2018). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Obtenido de <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/30>
- Castro Serrano, Y. (7 de junio de 2016). *La Genética de la mano con la Herencia*. Recuperado el 30 de enero de 2020, de <http://lageneticadelamanoconlaherencia.blogspot.com/2016/06/terminologia.html>
- Chaumet, M. (2017). *Argumentación*. Buenos Aires: Astrea.
- Concepto.de. (2010). *Diccionario concepto.de*. Recuperado el 30 de enero de 2020, de <https://concepto.de/wp-content/uploads/2018/08/mitosis-proceso-min-e1534258658378.jpg>

- Couture, E. (1958). *Fundamentos del derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Roque Depalma.
- D.R.A.E. (2019). *Diccionario de la Real Academia Española online*. Recuperado el 5 de Marzo de 2019, de <https://dle.rae.es/?id=YpdtOOa>
- Devis Echandía, H. (2007). *Compendio de la prueba judicial Tomo II*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Devis Echandía, H. (2007). *Compendio de la prueba judicial Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Duce, M. (2013). *La prueba pericial en los sistemas procesales penales acusatorios en América Latina Duce Mauricio*. Buenos Aires: Didot.
- ECPAT, I. (2014). *Informe de monitoreo de País sobre la explotación sexual y comercial de niños, niñas y adolescentes Paraguay*. Bangkok: ECPAT International.
- Falcón, E., & Rojas, J. (1998). *Cómo se hace un Alegato*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- Fernández Vazquez, M. (2011). *Medios y valoración de la prueba*. Valencia: Tiranto Lo Blanch.
- Garzón Flores, J. M. (2018). *La Prueba De Adn En El Proceso Penal*. (W. Kluwer, Ed.) Madrid: La ley.
- Goodwin, W., Linacre, A., & Had, s. (2010). *An Introduction to Forensic Genetics, 2nd Edition*. John Wiley & Sons, Inc: New York.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. d. (2015). *Metodología de la Investigación Científica* (5ta ed.). D.F., México: McGraw-Hill / Interamericana editores S.A.
- Klug, W., Cummings, M., & Sepncer, C. (2006). *Conceptos de genética*. Madrid: Perason Educación S.A.

- Köhn Gallardo, M. (20 de Junio de 2018). *Revista Paraguaya de Derecho Procesal Penal*. Obtenido de Hacia una Justicia Penal Acusatoria en el Paraguay. Homenaje al 20° aniversario de la promulgación del Código Procesal Penal: https://py.ijeditores.com/articulos.php?Hash=30cb9a326391df0578455204dae0d15f&hash_t=b8acfdd9843440ddf241d4ab82d313bc
- Levine, L. (2010). *Guía del Abogado para el uso de pruebas forenses de ADN*. México D.F: Fondo de Cultura Económica.
- Lillo, R. (2010). *Informe: Buenas Prácticas en el uso de nuevas tecnologías en el poder judicial*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- López Cabral, M. O. (2015). *Código procesal penal Ley N° 1286/1998 Concordado, Cometado y Comparado, Modificado y Ampliado* (3era ed.). Asunción, Paraguay: Intercontinental.
- López Cobá, E. H. (2017). *Manual de Biología Celular*. Yucatán: Secretaría de Educación Pública .
- Luna Nueva, G. E. (2014). *Informe de Monitoreo del País sobre la explotación sexual comercial de niños, niñas y Adolescentes*. Bangkok: Ecpat Internacional.
- Maurino, A. L. (2009). *Nulidades Procesales* (3a ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Megías, M., Molist, P., & Pombal, M. (2017). *Atlas de Histología Animal y Vegetal*. Vigo: Universidad de Vigo.
- Mittermeier, C. J. (1837). *Tratado de la prueba en materia criminal, 2ª edición*. Madrid: Revista de Legislación.
- Morales, M. L. (2009). La necropsia medicolegal y la identificación del cadáver. En M. L. Morales, & E. Niño Córdoba, *Identificación de cadáveres en la práctica forense* (pág. 16). Bogotá: Linotipia Martínez.
- Moscoso Pantoja, P. M. (2010). *Natura Medio Ambiental*. Recuperado el 30 de enero de 2020, de <https://www.natura-medioambiental.com/genetica-comemos-genes/>

