



UNIVERSIDAD DE PANAMA
VICERRECTORIA DE INVESTIGACION Y POSTGRADO

ACTA DE SUSTENIACION DE TESIS
PROGRAMA DE MAESTRIA EN,

DERECHO CON ESPECIALIZACION EN DERECHO PROCESAL

Título del Trabajo de Tesis "La Prueba Científica"

Nombre del Estudiante Victor Mendez Fabrega Cédula 2-81-653

Miembros del Jurado	Calificaciones que otorgan
a <u>Dr. Jorge Fabrega P. - (Director)</u>	<u>45 - A</u>
b <u>Dr. Rolando Murgas Torrazza</u>	<u>92 A</u>
c <u>Dr. Carlos Muñoz Pope</u>	<u>91 A</u>
Nota final Promedio	<u>926 A</u>

Observaciones Generales el Jurado

La tesis plantea de forma breve y precisa los principales principios que rigen la actividad probatoria y estudia a grandes rasgos los aspectos centrales de la prueba científica.

Firma de los Miembros del Jurado

a [Signature]

b [Signature]

c [Signature]

Dr. Jorge Fabrega Ponce
Firma Coordinador del Programa

[Signature]
Firma del Estudiante

b [Signature]

Dr. Alfredo Figueroa Novaro
Firma Representante de la
Vicerrectoría de Inv. & Postgrado

Fecha _____



UNIVERSIDAD DE PANAMA
VICERRECTORIA DE INVESTIGACION Y POSTGRADO

ACTA DE SUSTENIACION DE TESIS
PROGRAMA DE MAESTRIA EN

DERECHO CON ESPECIALIZACION EN DERECHO PROCESAL

Título del Trabajo de Tesis "La Prueba Científica"

Nombre del Estudiante Victor Mendez Fabrega Cédula 2-81-653

Miembros del Jurado	Calificaciones que otorgan
a <u>Dr. Jorge Fabrega P. - (Director)</u>	<u>45 - A</u>
b <u>Dr. Rolando Murgas Torrazza</u>	<u>92 A</u>
c <u>Dr. Carlos Muñoz Pope</u>	<u>91 A</u>
Nota final Promedio	<u>926 A</u>

Observaciones Generales el Jurado

La Tesis plantea de forma breve y precisa los principales principios que rigen la actividad probatoria y estudia a grandes rasgos los aspectos centrales de la prueba científica.

Firma de los Miembros del Jurado

a [Signature]

c [Signature]

Dr. Jorge Fabrega Ponce

Firma Coordinador del Programa

[Signature]

Firma del Estudiante

Fecha _____

b [Signature]
Dr. Alfredo Figueroa Novaro
Firma Representante de la
Vicerrectoría de Inv y Postgrado



UNIVERSIDAD DE PANAMÁ

VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

PROGRAMA CON ESPECIALIZACIÓN

EN DERECHO PROCESAL

LA PRUEBA CIENTÍFICA

VÍCTOR E MÉNDEZ FÁBREGA

TESIS PRESENTADA COMO UNO DE LOS REQUISITOS PARA OPTAR AL

GRADO DE MAESTRO EN DERECHO CON ESPECIALIZACIÓN

EN DERECHO PROCESAL

PANAMÁ, REPÚBLICA DE PANAMÁ

INDICE

LA PRUEBA CIENTÍFICA

Pág.

Introducción..... 1

CAPÍTULO I:

Naturaleza de la Prueba 1

Principios generales de la Prueba

Judicial..... 2

1. Importancia de los principios..... 3

1.2. Enunciación..... 3

1.3. Principio de la autorresponsabilidad..... 3

1.4. Principio de la contradicción..... 4

1.5. Principio de la veracidad..... 4

1.6. Principio de la libre apreciación..... 4

1.7. Principio de la adquisición procesal..... 5

1.8. Principio de la inmediación..... 5

1.9. Principio de la publicidad..... 5

1.10. Principio de la necesidad de la prueba... 5

1.11. Principio de la unidad de la prueba..... 5

2. Principios probatorios señalados por H. Davis de Echandía..... 6

2.1. Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado

del juez sobre los hechos de la controversia...	6
2.2. Principio de la Eficacia Jurídica y Legal de la prueba.....	7
2.3. Principio de la Unidad de la Prueba.....	7
2.4. Principio de la Comunidad de la prueba, también llamado de la adquisición.....	8
2.5. Principio de Interés Público de la función de la Prueba.....	8
2.6. Principio de Lealtad y Veracidad de la Prueba.....	9
2.7. Principio de Contradicción de la Prueba.....	10
2.8. Principio de Igualdad de Oportunidad para la Prueba.....	10
2.9. Principio de Publicidad de la Prueba.....	11
2.10. Principio de la Formalidad y Legitimidad de la Prueba.....	11
2.11. Principio de la Legitimación de la Prueba.....	11
2.12. Principio de Preclusión de la Prueba.....	12
2.13. Principio de Inmediación y de la Dirección del Juez en la Producción de la Prueba.....	13
2.14. Principio de la Imparcialidad del Juez en la Dirección y Apreciación de la Prueba.....	14
2.15. Principio de Originalidad de la Prueba.....	14
2.16. Principio de Concentración de la Prueba.....	14
2.17. Principio de Libertad de la Prueba.....	14
2.18. Principio de Pertinencia, Idoneidad y Utilidad de la Prueba.....	14

2	19	Principio de Naturalidad o Espontaneidad y Licitud de la Prueba y del Respeto a la Persona Humana	14
1	20	Principio de Obtención Coactiva de los medios materiales de la prueba	15
2	21	Principio de la Evaluación y apreciación de la Prueba	1
1	22	Principio de la Inmaculación de la Prueba	15
2	23	Principio de la Carga de la Prueba y de la Auto Responsabilidad de las Partes por su inactivi- dad	15
2	24	Principio de Oralidad en la Práctica de la Prueba	16
2	25	Principio Inquisitivo en la Obtención de la Prueba	16
2	26	Principio de la No Disponibilidad o Irrenuncia- bilidad de la Prueba	16
2	27	Principio de la gratitud de la Prueba	17
3		Los Principios Fundamentales del Proceso Civil en el Derecho Comparado El Principio Dispositivo	18
3	1	Comentarios en Relación a estos Principios	21

CAPÍTULO II

TEMA DE PRUEBA

1	Utilidad del concepto	24
2	Fin de la prueba	26
3	Clasificación de las pruebas	28

1	Segun su contradiccion	34
1 1	Prueba sumaria	
1 2	Prueba controvertida	
2	Pruebas formales y sustanciales	34
3	Segun su objeto	34
3 1	Directa	34
3 2	Indirecta	35
4	La prueba trasladada	35
5	Sistemas fundamentales en la actividad probatoria	35
5 1	Sistemas dispositivo e inquisitivo	35
6	Sistema para la valoracion de la prueba	36
6 1	Sistema de la Prueba Legal o Tasada y el de la Libre Valoracion de las pruebas por el Juez, Sana Critica	36
7	La carga de la prueba	38
4	Teorias sobre la Carga de la Prueba	49

CAPÍTULO III

LA PRUEBA CIENTÍFICA

1	Contribuciones cientificas a la Ley de la evidencia	51
1 1	Antecedentes historicos	51
1 2	Modo Irracional de la prueba	52
1 3	Mejorando las tecnicas del descubrimiento del hecho	52
1 4	Medios de la Prueba cientifica	53

1 5	Formas de Valorar la Prueba Científica	57
1 6	Crítica a las Técnicas Modernas	57
1 7	Ilustrativo desarrollo de los pasos	58
1 8	2030 Antes de Cristo Juicio por Ordeal	59
1 9	Física forense	59
1 10	1836 Química forense toxicología	5
1 11	1858 Identificación personal	5
1 12	1895 Física forense Faxon	60
1 13	1932 Investigación criminal	60
1 14	Conclusiones significativas	60
2	Admisibilidad de los descubrimientos científicos modernos	61
2 1	La problemática general	62
2 2	Formulación del fundamento	62
2 3	Reunión de las normas judiciales de la prueba	67
2 4	Técnicas básicas del juicio	65
2 5	Formulación del fundamento para las pruebas del medio del bebido	66
2 6	Pruebas sanguíneas para determinar intoxicación	68
2 7	Pruebas para determinar la admisibilidad	68
2 8	Relevancia lógica y legal	69
2 9	Objeciones al detector de mentira al suero de la verdad	69
2 10	El medio científico como prueba documental	71
2 11	La informática jurídica documental	76

2 12	El documento electrónico	77
2 12 1	El valor jurídico del documento electrónico	79
2 13	El fax	81
2 13 1	Noción de telefax	81
2 13 2	El telefax como copia de un documento	82
2 14	El sistema swift	83
2 14 1	Las operaciones bancarias a través del telefax	84
2 15	Sistema de antígenos leucocitarios humanos (HLA)	87
A	Definición	87
1	Definición del Complejo mayor de histocompatibilidad	87
2	Definición del sistema de antígenos leucocitarios humanos	87
B	Sistema de antígeno leucocitario humano	88
1	Localización cromosómica del complejo mayor de histocompatibilidad	88
2	Moléculas del HLA I clase II y clase III	89
3	Función de las moléculas de clase I y clase II	90
4	Organización de la región clase II del HLA	90
a	Subregión HLA-DR	91
b	Subregión HLA-DQ	92
c	Subregión HLA-DP	93

C	Técnicas de tipificación de los antígenos HLA por inmunofluorescencia	93
---	--	----

CAPITULO IV

	Evaluación de la Prueba Científica	96
	Conclusiones	101
	Recomendaciones	104
	Bibliografía	107
	Apendices	112

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene un doble cometido. Por un lado, cumplir con un requisito indispensable para optar por el título de Maestro en Derecho con especialización en Derecho Procesal en la prestigiosa Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de nuestra más alta Casa de Estudios que es la Universidad de Panamá y por otro el profundizar en un tema bastante desconocido para el estudioso del quehacer jurídico, como lo es la Prueba Científica, tema de altos intereses para procesalistas en busca de la eficacia en la Justicia.

La metodología que hemos utilizado es la científica o sea la sistemática, y nuestro estudio comprende cuatro capítulos precedidos de una breve, pero explícita introducción.

El Primer Capítulo, naturaleza de la Prueba Científica, Principios generales de la Prueba general, es sucinto, mas no así vago e instrumental, ya que nos ha dado los suficientes conocimientos y bases para una verdadera Teoría de la Prueba indispensable para adentrarnos en éste interesante campo del Derecho.

El Segundo Capítulo Tema de prueba, en él se profundiza aún mas, en aquellos elementos que nos garantizarán el cometido del estudio en sí.

El Tercer Capítulo La prueba científica sus antecedentes históricos, las Críticas a la Prueba Científica, la Admisibilidad de los descubrimientos Científicos, el medio científico como prueba documental, la informática jurídica documental, el documento

electronico, el Fax, el sistema de antigenos y Prueba Cientifica en particular

El Capitulo IV lo hemos dedicado a la Evaluacion de la Prueba Científica, por considerar que la misma aun no es una prueba autonoma y su apreciacion se hace de acuerdo a determinados requisitos, siguiendo los sistemas conocidos en el proceso

Finalmente, nuestras Conclusiones y Recomendaciones con una Seccion de Apéndice que consideramos importante incorporar --por lo interesante-- Las Conclusiones del Congreso de Derecho Procesal de 1972 en México, sobre Prueba Científica un reciente antecedente sobre el Ion Scan y un Trabajo del finger-printing como Prueba Científica

No hemos tenido obstaculos en este tipo de investigación, solo la ausencia de abundante bibliografía especializada y algunas de pequeñas magnitudes que no valen la pena mencionar aqui. Esperamos haber cumplido con los objetivos establecidos por el profesor titular de la asignatura, puesto que el nos ha dado las bases mas que suficientes para la elaboracion del mismo

CAPÍTULO I

CAPÍTULO I

Naturaleza de la Prueba Científica

Se ha discutido la naturaleza de la Prueba Científica. Algunos autores consideran que es una prueba documental y que constituye un medio corpóreo que recode un mensaje como una representación, un medio de representación, un signo, incluso 'sonido'. Otros autores estiman que lo determinante no es la forma que se registra sino la apreciación pericial, mediante la cual los peritos --cuya funciones no son de asesoramiento sino también, de constitución de hechos-- llevan la evidencia al proceso. Es de advertir que el Código Judicial en su Artículo 769, como si bien contiene un sistema de números apertos, menciona ciertos medios autónomos y en ellos no incluye la Prueba Científica. Se refiere dicho Artículo al análisis hematológico, facultativos, radiológicos, hematológicos bacteriológicos o de otra prueba se lleva al proceso como explicamos, mediante la actividad de constatación y evaluación que realizan, los peritos. La Prueba Científica contiene una limitación fundamental a saber que no debe violar el principio de los Derechos Humanos (el Artículo 769 del Código Judicial y el Artículo 50 de la Constitución Nacional y el Artículo 11 de la Constitución Americana de los Derechos Humanos).

CAPÍTULO I

Naturaleza de la Prueba Científica

Se a discutido la naturaleza de la Prueba Científica. Algunos autores consideran que es una prueba documental ya que constituye un medio corporeo que recoge un mensaje como una representación un medio de representación un signo (incluso sonido). Otros autores estiman que lo determinante no es la forma que se registra sino la apreciación pericial, mediante la cual los peritos --cuya funciones no son de asesoramiento sino también, de constitución de hechos--, llevan la evidencia al proceso. Es de advertir que el Código Judicial en su Artículo 769 como si bien contiene un sistema de números apertos menciona ciertos medios autónomos y en ellos no incluye la Prueba Científica. Se refiere dicho Artículo al análisis hematológico facultativos radiológicos, hematológicos, bacteriológicos o de otra prueba se lleva al proceso como explicamos mediante la actividad de constatación y evaluación que realizan, los peritos. La Prueba Científica contiene una limitación fundamental a saber que no debe violar el principio de los Derechos Humanos (el Artículo 769 del Código Judicial y el Artículo 50 de la Constitución Nacional y el Artículo 11 de la Constitución Americana de los Derechos Humanos).

Principios Generales de la Prueba Judicial

Prueba es todo aquello que pueda crear convicción en el juzgador como dice Hernando Devis de Echandía. Nadie escapa a la necesidad de probar de convencerse de la realidad o la verdad de algo. La noción de prueba está presente en todas las manifestaciones de la vida.

Dice un viejo adagio jurídico: tanto vale no tener un derecho cuanto no poder probarlo. Por eso el jurista inglés Jeremia Bentham hace más de cien años expuso lo siguiente: el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas. (1)

(1) Bentham, Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales. Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959 T. I pág. 10

1 Importancia de los Principios

Es una aseveración decir que la noción de prueba es una necesidad que surge desde que el hombre vive en sociedad

La prueba permite conocer el pasado y en el ámbito jurídico este aspecto es vital para saber quien tiene la razón

En el campo procesal la prueba es fundamental porque ayuda al juez al esclarecimiento de la certeza real, y no se puede prescindir de ella sin atender contra los derechos de las personas. Es inevitable la reconstrucción de los hechos y el juzgador los subsume en la norma general y absoluta prevista por el legislador, sin ello sería imposible la aplicación de las normas

La prueba tiene una función social, una función humana individual y una función jurídica

2 Enunciación

- 1 Principio de la autorresponsabilidad
- 2 Principio de la contradicción
- 3 Principio de la veracidad
- 4 Principio de la libre apreciación
- 5 Principio de la adquisición procesal
- 6 Principio de la inmediación
- 7 Principio de la publicidad
- 8 Principio de la necesidad de la prueba
- 9 Principio de la unidad de la prueba

3 Principio de la autorresponsabilidad

Le corresponde a las partes probar los hechos de las normas jurídicas cuya aplicación estén solicitando, y ellas soportarán las consecuencias de la falta de actividad, de su descuido e incluso de su equivocada actividad como probadoras. Las partes son quienes en realidad conocen la veracidad de la acción probatoria y si éstas no solicitan las pruebas y no hacen que se practiquen no desplegarán toda la actividad descada en su diligencia merito y por ende son las que sufren las consecuencias

2 Principio de la contradicción

Para comprender el aspecto cognoscitivo de las partes con respecto a las prueba, es lógico suponer que debe de haber una audiencia es decir un proceso en el cual no puedan ingresar las mismas en forma subrepticia, escondida, o a espaldas de la contraparte, y es allí en ese momento donde cada quien es cada quien que provoca la discusión o debate

3 Principio de la veracidad

El término veracidad, en este sentido lō dice todo las pruebas deben de estar exentas de malicia de habilidad o de falsedades, ya que de existir una leve sospecha de ello provocaría un derecho iluso por no decir congruente con lo que se firma en el proceso. Los hechos deben estar claramente, expuestos a fin de no desvirtuar el propósito de una situación que lo que procura es una sentencia justa real y verdadera, por no afirmar imparcial

4 Principio de la libre apreciación

La convicción del juez, es objetiva el se atiene a lo expuesto en los documentos y se ajustara a las reglas de la sana critica Debe existir en todo momento el libre convencimiento y a cada medio probatorio se le asignara en merito

5 Principio de la adquisición procesal

Cada parte no debe pretender que solo a ella la beneficie que el resultado le sea favorable no se puede desistir de la prueba practicada el resultado de la controversia sera siempre imparcial

6 Principio de la inmediacion

Este principio se basa mas que nada en la percepcion, por parte del juez y tiene una participacion real en la admision y practica de la prueba de los hechos que lo vincula directamente, al proceso de alli que su idea se va produciendo hasta correlacionarlo y relacionarlos basados en una realidad

7 Principio de la publicidad

La prueba tiene un caracter social, pues es accesible a cualquier persona y trata de que el juzgamiento de estos se realice en forma adecuada y segura Ello le dara prestigio a los estrados judiciales

8 Principio de la necesidad de la prueba

La no demostracion clara de la prueba, reunira la arbitrariedad El juez tiene prohibido basarse en su propia experiencia, pero dicta sentencia, ello si pudiera funcionar mas decreta pruebas de oficio y entonces, su decision se basara en

pruebas oportunas y legalmente recaudadas

9 Principio de la unidad de la prueba

En un proceso no solo se recauda o aporta una prueba llegan a veces a concurrir un sinnúmero de ellas, inclusive de la misma especie y cuando esta sucede se buscaran las concordancias y divergencias correlacionadas a fin de lograr una decision mucho mas justa y optima

Para que una organizacion judicial haga efectivamente la justicia que inspiro el Codigo y la constitucion, se requieren cuando menos, estas tres condiciones esenciales la primera independencia del hombre, la segunda, autoridad y la tercera, responsabilidad

Si el juez no es independiente en el momento de decidir todo el sistema de la Constitucion se viene abajo

Veamos los principios probatorios señalados por H Devis de Echandía

Los principios de la prueba judicial en general tienen que ver con el sistema que impere en determinado pais y por tanto los paises que tienen un sistema dispositivo estricto prisionero de la Tarifa Legal, con respecto a los que tienen sistemas Mixtos como la Tarifa Legal y la Libre Apreciacion o el de la Libre Apreciacion solamente

En todo caso no existe hoy dia ningun pais rigurosamente, tarifario o dispositivo sin atenuantes a la rigidez de dicho sistema

2 1 Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibicion de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos de la

controversia

Este principio señala que los hechos sobre los que debe fundamentarse la pretension para que sean admitidos y tomados en cuenta por el Juzgador en su sentencia o decision de fondo deben estar demostrados por pruebas legales y validas aportadas al proceso por las partes o el juez --cuando actua con poderes y auto para mejor proveer-- pero en ningun caso por el conocimiento privado o personal porque atentaria contra el principio de fiscalizacion contradictorio y publicidad de la prueba una cosa distinta es que el juez utilice su conocimiento privado para ordenar la practica de ciertas pruebas en determinados sitios o en determinadas personas y algo muy distinto es la prohibicion de que sin practicar ninguna prueba publica y fiscalizada lleve a una conclusion fundamentado exclusivamente en el conocimiento privado o personal que el tiene sobre el caso

2 2 Principio de Eficacia Juridica y Legal de la Prueba

La prueba como hemos visto, es elemental para la decision favorable a la pretension, de modo que si la prueba es necesaria esta debe tener la eficacia juridica para llevarle al juez certeza o convencimiento sobre los hechos que sirven de fundamento para la aplicacion de determinadas normas juridicas en su sentencia o decision

Esta eficacia juridica debe estar previamente, reconocida por la Ley, cualquiera que sea el sistema de valoracion y de aportacion al proceso de los medios de prueba.