- Nahoum, C. (1961). *La entrevista Psicológica*. Buenos Aires: Kapelusz S.A.
- Nussbaum, R. (2008). *Genética en Medicina*. Madrid: Elsevier Masson.
- OMEBA. (1984). *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. Buenos Aires: Driskill.
- ORG, C. C. (2020). *Cuadro comparativo* . Recuperado el 30 de Enero de 2020, de https://www.google.com/url?sa=i&source=images&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjnpOXMqznAhV_FbkGHeLQApYQjRx6BAgBEAQ&url=https%3A%2F%2Fcua-dros-comparativos.com%2Fdiferencias-entre-celulas-diploides-y-celulas-haploides-cua-dros-comparativos-e-imagenes%2F&psig=A
- Ossorio, M. (2007). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. (D. Scan, Ed.) Buenos Aires: Heliasta.
- S.S.P. (2006). *Acciones para Evitarla Revictimización del Niño Víctima del Delito*. D.F. México: Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia.
- Soletto Muñoz, H., & Alcoceba, J. M. (2014). *Justicia penal y derecho de defensa*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Taruffo, M. (2011). *La Prueba de los Hechos* (4ta ed.). Madrid: Trotta.
- Taruffo, M. (2013). *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Van Dyke, B. W., & Moore, B. V. (1973). *Cómo Entrevistar*. Madrid: Ediciones Rialp.
- Vazquez Rossi, J. E. (1997). *Derecho procesal penal (La realización del Derecho) Tomo II*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Vera Planás, N. (2004). *Vademecum de Criminalística*. Asunción : Epopeya.
- Vicente y Caravantes, J. (1856). *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva ley de enjuiciamiento con sus correspondientes formularios*. Madrid: Imp. de Gaspar y Roig.

Vizcarra Loaiza, W., Gutierrez Velazquez, J. M., & Tito Paniagua, F. (2012). *Guia de uso de Cármara Gesell*. La Paz: Fiscalía General del Estado.

ANEXOS

Formulario de Entrevista a los Peritos Médico Forenses

Buenos días/tardes:

En el marco de la Tesis denominada, “Las pruebas de ADN y Cámara gesell en proceso penal de República del Paraguay en violación de la norma” realizada para acceder al Grado Magister en Argumentación Jurídica, se realiza la presente entrevista. No escriba su nombre ya que los datos que Ud. brinde serán completamente confidenciales y anónimos. Sin embargo, su colaboración al igual que su sinceridad, son de vital importancia para conocer la realidad de la atención que usted recibió. La información que Ud. brinde será utilizada exclusivamente para estudios dentro de esta investigación y no serán relacionados con su persona ni terceros. Por favor, conteste el siguiente cuestionario con sinceridad, las respuestas serán utilizadas sólo en el marco de la investigación.

¿Hasta dónde considera que llega el alcance de la libertad probatoria?	
¿Quién determina la efectividad probatoria de un medio de prueba pericial científico?	
¿De qué manera se controla que una prueba científica ya no sea válida para los procesos judiciales?	
¿Cómo se determina que examen realizar?	
¿Hasta dónde es definitivo un resultado científico?	
¿Cómo se resguarda la evidencia?	
¿Qué cuidados específicos guarda con relación a sus dictámenes al momento de redactarlos?	

¿Cuál es el alcance del secreto profesional en su área?	
¿Qué cuidados debe tenerse con las pruebas de ADN?	
¿Qué sucede con las muestras de la evidencia una vez culminado el análisis?	
¿Conocen los Magistrados los principios del ADN para determinar la identidad humana?	
¿Los magistrados durante el juicio ponen en duda la técnica científica?	
¿Cómo fundamenta la pericia?	
¿Es vinculante para el juez su pericia?	
¿Cómo respeta la imparcialidad en sus opiniones científicas?	
¿Qué mejoras pueden realizarse en su área en relación a las evidencias o pruebas?	