2 3 Principio de la Unidad de la Prueba

Significa que el conjunto probatorio representa una unidad ya sean testimonios documentos, peritos, prueba científica, indicios, aunque se repitan ya sean aportadas por cualesquiera de los actores en el triangulo del proceso las partes o el juez facultado, estas pruebas constituyen una unidad en la busqueda de la verdad material Real o Verdadera es decir fallar conforme justicia De modo que el juez resolvera de acuerdo a las pruebas y de acuerdo al convencimiento que de ellos globalmente se forme

2 4 Principio de la comunidad de la prueba tambien llamado de la Adquisicion Este principio es consecuencia del principio de la unidad de la prueba, pues es el de 'su comunidad, porque aunque la aporte una parte pretendiendo que solo a ella beneficie, el juez debe tenerla en cuenta para la existencia o existencia del hecho, sea que resulte beneficioso para quien la adujo o presento o que por el contrario beneficie a la contraparte Es por eso que no puede existir la renuncia de una prueba ya practicada pues esta pertenece al proceso a la comunidad

2 5 Principio de Interes Publico de la Funcion de la Prueba

Hay interes publico en la accion y en la jurisdiccion a pesar de que cada parte persiga su propio beneficio o la defensa de su propia pretension o excepcion Por ello podemos afirmar que con la prueba ocurre lo mismo que con la accion cual es, que ambas protegen un interes publico y general (interes del Estado en que se encuentre remedio en los tribunales a traves de la jurisdiccion)

La Prueba se puede considerar como el resultado del ejercicio del derecho subjetivo de probar, y como acto procesal como etapa

necesaria del proceso ya que sin la prueba no puede existir sentencia de fondo En materia Penal se puede observar con mucha mayor claridad este principio

2.6 Principio de Lealtad y Probidad o Veracidad de la Prueba

Esto quiere decir, que si la prueba es común esta no puede utilizarse para ocultar la realidad o para tratar de inducir al Juez al Engaño

Es claro que la lealtad y probidad no rigen solo para la prueba es para el proceso en general y ello debe reflejarse en la demanda en las defensas, excepciones, recursos, actitudes y en toda clase de actos procesales

Decia Eduardo de J Couture

Pero la lucha tambien tiene sus leyes y es menester respetarlas para que no degenere en un combate primitivo (2)

(2) Couture, Eduardo Estudios de Derecho Procesal Civil
Buenos Aires. Edit. Ediclar 1950 N.º 137

La probidad y veracidad de la prueba exigen también sinceridad en ella cuando se trata de documentos, confesiones y testimonios, lo mismo que autenticidad es decir, que no se altere su contenido ni su forma para ocultar la verdad

Es por ello que este principio rige para el proceso y sus actores así como para los testigos peritos funcionarios encargados custodios e interpretes en general

2.7 Principio de Contradicción de la Prueba

La parte contra quien se opone una prueba tiene que tener la oportunidad de contradecirla, de fiscalizarla, discutirla incluyendo su derecho a contra probar. Como vemos se relaciona con el principio de Comunidad y Unidad de la Prueba

Este principio rechaza la prueba secreta practicada a espaldas de las partes (casos Penales y de Drogas) y el conocimiento privado del Juez sobre hechos que no constan en el proceso

Cuando la Prueba se practica antes del proceso o extrajudicialmente, debe ratificarse, luego durante el proceso

En los Estados Unidos se exige que en las pruebas prejudiciales se cite a quien sera en un futuro el oponente, con el fin de que pueda intervenir en la practica, sea perjuicio de ser ratificados en el proceso

2.8 Principio de Igualdad de Oportunidad para la Prueba

Para que haya igualdad es necesaria la contradicción, pero este principio significa que las partes dispongan de idénticas oportunidades para aducir y presentar o pedir la practica de pruebas y de igual manera fiscalizar las aducidas o presentadas por

el contrario o contraparte Ello no significa que exista un trato procesal similar en materia de pruebas en el sentido que se exija a las partes pruebas por igual de hechos que interesan al proceso pues la condicion de demandante y demandado influye en su situacion (Principio de carga de la Prueba)

2 9 Principio de la Publicidad de la Prueba

Significa que se debe permitir a las partes el conocer intervenir objetar discutir y en general, fiscalizar y que las conclusiones del juez deben ser conocidas por las partes y estar al alcance de cualquier persona Caracter Social , por ello se afirma que este principio esta relacionado con la MOTIVACION DE LA SENTENCIA que por ningun motivo es excluido --la Motivacion-- en el sistema de la Sana Critica --que nos rige--

2 10 Principio de la Formalidad y Legitimidad de la Prueba, este principio establece que las formalidades de determinadas pruebas sean una garantia de publicidad en fin que ofrezcan garantias de probidad y veracidad

Para que la prueba tenga validez es menester que sea llevada al proceso con los requisitos de terminos y procesales establecidos en la ley adjetiva y obviamente, que sean medios de prueba licitos o sea que se trate de una prueba obtenida por las vias de derecho y ademas legitimas, es por ello el complemento de moralidad

2 11 Principio de la Legitimacion de la Prueba

Que la prueba provenga del sujeto legitimado para aducirla por ejemplo el juez cuando tiene facultades inquisitivas y las partes incluyendo a las terceristas o terceros no tiene

legitimación para aportar pruebas quien no haya sido previamente aprobado

Como interventor no importa el interés personal del que aporte la prueba sino que el que la haya aportado tenga la debida legitimación para intervenir en la actividad probatoria del proceso y que ella se haya practicado en tiempo oportuno en la forma y el lugar adecuado. En los casos de incidentes por terceros estas pruebas no podran ser utilizadas para los efectos de la sentencia a menos que la ley procesal respectiva lo autorice expresamente

2.12 Principio de Preclusión de la Prueba

Se trata de tiempo u oportunidad, con este principio se pretende impedir que se sorprenda a la contraparte con pruebas de ultimo momento que este no tenga oportunidad de fiscalizar, contradecir, contraprobar, objetar etc. o que se propongan temas en los cuales no existe tiempo para articular una adecuada defensa.

Es para darle orden y termino final al proceso. Se habla de preclusión en general, con relación a las partes, o sea la pérdida de la oportunidad.

Para ejercer determinado acto, también tiene relación con el juez, pues la ley suele señalarle un momento con relación a sus facultades inquisitivas.

La preclusión probatoria es menos rigurosa en el proceso penal, pero sin duda existe y se aplica también.

La preclusión se relaciona con la carga de la prueba por cuanto impone a la parte interesada en suministrarla, la necesidad de hacerlo en la etapa pertinente del proceso.

2 13 Principio de Inmediacion y de la Direccion del Juez en la Produccion de la Prueba

Es necesario que sea el Juez el que de manera inmediata, dirija resolviendo sobre la admisibilidad y presenciando e interviniendo en la practica de la prueba Este principio constituye seriedad, autenticidad, pertinencia oportunidad validez de la prueba Nunca debemos olvidar el caracter publico que tienen la prueba

Que el juez actue en esta etapa de forma directa que su percepcion directa e inmediata es requisito fundamental e insustituible para arribar a una decision mas completa en cuanto a convencimiento por parte de quien decide --El Juez--

2 14 Principio de la Imparcialidad del Juez en la Direccion y Apreciacion de la Prueba

Imparcialidad es inherente a todo buen Juzgador ademas, de ser requisito de la Ley, porque su criterio no puede ser otro que el de averiguar la verdad

La imparcialidad del juez, debe presumirse a menos que existan causales de Recusacion

La imparcialidad es un requisito de Justicia

2 15 Principio de Originalidad de la Prueba

Es decir que la prueba debe estar dirigida al hecho a probar o demostrar convincentemente

No siempre es posible obtener prueba original por excelencia como la percepcion directa, que a falta de esta debera acudir a la prueba indirecta a narradora de otros hechos como los Indicios

2.16, Principio de Concentracion de la Prueba (Esto es practicadas de una vez en un solo acto)

2.17 Principio de Libertad de la Prueba

Libertad de medios de prueba no limitadas siempre que tengan relevancia y probar cada hecho que de alguna manera tengan o puedan influir en la decision del proceso obviamente con la fiscalizacion de las partes

En Panama hay libertad de medios probatorios, limitados solamente por las que atenten contra la moral los Derechos Humanos de la persona y las Pruebas Ilicitas Estas ultimas sin ningun valor juridico en nuestra legislacion

2.18, Principio de Pertinencia, Idoneidad y utilidad de la Prueba

Que la practica de la prueba no resulte inutil, pero el juez no debe adelantarse a rechazar una prueba a menos que sea indudable su impertinencia con respecto a los hechos que deben probarse en el proceso

2.19 Principio de naturalidad o espontaneidad y licitud de la prueba y del respeto a la persona humana.

Hubo una epoca donde se ejercian sobre los testigos terribles coacciones para obligarlos a declarar de acuerdo al querer del funcionario

Por esto, este principio establece que el testimonio debe de ser espontaneo o natural y las demas personas que lo formulan no deben de ser coaccionados en sus facultades y en su libertad, por ningun medio fisico o psicologico En resumen, este principio se

opone al de la ilicitud en la obtencion de la prueba y concluye que toda prueba obtenida de forma ilicita carece de todo valor juridico

2 20 Principio de obtencion coactiva de los medios materiales de prueba

En virtud de este principio los documentos las cosas y las personas (cuando son objeto de exámenes medicos) deben ponerse a disposicion del juez cuando se relacionan con los hechos del proceso Es absurdo que el juez carezca de facultades para obtener una prueba cuando de ella depende la dictacion de una sentencia de fondo --no se trata de suplir la negligencia de la parte-- si no de encontrar la verdad real

2 21 Principio de la Evaluacion o Apreciacion de la Prueba

La prueba debe ser evaluada en cuanto a su merito para llevar a la conviccion del juez sobre los hechos que interesan al proceso

No se concibe ningun proceso en el que el juez no tenga libertad para apreciar las pruebas allegadas, ni facultades inquisitivas para conseguir las

2 22 Principio de la Inmaculacion de la Prueba

Aplicado a la prueba, es para indicar por razones obvias de economia procesal debe procurarse que los medios allegados al proceso esten libres de vicios intrinsecos y extrinsecos que los hagan ineficaces o nulos La falta de pertenencia no origina vicio alguno

2 23 Principio de la carga de la prueba y de la auto responsabilidad de las partes por su inactividad

Este principio contiene la regla de conducta para el Juzgador en la cual puede fallar de fondo cuando falta la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar. Principalmente, este principio implica la auto responsabilidad de las partes por su conducta en el proceso al disponer de libertad para llevar o no, la prueba de los hechos que los benefician y las contrapruebas que de no hacerlo pudieran perjudicarlos.

Las partes soportan las consecuencias de su inactividad de su negligencia inclusive de sus errores cuando estos no son subsanables. Por ello, el juez no puede abstenerse de fallar.

2.24 Principio de Oralidad en la Práctica de la Prueba

El ideal es la oralidad, la práctica ha demostrado que sin la creación masiva de tribunales con jueces probos, equipo y personal adecuado y obviamente, recursos, este ideal no funciona.

Pero sin duda la oralidad encierra la mayor cantidad de principios procesales, inmediación, concentración, eficacia, unidad, celeridad.

2.25 Principio Inquisitivo en la Obtención de la Prueba

Se trata obviamente de las facultades del juez para aportar pruebas y para participar en forma activa, en su práctica y búsqueda de la verdad.

2.26 Principio de la No Disponibilidad o Irrenunciabilidad de la Prueba

Significa que no le corresponde a las partes ningún derecho de resolver si una prueba que interese a los fines del proceso debe o no ser aducida, ya que el juez dispone de poderes y medios para

llevarlas al proceso y que una vez solicitada por las partes no son renunciables si el juez considera que es util para el proceso En la mayoria de los paises como reminiscencia del sistema dispositivo una prueba pedida y no practicada se permite su renuncia

2 27 Principio de la Gratitud de la Prueba

Dado que el fin es el interes general lo ideal es que el Estado satisfaga el servicio publico de justicia de manera gratuita sin gravar economicamente, a las partes por la recepcion y practica ya sean peritos examenes, informes etc

En Panama todavia tenemos un sistema de arancel judicial que obliga a las partes a cancelar sumas de dinero por la utilizacion practica de peritos y determinadas diligencias judiciales

Este sistema por supuesto que pone en peligro la independencia del juez frente a las partes y por lo tanto su imparcialidad ademas de encarecer la administracion de justicia a los particulares, va en perjuicio de los pobres y en beneficio de los que tienen mas recursos --los ricos--

De modo que existe una teoria general de la prueba aplicable a todos los procesos y a la luz de estos principios los jueces y abogados podran orientarse en los criterios de valoracion produccion, recepcion, de las pruebas Asi lo afirmamos

3 Los principios fundamentales del proceso civil en el Derecho Comparado el principio dispositivo

Como señala Mauro Capelletti

¿Cuáles son los principios fundamentales, los *allgemeine Rechtsgrundsätze*, que están o que han estado, en otros periodos históricos, formando la base del proceso civil de los Países Europeos? Es ésta precisamente, la pregunta principal a la que se querría intentar dar una respuesta en estas paginas, en las cuales no será posible, en cambio, entrar también en las particularidades de los tipos singulares de proceso y de los institutos procesales singulares, particularidades las cuales, por lo demás, no podrían ni siquiera ser comprendidas en su pleno significativo sin aquella premisa general e introductiva que trataremos de sintetizar aquí

Ciertamente, el primero y más importante de esos principios es el que deriva de la naturaleza misma del derecho sustancial del cual, mediante el proceso, se pide la protección. Se habla, a este propósito, por la doctrina europea, de un principio dispositivo (*Dispositionsprinzip* o *Dispositionsmaxime*). el principio o la máxima de la disposición de parte. Pero para comprender este principio fundamental es necesario un cierto discurso. En efecto, hay que tener presente que el proceso, lejos de ser fin en sí mismo, no es otra cosa que un instrumento. es el instrumento excogitado al objeto de componer las lites garantizando la efectividad -la observancia, y la reintegración para el caso de inobservancia- del derecho sustancial. La necesidad de este instrumento está postulada por todos los ordenamientos de los pueblos civilizados. Significa que los pueblos han

renunciado a confiar a la fuerza y a la venganza la protección o reintegración de los derechos subjetivos sustanciales para confiarla, en un procedimiento dispuesto y ordenado por las normas y por las costumbres. Pero este carácter de la instrumentalidad del derecho procesal y de la instrumentalidad, por consiguiente, de la técnica misma del proceso, implica una consecuencia importante lo mismo que cualquiera otro instrumento así también aquel instrumento que es el derecho procesal, para ser eficaz o sea para conseguir cumplir eficazmente su finalidad, debe adaptarse a la particular naturaleza del propio objeto. En otras palabras, debe asumir aquellas técnicas y valerse de aquellos institutos que son los más idóneos para el objeto de la garantía del derecho sustancial. Pero así como el derecho sustancial puede tener diversas naturalezas, así también el derecho procesal, precisamente por su carácter instrumental, debe saber adaptarse a aquellas diversas naturalezas. La demostración más próxima en el tiempo, por no decir también en el espacio, es aquella a la que se ha aludido ya, y que hace referencia a los Países del Este europeo en su comparación con el mundo denominado occidental. La característica esencial de los sistemas jurídicos comunistas es la abolición, en principio, de la propiedad privada -- en otras palabras, la abolición del carácter privado de los derechos sustanciales patrimoniales, reales y personales. Cualquier texto jurídico ortodoxo de aquellos Países, lo dice *apertis verbis*. La misma división bipartita del derecho en público y privado no sería otra cosa -- cito de un conocido procesalista polaco, Marian Walligurski -- que un resultado del sistema económico-social de los Estados capitalísticos, apoyado sobre la propiedad

privada, y un resultado por consiguiente del correspondiente criterio tradicional que distingue los intereses tutelados por el derecho en intereses colectivos e intereses individuales

El derecho civil sustancial o sea aquel derecho sustancial sobre el cual operan los tribunales civiles, continua en cambio siendo, para nosotros los occidentales, en principio -excepcion hecha de ciertos sectores del mismo como de algunos aspectos del derecho de familia o del derecho del trabajo agrario, industrial- un derecho privado el mismo crea, por consiguiente, derechos subjetivos privados, esto es, dejado a la libre disponibilidad del individuo, el cual puede disponer de ellos en modo diverso. enajenandolos, transfiriendolos por donación o por sucesión, renunciando a ellos, etc No ocurre ya así, repito en los ordenamientos comunistas, en los cuales -y cito, esta vez, de otro procesalista de la Europa Oriental, Wladislaw Siedlecki- el derecho civil no es el derecho privado que sirve para la tutela de los intereses individuales de la persona singular Pues bien este cambio profundo de la naturaleza del derecho sustancial (cambio que me limito a constatar, sin querer expresar en modo alguno aquí sobre él ningún juicio de valor, ya que no sería éste el lugar a propósito para ello), ha comportado también un profundo cambio absolutamente lógico y necesario, dada aquella premisa, tan lógico y necesario que en la alemania oriental, por ejemplo, el mismo se ha verificado aun sin producirse un cambio del código de procedimiento civil (como he dicho ya, la Zivilprozessordnung de 1877 ha continuado allí en vigor hasta hoy (3)

(3) Cappeletti, Mauro El principio dispositivo y sus principales manifestaciones Italia p 19 - 20- 21

Las consecuencias procesales del carácter público o privado del derecho sustancial

Citamos a continuación lo vertido por Cappeletti así

¿Cuáles son las consecuencias procesales necesarias y lógicas de la naturaleza, respectivamente, privada o pública del derecho sustancial?

Estas consecuencias se reflejan, obviamente, en especial sobre los poderes respectivamente, de las partes de un lado y del juez o quizá de otro órgano público que será, normalmente, el ministerio público (Staatsanwalt, ministère public, public prosecutor) del otro lado

Si el derecho sustancial tiene naturaleza privada, entonces figuras como la del ministerio público son, obviamente, anómalas en un proceso que tenga por fin la tutela de aquel derecho. Aquellas figuras son plenamente comprensibles, en cambio, allí donde se trate de tutelar mediante el proceso derechos e intereses de orden público. Lo mismo ha de decirse en cuanto a los poderes del juez, los cuales serán usualmente tanto más penetrantes cuanto más acentuada sea la naturaleza publicística del derecho sustancialmente deducido en juicio

En los Países de la Europa Oriental, y en general en los Países Comunistas, el proceso civil ha puesto de manifiesto un fenómeno que no es nuevo en la historia —el mismo se había manifestado ya, por ejemplo, en la Prusia de Federico el Grande— esto es el fenómeno de su progresiva penalización (Poenalisierung des Zivilprozesses, la han denominado precisamente los juristas alemanes), en virtud de la cual el mismo ha venido a asumir cada vez más acentuadamente las mismas características o de características análogas a las del proceso penal. Este último es, precisamente.

instrumento de tutela situaciones juridicas no privadas si no eminentemente publicas, siendo de interes publico (al menos segun las concepciones modernas) y no de interes meramente privado, la condena del criminal y la absolucion del inocente

Este fenómeno es extraño, en general a la Europa Occidental y a sus ordenamientos procesales. Habiendose conservado en lineas generales el caracter privado del derecho civil -quedando a salvo como repito, algunos sectores del mismo, en los cuales la colaboración publicística se ha ido sucesivamente acentuando, como el derecho de trabajo, el de los seguros, etc -- también el proceso ha conservado ciertas características comunes. Estas características no sólo representan un primero e importantísimo denominador común, que se encuentra en la base de todos los sistemas procesales europeos-occidentales y contribuye a mantener a ellos una cierta unitariedad, sino que representan además un fuerte elemento de semejanza entre estos sistemas y los sistemas civilprocesalísticos de los Países de common law. Las mismas representan, al mismo tiempo, un fuerte elemento de divergencia de los sistemas procesales occidentales' (europeos y no europeos) respecto de los sistemas del mundo comunista' (4)

3.1 Comentarios en relacion a estos principios

El procedimiento civil no hace milagros. Es en cierto modo como la democracia. La ley procesal no hace el milagro en transformar en buenos a los malos hombres ni hace malvados a los hombres del espíritu bueno.

(4) Cappelletti, Mauro. Op. Cit. p. 11

En la gran disputa de doctrina que consiste en saber si la sentencia tiene un contenido declarativo o constitutivo no hay mas remedio que reconocer que sera siempre algo constitutivo porque el juez agrega al derecho un ingrediente nuevo que no existia antes

El orden institucional puede asegurar jueces buenos tratando de que los hombres buenos que hacen la justicia puedan positivamente, realizar una construccion una construccion tecnica que desde el campo constitucional brinde al derecho procesal fundamentos politicos

CAPÍTULO II

Tema de Prueba

1 Utilidad del concepto

El tema de prueba esta constituido por todas aquellas situaciones que se necesiten probar por considerarseles supuesto de las normas juridicas cuya aplicacion se discute en determinado proceso, esta nocion debe ser concreta porque se necesitan a los hechos que se deben investigar en cada proceso. Y su nocion resulta beneficioso para permitirle al juez que conozca que es lo se quiere investigar de tal manera que pueda comprobar por si mismo la pertenencia de los hechos probatorios y que el o los resultados nos lleven a un corolario satisfactorio.

Generalmente, entre las nociones de objeto, surgen los de necesidad --Thema Probandum y carga de la prueba.

Por objeto de la prueba se debe entender lo que se puede probar en general, aquello sobre lo que recae la prueba, no se limita a problemas concretos, como la nocion misma de prueba se extiende a todos los campos de la actividad cientifica, historica e intelectual.

La necesidad de la prueba es en un sentido general, para cada proceso, contempla los hechos que deben probarse en el sin individualizar quien debe suministrarla, por lo cual el tema se identifica con el de la Carga de la Prueba que le dice al juez como debe fallar.

Por necesidad de la prueba o (Thema Probandum) Es lo que en cada proceso debe ser objeto de la actividad probatoria sea los hechos sobre los cuales versa el debate o la peticion voluntaria.

planteada y que deben probarse por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por ambas partes sin cuyo conocimiento el juez no puede decidir

Este es objetivo, porque esta noción no contempla en ella la persona si no el panorama general del proceso a su vez específico, puesto que recae sobre la necesidad de probar hechos determinados

El concepto de carga de la prueba es una noción subjetiva ya que es la situación que cada parte asume en cuanto a la responsabilidad de probar los hechos de sus pretensiones

Las normas de carga de la prueba como señala Hernando Devis de Echandia son en realidad normas por el juez, pues el debe fallar independientemente, de las consecuencias de la inactividad de la parte a quien corresponde la carga de la prueba

Sobre el Thema Probandum poder agregar que debemos tener muy claro el hecho afirmado, aceptado y discutido o controvertido o el que es negado --en nuestra legislación se requiere un argumento para la negación no puede ni debe ser una negación pura y simple de acuerdo a nuestra experiencia--

Debe de probarse todo aquello que forma parte del presupuesto fáctico para la aplicación de las normas jurídicas que no este eximido de prueba en la Ley (por ejemplo los Hechos notorios que no se prueban, pues son de dominio público y del conocimiento general)

En muchas ocasiones quien admite el hecho afirmado tiene interés en su existencia para el proceso --o es indudable que-

existe y negarlo seria una conducta procesal impropia y perjudicial y a la larga para el puesto que el juez toma en cuenta, el comportamiento procesal de las partes y seria una deslealtad negar por negar cuando se trata por ejemplo de certificaciones de oficinas del Registro Publico por Ejemplo --Estas observaciones nos conducen a la conclusion de que el hecho admitido no es objeto de prueba a menos que la ley exija determinada prueba oficial para lo cual no existe la confesion ni la aceptacion de la misma (por ejemplo Prueba de Estado Civil)

Si el hecho es totalmente, ajeno al presupuesto factico del proceso, no puede formar parte del tema de prueba, porque no existiria necesidad alguna de probarlo