Formulario de Entrevista a los Peritos Psicólogos Forenses

Buenos días/tardes:

En el marco de la Tesis denominada, “Las pruebas de ADN y Cámara gesell en proceso penal de República del Paraguay en violación de la norma” realizada para acceder al Grado Magister en Argumentación Jurídica, se realiza la presente entrevista. No escriba su nombre ya que los datos que Ud. brinde serán completamente confidenciales y anónimos. Sin embargo, su colaboración al igual que su sinceridad, son de vital importancia para conocer la realidad de la atención que usted recibió. La información que Ud. brinde será utilizada exclusivamente para estudios dentro de esta investigación y no serán relacionados con su persona ni terceros. Por favor, conteste el siguiente cuestionario con sinceridad, las respuestas serán utilizadas sólo en el marco de la investigación.

¿Hasta dónde llega el alcance de la libertad probatoria	
¿Quién determina la efectividad probatoria de un medio de prueba pericial científico?	
¿De qué manera se controla que un test psicológico/ Psiquiátrico ya no es válido para el proceso?	
¿Cómo se determina que test realizar?	
¿Hasta dónde es orientativo un resultado de un test?	

¿De qué premisas parte para realizar un examen psicológico/ Psiquiátrico?	
¿Qué cuidados específicos guarda con relación sus dictámenes al momento de redactarlos?	
¿Cuál es el alcance del secreto profesional en su área?	
¿Hasta qué punto un test psicológico/ Psiquiátrico es evidencia?	
¿Cómo determina que un trauma puede ser relacionado a un hecho?	
¿Parte Ud. de la premisa de imparcialidad al realizar el dictamen?	
¿Hasta qué punto toma como verdadero el relato de la víctima?	
¿Si la Psicología y Psiquiatría no son ciencias exactas como es que pueden dar un resultado determinante?	
¿Si el caso es particular como la generalidad de un test puede determinar relevancia alguna?	
¿La cámara Gesell es una técnica o simplemente una infraestructura?	

¿Qué criterio tiene sobre el uso de la cámara gesell?	
¿Qué mejoras pueden realizarse en su área en relación a la Cámara gesell?	

Formulario de Entrevista a los Magistrados

Buenos días/tardes:

En el marco de la Tesis denominada, “Las pruebas de ADN y Cámara gesell en proceso penal de República del Paraguay en violación de la norma” realizada para acceder al Grado Magister en Argumentación Jurídica, se realiza la presente entrevista. No escriba su nombre ya que los datos que Ud. brinde serán completamente confidenciales y anónimos. Sin embargo, su colaboración al igual que su sinceridad, son de vital importancia para conocer la realidad de la atención que usted recibió. La información que Ud. brinde será utilizada exclusivamente para estudios dentro de esta investigación y no serán relacionados con su persona ni terceros. Por favor, conteste el siguiente cuestionario con sinceridad, las respuestas serán utilizadas sólo en el marco de la investigación.

¿Hasta dónde llega el alcance de la libertad probatoria	
¿Quién determina la efectividad de un medio probatorio?	
¿De qué manera se controla que una prueba científica ya no sea válida para el proceso?	
¿Cómo se determina que examen realizar?	
¿Hasta dónde es orientativo un resultado científico?	
¿Cómo se resguarda la evidencia?	
¿Si partimos de la base que la defensa y le ministerio público son las partes del contradictorio? ¿Porque siendo parte el Ministerio Público es	