El Tema de prueba en cada proceso esta formado por los hechos principales que constituyen el presupuesto de las normas juridicas aplicables a las pretensiones y excepciones del demandante y el demandado al igual que los terceros relacionados con ellos

Cuando la prueba no sea prohibida ni sea imposible y siempre que no exista acuerdo inicial y que la ley no exija un medio especifico este sera, el Thema Probandum

2 Fin de la prueba

El principal fin de la prueba es la creacion de la certeza en el Juez, mas ello se desvirtua segun el estado animico de el Es un mundo rico en dudas, estados de inseguridad y en este caso no cabria la posibilidad de un juicio categorico Su decision tambien puede ser objeto de proposiciones basadas en opiniones o simplemente, conjeturas

Existen varias teorías sobre el fin de la prueba

I La que considera como fin el establecer la verdad

II La que estima que con ella se busca el convencimiento del Juez y llevarlo a la certeza necesaria para su decisión

III La que sostiene que se persigue fijar los hechos del proceso

con respecto a la que estima que con ella se busca la verdad es apoyada por Bentham Jose A. Claria Olmedo E. Bonnier Nicol Framarino Malatesta

Señalan que la prueba en general, es la relación concreta entre la verdad y el espíritu humano, la prueba es pues el medio objetivo a través del cual la verdad logra penetrar el espíritu, porque el objeto de la certeza no puede ser otro que la mente del que juzga

II La Teoría que reconoce como fin de la prueba el obtener el convencimiento o la certeza subjetiva del juez apoyada por Lessona, Ugo Rocco, Mittermaier, Furno, Chiovenda, Gorphe Florian, Micheli

Consideran que todo medio de prueba tiene que alcanzar ese doble fin de hacer conocido del juez un hecho o sea darle el conocimiento claro y preciso de él y justamente, darle certeza de la existencia o inexistencia de determinado hecho

La sentencia contiene la declaración completa de certeza de la relación, o del estado jurídico controvertido y que con la prueba se consigue el estado de certeza acerca de la verdad de una proposición

Se afirma que ninguna prueba que tenga por objeto la

comprobacion de afirmaciones de hecho puede mas que convencer a un hombre razonable y experimentado

Couture tambien decia Que el Juez debe formarse^o conviccion que la prueba es un medio de verificacion de las proposiciones que los litigantes formulan en los procesos y que desde el punto de vista de las partes la prueba es ademãs, una forma de crear la conviccion del juzgador

Esta teoria contiene un planteamiento incompleto del problema del fin de la prueba ya que tanto con la primera teoria como con la segunda puede decirse que por ella se crea o fijan los hechos en el proceso, de modo que es una forma de indicar el resultado de la prueba y que se considera asi obtenida cuando el juez adquiere certeza

Teoria III Observamos que el fin de la prueba no siempre coincide con el resultado esto ocurrira solamente cuando gracias ella el Juez haya podido formarse convencimiento o adquirir certeza sobre los hechos, en caso contrario, el resultado no lograra alcanzar ese fin y, entonces, para cumplir su funcion y el deber que la jurisdiccion le impone, el juez recurrira al sustituto de la carga de la prueba, con el objeto de resolver el litigio o de dividir sobre la responsabilidad del individuo

3 Clasificación de las pruebas

De acuerdo al autor Colombiano Antonio Rocha, quien constituye un clasico para los procesalistas Colombianos y Panameños --, su obra fue citada con tanta solemnidad, como si fuera La Biblia por

nuestra Corte Suprema de principios a mediados de siglo--

Decía Rocha que los medios de prueba son susceptibles de clasificación según su índole o su poder de convicción --no debemos olvidar que entonces existía un rígido sistema dispositivo y tarifario en Panamá y por supuesto en Colombia--

Rocha consideraba útil para conocer la índole de un medio de prueba una clasificación razonada según tales criterios así:

- a) Pruebas perfectas o completas e imperfectas o incompletas
- b) Solemnes y Libres
- c) Directas e indirectas
- d) Históricas y críticas
- e) Judiciales y extrajudiciales
- d) Sumarias y contradichas o públicas (5)

Decía la Ley en general, que una sola prueba no basta por sí misma para producir certeza en el ánimo del Juzgador porque es simplena de acuerdo a la anacrónica Tarifa Legal

Con respecto a las pruebas directas e indirectas, estas dependen de que el medio probatorio ponga al juez inmediata o directamente, en contacto con la cosa o el hecho que se quiere demostrar

Si el hecho o la cosa se coloca bajo los sentidos o percepción directa del Juez, la prueba es directa, inmediata y real, como cuando cata el vino cuya calidad se discute, u observa las ruinas de un edificio, inspección ocular para juzgar con más acierto

Pero en los casos de los hechos pasados y ya inexistentes apenas se le lleva al Juez la noticia por medio de testimonio,

dictamen pericial es por ello que el juez directamente no verifica los hechos por si mismo sino que de ellos apenas oye el relato, la descripción el juicio de otras personas Las pruebas son los medios de verificación de la verdad de un hecho

Con respecto al tema, el tratadista Castro define el medio de prueba así

medio de prueba es el instrumento corporal o material cuya apreciación sensible constituye para el juez la fuente de donde obtiene los motivos de una convicción, como la cosa que es inspeccionada por el, el documento que examina, etc (6)

Se afirma que medio de prueba es todo lo que sirva para establecer la verdad de un hecho relevante pero a la sentencia se llega por los medios cognoscitivos, mas aun corriendo el riesgo de confundir el objeto con el medio de la prueba, es por ello, que cabe darle un significado inequivoco en el que se comprenden los objetos, las cosas y las personas

Por lo general, son los medios de pruebas expuestos libremente en las excerptas legales (que en este caso son los codigos)

En nuestro país se encuentran dichos medios de prueba enumerados en el Código Civil, Código Judicial Código de Comercio y Código de Trabajo

Artículo 1101 del Código Civil

Las pruebas consisten en instrumentos.

(6) PIETRO CASTRO, Leonardo Práctica Procesal Civil Inst Editorial Reus S A , Madrid, 1950. p.123

publicos o privados, testigos, presunciones
 confesion de parte juramento decisorio
 inspeccion personal del juez y en las especiales
 que determinen los demas codigos

El Codigo Judicial enumera los medios de prueba en el articulo
 866

Articulo 866 del Codigo Judicial

La parte contra la cual se hubiere
 presentado en proceso un documento,
 puede tacharlo de falso para el efecto
 de que se desestime en el fallo

El articulo 956 del Codigo Judicial complementa la enumeracion
 anterior, señalando que las pruebas especiales en materia de
 Comercio son

Articulo 956 del Codigo Judicial

Cada parte puede designar hasta dos
 peritos
 Cuando cada parte designe un sólo perito
 y alguno de ellos no concurriere a la
 diligencia, por cualquier causa, será
 reemplazado por la parte respectiva en
 el acto mismo o dentro de las veinticuatro
 horas siguientes, si hubiere tiempo
 suficiente para ello

El Codigo de Comercio enumera las pruebas en materia de
 comercio en su articulo 244 que afirma

Articulo 244 del Codigo de Comercio

Las obligaciones mercantiles y sus
 excepciones se probarán.

- 1 Con documentos públicos,
- 2 Con documentos privados
- 3 Con las minutas de los corredores,
- 4 con facturas aceptadas,
- 5 Con la contabilidad comercial;
- 6 Con la correspondencia epistolar o
 telegráfica,
- 7 Con declaraciones testigos,
- 8 Con cualquier otro medio de prueba admitido
 por la ley

públicos o privados, testigos, presunciones confesión de parte, juramento decisorio, inspección personal del juez y en las especiales que determinen los demás códigos

El Código Judicial enumera los medios de prueba en el artículo 866

Artículo 866 del Código Judicial

La parte contra la cual se hubiere presentado en proceso un documento, puede tacharlo de falso para el efecto de que se desestime en el fallo

El artículo 956 del Código Judicial complementa la enumeración anterior, señalando que las pruebas especiales en materia de Comercio son

Artículo 956 del Código Judicial

Cada parte puede designar hasta dos peritos
 Cuando cada parte designe un sólo perito y alguno de ellos no concurriere a la diligencia, por cualquier causa, será reemplazado por la parte respectiva en el acto mismo o dentro de las veinticuatro horas siguientes, si hubiere tiempo suficiente para ello

El Código de Comercio enumera las pruebas en materia de comercio en su artículo 244 que afirma

Artículo 244 del Código de Comercio

Las obligaciones mercantiles y sus excepciones se probarán:

- 1 Con documentos públicos;
- 2 Con documentos privados;
- 3 Con las minutas de los corredores,
- 4 con facturas aceptadas,
- 5 Con la contabilidad comercial,
- 6 Con la correspondencia epistolar o telegráfica,
- 7 Con declaraciones testigos,
- 8 Con cualquier otro medio de prueba admitido por la ley

El Código de Trabajo vigente señala en su artículo 730 que

Artículo 730 del Código de Trabajo

Sirven como pruebas los documentos la confesión, la declaración de parte, el testimonio de terceros, la inspección judicial, los dictámenes periciales, los informes, los indicios los medios científicos, y cualquier otro elemento racional que sirva a la formación de la convicción del Juez, siempre que no estén expresamente prohibidos por la ley, ni sean contrarios a la moral o al orden público. Puede asimismo disponerse calcos, reproducciones o fotografías de documentos, objetos, lugares o personas. Es permitido, para establecer si un hecho puede o no realizarse de determinado modo, proceder a la reconstrucción del mismo

Nuestro Código Judicial clasifica las pruebas en primer lugar en plenas perfectas o completas o semiplenas deficientes incompletas

Las pruebas plenas, perfectas o completas son aquellas que dejan al tribunal suficientemente, instruido acerca de la verdad o falsedad del hecho, en terminos que debe fallarse de conformidad con ella (párrafo primero del artículo 684 del C J)

Artículo 684 del Código Judicial

Las excepciones en l
ejecutivos se registrarán por lo dispuesto
en el Título XIV, capítulo 1 Sección
7a de este Libro

Se entiende por prueba semiplena, deficiente o incompleta, la que por si sola no deja la tribuna suficientemente, instruida para el erecto de la sentencia

Artículo 684 del Código Judicial

Las excepciones en los procesos ejecutivos se regiran por lo dispuesto en el Título XIV, capítulo 1 Sección 7a de este Libro

Otra clasificación de nuestro derecho positivo vigente es la de las pruebas directas e indirectas y se considera prueba directa la que demuestra por sí misma la verdad aunque en diversos grados de los hechos controvertidos. Y por prueba indirecta la que no demuestra por sí la verdad de lo que se cuestiona si no la de otros hechos que son los que constituyen la prueba directa como la confesión extrajudicial acreditada por testigos, y las declaraciones de referencia.

Así el artículo 685 del Código Judicial señala al respecto que

Artículo 685 del Código Judicial

El Juez deberá determinar, vencido el término de traslado de la contestación de la demanda, si la relación procesal adolece de algún defecto o vicio que, de no ser saneado, produzca un fallo inhibitorio o la nulidad del proceso. En tal supuesto, el Juez ordenará a la parte que corrija su escrito, aclare los hechos o las pretensiones, que se cite de oficio a las personas que deban integrar el contradictorio en casos de litis consorcio que se acoja la pretensión en casos en que se haya de seguir procedimientos de distinta naturaleza, que se integre debidamente la relación procesal o que se le imprima al proceso el trámite correspondiente en caso de que se haya escogido otro o cualquiera otra medida necesaria para su saneamiento. Si el demandante no cumpliera con lo ordenado por el Juez dentro del término de cinco (5) días, se decretará el archivo del expediente, levantando las medidas cautelares y se condenará en costas. Si debe intervenir el

Ministerio Público bastara que el Juez le de el curso respectivo
 En caso de que se decreta saneamiento la respectiva resolución será únicamente susceptible de recurso de apelación, el cual se concedera en el efecto suspensivo'

Jairo Parra hace la siguiente clasificación

Segun su contradicción

1 Prueba sumaria

Prueba controvertida

La prueba no contradicha carece de valor

La prueba sumaria no es una prueba incompleta pues aquella tiene que demostrar plenamente el hecho solo que le falta se contradicha

2 Pruebas formales y sustanciales

Las pruebas formales tienen y cumplen una función eminentemente, procesal pues llevan al juez al convencimiento sobre determinados hechos. Además, estas pruebas son requisitos de existencia y validez de determinados actos de derecho material

3 Según su objeto

1 Prueba directa

2 Prueba indirecta

1 Directa Es una simple percepción del juez mediante sus propios sentidos, v.g. la inspección judicial

Artículo 685 del Código Judicial

El Juez deberá determinar, vencido el término de traslado de la contestación de la demanda, si la relación procesal adolece de algún defecto o vicio que, de no ser saneado, producirá un fallo inhibitorio o la nulidad del proceso. En tal supuesto, el Juez ordenará a la

parte que corrija su escrito, aclare los hechos o las pretensiones, que se cite de oficio a las personas que deban integrar el contradictorio en casos de litis consorcio, que se escoja la pretensión en casos en que se haya de seguir procedimientos de distinta naturaleza, que se integre debidamente la relación procesal o que se le imprima al proceso el trámite correspondiente en caso de que se haya escogido otro o cualquiera otra medida necesaria para su saneamiento. Si el demandante no cumpliera con lo ordenado por el Juez dentro del término de cinco (5) días, se decretará el archivo del expediente, levantado las medidas cautelares se condenará en costas. Si debe intervenir el Ministerio Público bastará que el Juez le de el curso respectivo. En caso de que se decreta saneamiento la respectiva resolución será únicamente susceptible de recurso de apelación, el cual se concederá en el efecto suspensivo.

2. Indirecta: El juez no percibe el hecho por probar, si no el informe o la declaración, que le permite inducir el que se trate de demostrar.

4. La prueba trasladada

Cuando la prueba se practica en forma certera y válida en un proceso, éstas pueden trasladarse a otro o 'si la persona contra la cual aduce que parte de aquél y con su citación y audiencia se practicó o incorporó al proceso, cómo se cumplió con el derecho de contradicción, se pueden apreciar sin más formalidades' (7)

5. Sistemas fundamentales en la actividad probatoria

5.1 Sistemas dispositivo e inquisitivo.

(7) PARRA QUIJANO, Jairo. Manuel de Derecho Probatorio. Ediciones, Libres Profesionales. p.i

El sistema dispositivo se fundamenta en aspecto *in strictu iuris procesalae* es decir debe existir demanda de parte, congruencia en la decision del juez y facultad de las partes para disponer del derecho en controversia en los casos en que esto sea posible, en el ambito probatorio el juez tiene facultades inquisitivas y debe de decretar pruebas de oficio si fundamenta la veracidad de los hechos objeto del proceso.

Implica el sistema inquisitivo un deber del juez y obligacion a la vez para saber la veracidad y certeza en la probanza de los hechos (pues debe de responder a una sociedad como consecuencia del principio de publicidad y del interes publico y sociedad que aquella demanda todo esto redundara para la buena imagen de la funcion judicial)

Por otro lado, el sistema dispositivo en el campo probatorio, significa que el funcionario solo podra decretar las pruebas que las partes le soliciten oportunamente, mas no oficiosamente. Este sistema se aviene a un estado aspechado. Al contrario del inquisitivo que corresponde a un estado intervencionista con un organo judicial consecuente y por consiguiente, con un juez protagonista del proceso.

Estos son los principios esenciales que inspeccionan toda la mecanica funcional, la diferencia se ya a producir en el desarrollo que cada uno posea en el principio constitucional que inspire su institucion y constituya, la clave de su organizacion, dandole caracter y vida.

La esencia del principio dispositivo se formula politicamente

afirmando que nadie puede ser acusado sin ser juzgado basando su proyección en el sistema de igualdad procesal de las partes

MITTER MALK afirma

un combate donde juegan todas las potencias del espíritu y las armas permitidas son la palabra y la persuasión a fin de generarse en conciencia del juzgado (8)

Con el sistema dispositivo se procede a juzgar con intervención del reo y en el dispositivo sin control seguro del acusado. Igualmente en el dispositivo rige el principio de la libertad absoluta o subjetiva mientras que en el inquisitivo el criterio judicial está determinado por la prueba legal o tasada tanto para los medios empleados, como para las reglas que sirven para enjuiciarlos. Las diferencias entre ambos es de grado más que de sustancia

(8) MITTER MAFER, C J A cit por Cedeño, Olmedo Mario Estudio de los medios de prueba, en especial de la prueba pericial en el Derecho Procesal Civil y Penal_ Trabajo de Graduación, Universidad de Panamá, 1973, p 60

7 La Carga de la Prueba

La actividad de las partes es de fundamental importancia para el buen resultado de sus pretensiones o defensas o excepciones. Las partes pueden o deben ejecutar ciertos actos, adoptar determinadas conductas, afirmar hechos y hacer peticiones.

Todo ello dentro de los límites del tiempo y lugar, y de su obtener éxito o evitarse futuros y probables perjuicios o consecuencias desfavorables.

La noción es aceptada por los autores, su origen es muy antiguo, pero fue en el siglo pasado donde se le dio autonomía conceptual.

De los Romanos fue transcrito en el Código Napoleónico de allí a toda Europa y América la necesidad práctica de probar ante la cual se encuentra la parte para poder obtener el efecto jurídico y evitar el daño de perderlo. La parte debe de probar los hechos que fundamentan el derecho reclamado si desea que le sea reconocido por el juez o su extinción, si se defiende alejándola, no es obligación y nadie lo constriñe a hacerlo.

Existe carga, cuando un determinado comportamiento de la parte es necesario para que un fin jurídico sea alcanzado pero por otra parte el sujeto mismo es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca, por consiguiente en sentido contrario a la norma.

En las obligaciones debe de hacerlo o de lo contrario, se le puede exigir coactivamente, en la carga no hay coactividad si no la posibilidad de perjuicio o ineficacia en la obtención de la

pretension

Teorias sobre la Carga de la Prueba

I Teoria segun la cual la carga de la prueba es una categoria de obligacion respecto de la cual no se sanciona el incumplimiento de la misma.

Esta tesis no ha tenido exito en el pensamiento juridico contemporaneo pues los autores consideran el concepto de carga como autonomo y diferente del de obligacion.

Eracaso la teoria tambien porque solo se observaba el aspecto pasivo de la relacion o sea las consecuencias para el inactivo y es asi pues no existiria en el concepto relacion entre la autoresponsabilidad y la contra parte.

La carga no es una obligacion porque ninguna puede ser constreñida a promover un juicio o a ofrecer una prueba. Tampoco es un deber puesto que en el proceso nadie esta obligado a procurar por un propio interes o beneficio.

II Tesis que considera la carga como vinculo juridico impuesto para la proteccion del interes publico.

Este esta construida basicamente segun su punto de vista del derecho publico de esta manera queda reducido el concepto de carga

Un Poder-Deber sin tener en cuenta la tutela de un interés propio que es lo que constituye su esencia.

Si se tratara de un vínculo jurídico impuesto para la protección de un interés público no existiría esa situación de libertad para ejecutar o no el acto que es la causa de este fundamento de la carga. Por ello es inaplicable esta teoría.

III Teoría que define la carga como un deber libre

Esta teoría no supera a las anteriores porque el deudor no está en una situación de libertad si no en un estado típico de coacción.

Rosemberg rechaza esta tesis porque su parecer es que existiera un deber y habría que decir que cada parte tiene el deber de triunfar puesto que la carga se cumple para conseguir el resultado favorable como un deber para consigo mismo (9)

(9) ROSEMBERG, Leo La Carga de la Prueba
Buenos Aires, Edit. Ejea 1961 pág. 63

IV Teoría que diferencia la Carga de la obligación y que no obstante la coloca en el grupo de las Relaciones Jurídicas parivas como acto jurídicamente necesario pero en interés propio, cuya inyección siendo lícita acarrea sanción económica.

Teoría cuyo principal defensor era Francisco Carnelutti distinguiendo las nociones de acto necesario y acto obligatorio para aplicarla a la carga y esta para determinar la obligación. El primero es un acto jurídico que debe ejecutarse si se desea conseguir cierta finalidad en interés propio. El segundo es un acto jurídico que el derecho objetivo exige que se cumpla para tutelar un interés ajeno. Ambos están subordinados a un interés personal y a un interés por el derecho pero el titular de ese interés varía.

Esta Teoría representó un gran avance conceptual mas es necesario precisar mejor la noción de carga.

V Teoría que distingue la Carga de la obligación y el diferente interés que en ellas radica la de mayor realce a la libertad del sujeto de la primera pero le asigna el carácter de imperativo del propio interés (Couture y Eisner).

Esta teoría tiene cierta similitud con la anterior porque establece la diferencia entre el interés ajeno satisfecho con el cumplimiento de la obligación y el interés propio que se titula al observar la Carga también separa las dos nociones al negarle a la segunda la naturaleza de obligación o deber.

La noción de imperativo del propio interés y no están

sujeto a sanciones de otra clase salvo el perjuicio para el interés por lo cual el adversario no puede exigir que se cumpla.

Al fundamentar el concepto sobre la no exigibilidad del acto por el adversario y la libertad del sujeto para cumplirlo o no aunque exista una necesidad de ejecutarlo por conveniencia propia esta doctrina constituye un avance.

VI Teoría que considera la carga como una facultad o poder de obrar libremente en beneficio propio siendo lícito abstenerse de hacerlo y por lo tanto sin que haya coacción ni sanción y sin que exista un derecho de otro o exija su observancia (Michelli Rosenberg y otros)

Con esta teoría se da a la noción la mejor definición y se le diferencia en forma nitida de la obligación y del deber los cuales implican sujeción en beneficio de quien tiene el derecho correlativo.

Es lo que a Carnelutti llamaba posibilidad de obrar en el campo de la libertad y la considera una facultad cuyo ejercicio es necesario para alcanzar un interés.

Rosemberg decía: La carga implica una actividad que es siempre voluntaria aun cuando el dejar de cumplirla implique efectos perjudiciales al sujeto. (10)

La carga es una relación activa al contrario de la obligación y el derecho que son relaciones jurídicas pasivas.