quien resguarda la evidencia?	
¿Qué se debe aplicar con las evidencias, protocolo o cadena de seguridad?	
¿Qué cuidados específicos debe guardar el perito al redactar su dictamen?	
¿Cuál es el alcance del secreto profesional en su área?	
¿Cómo aplica el sistema de la sana crítica fundamentada?	
¿Hasta qué punto es valorado un dictamen pericial?	
¿Conoce los principios de la reproducción celular y como eso afecta a la identidad?	
¿Conoce los principios de la entrevista informativa psicológica y el alcance como medio de obtener información?	
¿Cómo fundamenta su fallo en un proceso científico si Ud. mismo desconoce la ciencia o la experticia?	
¿Qué relevancia tiene para Ud. la Cámara gesell en una causa con menores?	
¿Si ninguna de las partes que formula los puntos de pericia es técnico en psicología, como se asegura la no revictimización al recordar la víctima los hechos?	
A pesar de conocer que la Psicología y la Psiquiatría no son ciencias exactas, ¿qué valor le da al peritaje?	
La fundamentación de la sana crítica está dada en la experiencia del juzgador,	

<p>¿Quién evaluó la experiencia del juzgador para que sea hábil ya que no toda experiencia es útil y menos para el derecho?</p>	
---	--



MINISTERIO PÚBLICO
República del Paraguay

INSTRUCTIVO F.G.E. N.º 9 -

A: Agentes Fiscales de todo el país.
DE: Francisco Javier Díaz V., Fiscal General del Estado.
REF.: Instructivo que establece el procedimiento a seguir para solicitar diligencias al Centro de Atención a Víctimas.
FECHA: 6 de agosto de 2015.

El presente instructivo tiene por objeto establecer pautas a los agentes fiscales de todo el país, con respecto a los procedimientos para solicitar diligencias al Centro de Atención a Víctimas del Ministerio Público.

I.- INTRODUCCIÓN

La Constitución Nacional designa al Ministerio Público como representante de la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado, encomendándole, en su artículo 268, como deberes y atribuciones: "...1. *Velar por el respeto de los derechos y de las garantías constitucionales; 2. Promover acción penal pública para defender el patrimonio público y social, el medio ambiente y otros intereses difusos, así como los derechos de los pueblos indígenas; 3. Ejercer acción penal en los casos en que, para iniciarla o proseguirla, no fuese necesaria instancia de parte, sin perjuicio de que el juez o tribunal proceda de oficio, cuando lo determine la ley;...*".

En el marco de estas funciones y en el ejercicio de la acción penal pública, a las personas se ven afectadas como consecuencia de los hechos punibles acontecidos, conocidas como víctimas, el ordenamiento jurídico penal les reconoce derechos y les brinda una protección especial.

En este sentido, el Código Procesal Penal establece en su artículo 68 que: "*La víctima tendrá derecho a: 1) recibir un trato digno y respetuoso, que se hagan mínimas sus molestias derivadas del procedimiento, la salvaguarda de su intimidad en la medida en que no obstruya la investigación y a la protección de su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que depongan en su interés, a través de los órganos competentes...*".

Además, establece la Ley 1562/00 que: "*La Dirección de Asistencia a la Víctima cumplirá todas las funciones de asistencia a las personas ofendidas por los hechos punibles, a los efectos de encarar el correspondiente proceso criminal*".

A fin de cumplir con estas disposiciones y con el objetivo de optimizar las funciones del Centro de Atención a Víctimas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7, 49 y 50 núm. 9) de la Ley Orgánica del Ministerio Público, se considera necesaria la regulación de ciertos procedimientos a seguir para la solicitud de diligencias al Centro de Atención a Víctimas.



Abog. Francisco Javier Díaz Verón
Fiscal General del Estado



MINISTERIO PÚBLICO
República del Paraguay

INSTRUCTIVO F.G.E. N.º 9

II.- INSTRUCCIONES GENERALES PARA LOS AGENTES FISCALES

1- Inmediatamente de recibir la denuncia o de haber tomado conocimiento de la comisión de un hecho punible de acción penal pública que amerite alguna diligencia al Centro de Atención a Víctimas, el agente fiscal o el asistente fiscal asignado a la investigación deberá solicitarla por nota de acuerdo con las prioridades consignadas en el punto 2).