(10) ROSEMBERG, Leo Op Cit p 49

Con respecto a la Carga de la Prueba podemos agregar que no es
 una regla de fijar quien debe de llevar la prueba si no de quien asume
 el riesgo de que falte

Son claros y especificos los conceptos vertidos por el
 tratadista Parra Jairo en este sentido

La carga de la prueba consiste en
 una regla que le crea a las partes
 una autorresponsabilidad para que
 acrediten los hechos que le sirven
 de supuesto a las normas juridicas
 cuya aplicacion reclaman y que
 ademas le indica al juez como debe
 fallar cuando no aparecen probados
 tales hechos

A) Utilizamos la palabra
 autorresponsabilidad, para significar
 que no es la carga una obligacion ni
 un deber, por no existir sujeto o
 entidad legitimada para exigir su
 cumplimiento La persona que
 soporta la carga no es libre por
 cuanto tiene necesidad de probar los
 hechos para no perder el proceso y
 sufrir las consecuencias de tal
 menoscabo

B) Si bien existe una autorresponsabilidad
 en la carga de la prueba, en caso de
 que el hecho aparezca acreditado en el
 proceso por actividad distinta a la de
 la parte interesada, en virtud del
 principio de adquisicion de la prueba
 se tendra por demostrado

C) Esa autorresponsabilidad genera,
 como ya hemos visto, un estado de no
 libertad cuyo fundamento se encuentra
 en la necesidad de probar, pero el
 juez con el decreto oficioso de pruebas
 y su practica, puede lograr la
 demostración del hecho y con ello libera
 a la parte

D) Quien prepara su demanda sabe de
 antemano cuáles hechos le interesa que

aparezcan demostrados en el proceso y por tanto, sabe de la necesidad de probarlos

E) La carga de la prueba le permite al juez fallar cuando el hecho no aparece demostrado en contra de quien la incumplio

F) El juez debe procurar con el decreto oficioso de pruebas investigar los hechos pero si ello no es posible por inercia de la parte a quien le interesaba que el hecho apareciera demostrado debe utilizar el sucedaneo de prueba y aplicar la regla de la carga

Ejemplo

La señora A demanda al señor B (su legitimo esposo), en proceso de separacion de cuerpos

Causal Los ultrajes y malos tratos, de parte del demandado han hecho imposible la paz y el sosiego domesticos Inclusive en varias ocasiones le ha causado lesiones en el cuerpo y la ha amenazado de muerte tanto, que teme por su vida, que debido a las continuas peleas y al miedo tuvo que acudir a la comisaría

La señora, al formular su demanda, sabe que los hechos que alego como causal, son los que le interesa que aparezcan acreditados y que necesita de ello para triunfar en el proceso, es decir, para que el juez de aplicación al numeral 3o del artículo 154 del C C , en concordancia con el 165 del mismo

A no probó los hechos que alegó, como consecuencia, perdio el proceso ya que el demandado fue absoluto

Observese bien, cuando el juez va a decidir y no encuentra la prueba de los hechos, se pregunta ¿Quien soportaba la carga de probarlos?

Respuesta En nuestro ejemplo, la señora A Como no los probó, la sancion consiste en la pérdida del proceso

La jurisprudencia ha dicho que si el interesado en suministrar la prueba

no lo hace o la alega imperfecta se descuida o equivoca su papel de probador necesariamente ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones

En el procedimiento penal

I Concepto de Devis de Echandia

En materia penal como hemos dicho la regla sobre la carga de la prueba tiene aplicacion aunque se sustituye en lo fundamental, por el principio in dubio pro reo, conforme al cual debe absolverse al procesado si no existe del hecho ilicito, la cual corre a cargo del estado (representado por el juez en el sistema nuestro, por el Ministerio Público en el sistema acusatorio de otros paises) y de la parte civil y tambien cuando haya respecto al derecho sustancial

Este principio, y por tanto la regla sobre la carga de la prueba, estan consagrados en el artículo 215 del C de P P Pero el procesado tiene interes en que aparezca en el proceso la prueba de los hechos atenuantes o exculpativos de su responsabilidad por lo cual debe colaborar en su práctica, aunque en principio tanto el juez como el Ministerio Publico tienen el deber procesal de procurar que esas pruebas lleguen al proceso, pues le corresponde investigar, tanto los aspectos favorables al procesado Por esto puede decirse que la regla sobre la carga de la prueba tiene cierta relativa aplicación a cargo del procesado, porque sufre las consecuencias adversas de la falta de esas pruebas, si el hecho ilicito y su autoría se encuentran plenamente demostrados

No creemos que el artículo 215 del C de P P consagre la noción de carga de la prueba en esta materia Esa disposicion establece que no se podrá dictar sentencia condenatoria criminal sin que obren en el proceso, legalmente producidas (necesidad de la prueba), la prueba plena o completa

de la infracción por la cual se llamo a juicio y la de que el procesado es responsable de ella. Y el artículo 216 del mismo estatuto por su parte dice que si no existe la prueba atendidos los criterios del artículo 215, y se presenta la duda, dentro de la cual podemos incluir la probabilidad, el juez la debe resolver a favor del procesado. Como se puede observar, sencillamente el Código de Procedimiento Penal Colombiano está consagrando el principio pro reo y no la carga de la prueba.

II Concepto de Giovanni Leone

De presunción de inocencia del imputado se puede hablar en dos sentidos

A) En relación al tema de las pruebas, y B) En relación al status del imputado. En relación al tema de las pruebas la presunción de inocencia sirve para llevarnos de nuevo a un principio que circula en todo el proceso, el principio del favor libertatis, en virtud del cual todas las normas restrictivas de la libertad no pueden constituir objeto de aplicación analógica. En lo que particularmente concierne al sistema probatorio, se concreta dicho principio en la máxima in dubio pro reo que no solo da lugar a una de las formulas de absolución (insuficiencia de pruebas), sino que alimenta toda la indagación judicial penal. Una aplicación de la máxima in dubio pro reo puede encontrarse en el caso de exclusión del delito o de la punibilidad que se aplican en el caso de duda (en el sentido que se concretara mas adelante)

A ese significado se referían evidentemente, los escritores del tiempo medio, cuando afirmaban *innocens praesumitur cuius innocentia non probatur* (se presume inocente aquél de quien no se prueba la inocencia)

Al status del imputado se refirió, en cambio, la XIII declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuando enunció, 'Debiendose presumir

inocente a todo hombre mientras no se le haya declarado culpable si su arresto es declarado indispensable debe ser severamente reprimido por la ley con todo rigor fuera del necesario para asegurarse de su persona' Inclusive, como el mismo autor lo sostiene, ni siquiera el regimen fascista se atrevio a desconocer la presuncion de inocencia sino que considero que era un concepto inutil, ya que segun decia mientras se adelanta el proceso la persona ni es culpable ni es inocente

En la relacion del proyecto de codigo de 1930 se dijo Sagrado e inviolable sin duda el derecho de defensa cierto e indiscutible el principio de que al imputado no se le puede considerar culpable antes de la sentencia irrevocable de condena, pero que se lo haya de conceptuar inocente mientras se produce contra el por serle imputable el delito, es una tal enormidad, una tan patente inversion del sentido lógico y juridico que no se puede admitir ni aun como forma retorica Mientras hay un proceso en curso, no hay ni culpable ni inocente sino unicamente indicado solo en el momento en que recaiga en la sentencia se sabra si el indiciado, es culpable o inocente

III Opinion de Gian Antoni Michelli

Considera, este autor, fracasada la tentativa de transportar al proceso penal la noción de carga de la prueba

La carga, segun él, no la puede soportar el juez (penal), ya que éste no esta obligado a seguir determinados comportamientos al objeto de evitar consecuencias desfavorables Otros, según el mismo tratadista, hablan de la carga de la prueba, que incumbiría a la acusacion publica Sin embargo, este dice Limitandome por ahora al Ministerio Publico, no creo que el problema pueda plantearse

ultimamente si no se pone de relieve preliminarmente que el poder del organo de la acusacion publica esta vinculado a un deber inherente al oficio revestido. En el curso del proceso verdaderamente, el Ministerio Publico tiene solamente poderes puesto que el deber no es propiamente procesal sino de naturaleza administrativa dependiendo de su cualidad de funcionario publico

Mas adelante agrega Es que en este ultimo proceso la carga no tiene la eficiencia de estimulo de la actividad de las partes puesto que no puede decirse que el Ministerio Publico sea titular de un interes interno en antagonismo con el del imputado. Creo, en efecto, que no se puede decir nunca que el organo de la acusacion publica resulta vencido porque el interes de la sociedad está en el castigo del culpable y en la represion

del delito precisamente en cuanto exista un delito y por consiguiente un culpable

IV Conclusiones

Consideramos que la introducción del concepto de carga de la prueba, es contrario a la organizacion del proceso penal y no solo eso sino peligroso para los asociados

Cuando quiera que el sistema que informe a un Código de Procedimiento Penal, sea el inquisitivo no podria decirse que el juez resulta estimulado por la carga de la prueba, para ganar el proceso y ni siquiera para que la sentencia le resulte como lo previo en el auto de llamamiento a juicio, ya que, de ser cierto esto, estaria delinquiendo. Si el Código está informado por el principio acusatorio, no podría afirmarse que el Ministerio Público, resulta estimulado por la carga para demostrar determinados hechos que, de no aparecer probados, le causarían perjuicio procesal a esta. La actividad

de mal o de descuido probador no la sufre el Ministerio Publico, como si la parte en el proceso civil. Cuando en lo civil existe duda sobre la existencia de un hecho el juez recurre al sucedaneo de prueba la carga, en cambio en materia penal la duda la resuelve a favor del reo ¿de donde, entonces pues salir la aplicacion de la carga de la prueba en materia penal?

Reiteramos nuestro sereto es muy peligroso para los asociados el introducir el concepto de carga de la prueba en lo penal. Es mejor hablar de la presuncion de inocencia y mientras en el proceso no se demuestre la responsabilidad de la persona esta es inocente, sin que soporte ninguna carga lo que no impide que pueda colaborar para esclarecer los hechos (11)

CAPÍTULO III

CAPÍTULO III

1 CONTRIBUCIONES CIENTÍFICAS A LA LEY DE LA EVIDENCIA

1.1 Antecedentes Historicos

En la consideración dada al desarrollo y aceptación de las ayudas científicas de la indagatoria es útil e informativo para los propósitos históricos y comparativos hacer un estudio de los usos primitivos. El uso científico de la justicia según algunas teorías de hechos científicos establecidos en el pasado, así como también para enfatizar la contribución científica a la indagatoria en el presente. Estas contribuciones han hecho mucho para traer a la realidad a los devocionarios de las tribus germanicas primitivas que buscaban cierto interés en aquellos asuntos sobre los cuales estaban inseguros. Cuando invocaban la orden del Morsel en estas palabras:

Santo Padre, omnipotente Dios eterno creador de todas las cosas visibles y de todas las cosas espirituales que miras en lugares secretos y sabes todas las cosas que buscas los corazones de los hombres y mandas como Dios. Te rogamos, que el que haya cometido o llevar a cabo o cometido ese robo que el robo que el pan y el queso no le puede ser posible pasar a través de su garganta (12)

La Orden del Morsel y aquellas como el fuego, agua y veneno toman parte en lo magico-religioso como también característica pseudo-científicas. Quizas el culpable fundamentado en creencias supersticiosas puede estar consciente de que alguna fuerza impersonal, no-humana y sobrenatural sea capaz de destruirlo. Naturalmente esto no toma en cuenta la inocencia pero atemoriza a la víctima de la orden que puede sofocarse con los nervios.