2- Se dará prioridad a las causas que tengan como víctimas o testigos, a niños, adolescentes, mujeres, personas adultas mayores, personas con discapacidad y víctimas de hechos cometidos con violencia como ser: violencia familiar, violación sexual, hechos punibles relacionados al crimen organizado (trata de personas, narcotráfico, secuestro, terrorismo), contra los derechos humanos¹. Además de homicidio, lesión grave, robo agravado, entre otros.

3- El agente fiscal deberá verificar primeramente si la víctima está resguardada. En caso de que esta corra peligro por cualquier motivo, o de que sea víctima de un hecho punible ocurrido en el ámbito intrafamiliar, antes de solicitar la intervención al Centro de Atención a Víctimas, deberán arbitrarse los medios para que se apliquen las medidas cautelares correspondientes a fin de salvaguardar su seguridad y protección.

4- Cuando exista una imputación, la solicitud de intervención deberá presentarse a los 30 (treinta) días hábiles de la fecha de imputación.

5- En caso de que el agente fiscal identifique la necesidad de una contención, asistencia, acompañamiento u orientación a víctimas o testigos, deberá coordinar el momento, el lugar y la estrategia o mejor proceder con el Centro de Atención a Víctimas.

6- Para la intervención de una diligencia psicológica, el solicitante deberá proveer al profesional del Centro de Atención a Víctimas, las copias de la denuncia, actas de declaración de la víctima, el diagnóstico médico, acta de imputación, los informes de centros educativos u otros, según el caso. Para la diligencia socioambiental el solicitante deberá proveer la dirección exacta, referencias precisas, croquis o gráfico acerca de su localización y las documentaciones citadas si se precisan.

III.- INSTRUCCIONES RELATIVAS AL USO DE LA CÁMARA GESELL

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

1.1. La utilización de la Cámara Gesell será requerida sólo como anticipo jurisdiccional de prueba² para las personas víctimas o testigos de un hecho punible que se encuentren dentro de un proceso penal, para lo cual se deberá acompañar el sustento que justifique la necesidad y urgencia del acto, a fin de evitar la doble victimización de la persona entrevistada.

¹ En estricto apego a las "100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad" ratificado por Resolución F.G.E. N.º 154/11 y a las directivas de las "Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos" implementadas con carácter obligatorio por la Resolución F.G.E. N.º 530/14.

² Véase artículo 320 C.P.P.




Abog. Francisco Javier Díaz Verón
Fiscal General del Estado



MINISTERIO PÚBLICO
República del Paraguay

INSTRUCTIVO F.G.E. N.º 9. -

1.2. Se deberá tener en cuenta las siguientes consideraciones al momento de la entrevistada en Cámara Gesell:

- La persona debe encontrarse contenida y protegida, de manera a que la situación vivida no afecte su estado de salud mental actual.
- Conocer los riesgos del hecho denunciado que pueda afectar su integridad física, intimidad o seguridad.
- La brevedad en el uso de la Cámara Gesell, pues se recomienda que la entrevista en ella se realice al poco tiempo de transcurrido el hecho denunciado, a fin de evitar molestias a la persona entrevistada y de que otros factores externos pudieran intervenir en su relato (amenazas, presiones familiares, etc.).
- Las características personales como la edad y desarrollo evolutivo, presencia de alguna discapacidad (física o psicosocial), hogar altamente disfuncional, deben ser motivos de consultas previas con el profesional en Psicología del Centro de Atención a Víctimas, antes de su uso.
- La salvaguarda de su integridad, con el alejamiento del supuesto agresor o agresores de la víctima y de su entorno cercano.


1.3. Es de suma importancia solicitar que el psicólogo que realice el primer contacto con la víctima, sea quien realice la entrevista en la Cámara Gesell, a fin de facilitar la empatía y comodidad de la persona entrevistada.

2. GUÍAS A SEGUIR PARA SU USO

El agente fiscal deberá:

- 2.1 Coordinar con el Centro de Atención a Víctimas sobre las circunstancias favorables para conocer el relato de la víctima o testigo a través del uso de la Cámara Gesell, como anticipo jurisdiccional de prueba, y solicitar mediante una nota la disponibilidad del uso de la Cámara Gesell.
- 2.2 Solicitar al Juzgado Penal de Garantías la aprobación del procedimiento que ordena el anticipo jurisdiccional de prueba y remitir la copia de la resolución judicial al Centro de Atención a Víctimas.
- 2.3 Resguardar a la víctima o el testigo, con la ausencia del supuesto perpetrador, antes y durante el procedimiento en Cámara Gesell, con el fin de evitar situaciones de riesgo o la retractación en su testimonio.
- 2.4 Gestionar la presencia de un familiar o responsable legal de la víctima o testigo, en caso de que se trate de un niño, niña o adolescente para su acompañamiento al acto.
- 2.5 Facilitar el traslado de la víctima o testigo a la sede donde se realizará el procedimiento, tomando en consideración la lejanía de su residencia y las dificultades económicas o de accesibilidad que pudiera tener.




Abog. Francisco Javier Díaz Verón
Fiscal General del Estado



MINISTERIO PÚBLICO
República del Paraguay

INSTRUCTIVO F.G.E. N.º 9

- 2.6 Gestionar la presencia de un traductor en caso de que la víctima o testigo no hable español ni guaraní, o de un intérprete en lengua de señas si la persona es sorda, en lo posible que posea experiencia con personas vulnerables y del mismo sexo que la persona entrevistada, en coordinación con la Dirección del Centro de Asistencia a Víctimas.
- 2.7 Solicitar la presencia de un solo psicólogo para la entrevista directa con la víctima o testigo, en caso de que se autorice la intervención de más profesionales, estos participarán del procedimiento desde la sala contigua.
- 2.8 Preparar con antelación y por escrito, las interrogantes o los datos que se precisen esclarecer para la investigación, desde lo vivenciado por la víctima o testigo, a modo de facilitar el planteamiento de preguntas durante la entrevista en Cámara Gesell.
- 2.9 Velar que el procedimiento no sea grabado (ni audio ni video) con ningún otro dispositivo que no sea el de la Cámara Gesell, que puedan alterar la validez de la prueba.
- 2.10 Al culminar el procedimiento, retirar la segunda copia del soporte magnético con la videograbación correspondiente, pues, la primera se entregará al juez o funcionario judicial autorizado.
- 2.11 Tomar en consideración la opinión de experto psicólogo del Centro de Atención a Víctimas, antes, durante y después del procedimiento, relacionada a una entrevista previa, medidas de protección o sugerencias para el bienestar y seguridad de la víctima.
- 2.12 Si no se pudo usar la Cámara Gesell como anticipo jurisdiccional de prueba durante la etapa preparatoria, gestionar para que la misma sea utilizada durante la audiencia del juicio oral y público, conforme con los apartados anteriores del 2.3. al 2.9.
- 2.13 Evitar bajo toda circunstancia, la reiteración del testimonio de la víctima o testigo luego del procedimiento, sobre todo en la audiencia del juicio oral y público.

3. OTRAS CONSIDERACIONES VINCULADAS A SU USO

- 3.1. Ante la imposibilidad de que el psicólogo del Centro de Atención a Víctimas sea quien realice la entrevista en Cámara Gesell, sugerir que el acto sea realizado por otro psicólogo con experiencia en Psicología Jurídica y Forense.
- 3.2. Reservar la localización de la víctima o testigo, y prohibir la edición, publicación o copia (terceros que no formen parte directa del proceso penal) de la videograbación del procedimiento.
- 3.3. Para la audiencia del juicio oral y público, proyectar la videograbación realizada en Cámara Gesell, como medio de prueba, conforme con el artículo 173 del C.P.P. con los debidos fundamentos fácticos, legales y científicos.

Atentamente.