(12) RICHARDSON, James Modern Scientific Evidence Civil and Criminal Edit Anderson E E U U 1961 pag 12

1.2 Modo Irracional de la Prueba

El juicio por orden ha sido criticado como un modo irracional de prueba y tal vez correctamente, así supuestamente una sociedad culta. Pero ¿por qué existieron las ordenes? y ¿por qué se hicieron obsoletas? La respuesta convencional es que el hombre primitivo y medieval no tuvo el recurso intelectual para evaluar la evidencia. Esta respuesta ocurre fácilmente en este día y en este momento mas el termino **irracionalidad** ha sido sobreusado a laves de normas de aplicacion actuales para el proceso de evaluacion de situaciones pasadas. Por ejemplo podemos llamar a la brujeria de Salem una conviccion irracional por un objetivo del siglo XX de escudrinar las tragedias del siglo XVII. Pero en los tiempos de la Ley de la Biblia era el derecho de la tierra, y como resultado de nuestro antepasados tuvieron una conciencia temerosa de contagiarse con el demonio directamente, o por brujas por virtud de una admonicion biblica.

1.3 Mejorando las Tecnicas del Descubrimiento del Hecho

Los extremos del argumento de que porque los modos de prueba han sido mas racionales en el presente aparentemente opuesto los cuales pueden ser reconciliados por un discurso filosofico abstracto en favor de la practica. Esto es el desarrollo de un estado moderno que haga la sociedad mas amena a la adopcion de modo

mas racionales de prueba de las que dispusieron como resultado de tal desarrollo. Y mientras la seguridad de la prueba en un juicio judicial en la actualidad esta a millas de distancia del grado de incertidumbre que existio en el momento cuando el juicio por su ado estuvo en su etapa formativa, sin embargo el solemne juramento acompañado a través de los siglos por la Orden de la Inquisición estuvo calculado para producir la verdad a través de los mismos cambios psicologicos en el ser examinado. pretendia revelar mentiras a través del detector de mentiras de hoy.

1.4 Medios de la Prueba Científica

El aspecto de los medios de Prueba Cientificas en los juicios todavia es objeto de discusion por los mas eminentes tratadistas.

Congresos Internacionales han tomado el tema con especial atencion.

Es importante mencionar el Quinto Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en la ciudad de Mexico en 1977 y es por ello que en este trabajo lo incluimos como apendice.

La primera preocupacion que existe es ¿Si la prueba científica es una prueba documental o es una Prueba Pericial?

¿ Si se trata de un medio autonomo si se pueden examinar dentro de los sistemas probatorios conocidos?

Existe una tendencia general sobre todo en America de seguir utilizando gradualmente, medios cientificos con el proposito de aprovechar la tecnologia y dotar al proceso de nuevos instrumentos para proporcionar al Juez Auxiliares de Evaluacion de los hechos

por ejemplo un Microscopio Electronico puede verificar la autenticidad de un testamento que es objeto de un proceso de falsedad (igual que la originalidad de una carta que ha sido aportada al proceso

Así lo expuso el Ponente General de ese Congreso Gian Antonio Michelli en su informe

Otro aspecto es el relacionado a la mejor formación de los jueces como se ha anotado en Alemania donde se ha establecido que los Magistrados deben de tener algún tipo de formación en psicología y se reclama que exista mas apertura en los departamentos de Derecho a fin de que pueda existir mas desarrollo de la psiquiatría experimental y de la psicología

En segundo lugar darle a los jueces las facilidades para aplicar los procedimientos científicos a fin de no abusar de peritos

En tercer lugar, suprimir el formalismo arcaico de que esta impregnado todo el procedimiento en general para la evaluación de la prueba científica y los estudios sobre psicología del testimonio han venido a ofrecer una valiosa asistencia al juez, poner a su disposición equipos de verificación de la verdad

Las computadoras son sanamente eficientes para llevar registros de documentos

En 1968 los Ingleses con el Civil Evidence Act se refieren a las computadoras como un positivo avance en la investigación probatoria

Los Videos los Rayos X, la Psicología aplicada la

psiquiatría la Química el análisis de activación del neutrón los sistemas de radar el Voice-Printing la electroferencia para identificar a las personas por medio de la sangre la aminocintesis y la clasificación de tejidos los encefalogramas

La aplicación de los Rayos Roentgen para determinar quien es el autor de un documento los análisis de líquido amniótico del feto en la mujer embarazada para determinar la condición del feto y determinar la paternidad el estudio de los Cromosomas y las estructuras celulares contribuyen a que la sentencia sea más acorde con la verdad real

Segun los autores la intervencion de los metodos científicos no da lugar a la creación de pruebas autonomas ya que toda pertenecen a la categoría fundamentalmente de documentos y testimonios

La Prueba Científica ha demostrado tener mayor y eficaz aplicación en los siguientes casos

- 1 Identificación de personas mediante huéllas digitales, cabellos, pruebas de sangre, voz (voice printing)
- 2 En la determinación de documentos fraudulentos
- 3 Determinación de incapacidad física (alcoholemia)
- 4 En la investigación de la paternidad (prueba ADN finger print como nueva pericia inmunogenética de criminalística y filiación)
- 5 Verificación de la condición audiovisual de los conductores de los vehiculos, velocidad imprimida (sistema de radar)
- 6 Los análisis químicos de laboratorio

- 7 Para identificar objetos balísticos metálicos
- 8 Balística
- 9 Microanálisis
- 10 Prueba Nallie para establecer el uso de narcóticos

El Voice-Print ing es un aparato mediante el cual el método de examen espectrográfico es por la voz

Para la utilización de grabaciones se requieren los siguientes requisitos

- 1 Que se acredite que la máquina pudo grabar el testimonio
 - 2 Que se establezca la autenticidad de la cinta
 - 3 Que la persona que opero la máquina grabadora este capacitada para operar el instrumento
 - 4 Identificación de la persona que habla
 - 5 Prueba de que el testimonio se recibió libre voluntariamente y sin presión o coacción
 - 6 Que la prueba sea lícita y se haya obtenido lícitamente
- La regla es que esta prohibido así lo establece el art 169 del Código Judicial

El Polígrafo o detector de mentiras que tiene aplicación en algunos Estados de los Estados Unidos, es una prueba indiciaria

Las Pruebas Científicas no pueden desconocer derechos inalienables de las personas

No se trata de sustituir el sistema de valoración de la Sana Crítica por otro sistema que podríamos denominar de Valoración Científica lo que en realidad ocurre es que los medios

Científicos vienen a verificar los hechos y permaneciendo el sistema de valoración de la Sana Crítica al menos en nuestro sistema procesal vigente

1.5 Forma de Valorar la Prueba Científica (Posturas Doctrinales)

1. Los jueces pueden rechazar las pruebas aunque no sean impugnadas si no se justifican o si las mismas atentan contra la integridad o dignidad de la persona.

2. Los jueces no deben rechazar o desconocer las pruebas científicas, pero deben considerarlas junto a los otros medios probatorios.

3. Cuando los temas de prueba caigan en el campo de conocimiento sobre hechos científicamente establecidos, dichas pruebas, si no son contradichas o fiscalizadas o contradichas son vinculantes para los jueces virtualmente.

4. Los jueces deben valorar razonadamente dichas pruebas. En realidad debe reconocerse el valor de la Prueba Científica y valorarse en conjunto de acuerdo a las reglas de la Sana Crítica.

1.6 Críticas a las Técnicas Modernas

Mientras hemos observado ciertos discursos elogiosos sobre contribuciones científicas a la ley de la evidencia es tal vez, valioso hacer una pausa un momento y observar que no todos los observadores están totalmente convencidos con respecto a los beneficios judiciales de la prueba científica. Algunos críticos

contienen el punto de vista que la ciencia ha ofrecido poca ayuda tanto en la encubierta o arraigada parcialidad y el motivo para mentir argumentando que los únicos instrumentos disponibles para esta tarea son las pruebas del derecho común para la credibilidad a través de la apariencia física y manierismos ejemplo contracciones entre cerrar los ojos pulsaciones de la garganta etc. Tales críticas pueden ser contestadas brevemente declarando que la parcialidad y el motivo pueden ser y son probado por la existencia de hechos y relaciones, que la falsedad deliberada será encubierta por el polígrafo cuando las cortes hacen menos riguroso los prejuicios injustificados a los ataques sobre la credibilidad de los registros mecánicos y que personas más informadas tienen desde hace mucho tiempo creencias arbitrariamente, descartadas que el testigo que miente se revela a sí mismo a través de manifestaciones físicas.

1.7 Ilustrativo Desarrollo de los Pasos

La prueba científica en verdad ha hecho mucho por legitimar los objetivos de las instituciones legales en proteger al inocente y disuadirlo o al menos detectar al culpable. La prueba científica tiene incontables aplicaciones en la reconstrucción de evidencia esencial tanto en el litigio civil y en las persecuciones criminales. Cronológicamente, uno de los aspectos más significativos de métodos pseudo-científicos y científicos aceptados de la prueba judicial son

1 8 2030 Antes de Cristo Juicio por Ordeal

El Código de Hammurabi hace mención del juicio por Ordeal y las ordenes de fuego y agua y el Monte y otros fueron ampliamente practicados entre algunas tribus germanicas desde los primeros tiempos para determinar la culpabilidad o inocencia. El juicio por batalla suplantó las ordenes de fuego y agua ante la invención de la pólvora y ciertamente persistieron mucho tiempo después.

1 9 Física Forense

J W Ritter descubrió la luz ultravioleta que es utilizada para propósitos como la identificación preliminar de manchas y el revelado de escritos alterados en falsificaciones y en especial falsificación de documentos.

1 10 1836 Química Forense, Toxicología

James Marsh químico inglés realizó y descubrió la prueba Marsh para identificar minúsculos trazos de arsénico. Mathieu J B Orfila químico y toxicólogo francés es considerado generalmente como el creador de la toxicología científica liderizando el campo de la evidencia científica en casos de envenenamiento.

1 11 1858 Identificación Personal

Huellas Dactilares Huellas de la Palma de la mano, Huellas de los Pies Desnudos

Sir William Herschel introdujo el instrumental para las

huellas dactilares como el sistema oficial de identificación personal en la India. Este puede ser el primer paso significativo en hacer de la investigación criminal una ciencia.

1.12 1895 Física Forense, Rayos X

El profesor Wilhelm Konrad Roentgen de Wurzburg (Alemania) descubrió que cuando los rayos catódicos encontraban materia ellos emitían rayos secundarios que no llevaban carga pero penetraban los sólidos. Debido a su cualidad directa visual de reproducción los rayos X como evidencia fueron admitidos rápidamente por las cortes en promoción al descubrimiento científico de los hechos.

1.13 1932 Investigación Criminal

El Departamento Federal de Investigación estableció su Laboratorio Científico de Investigación Criminal. Entre otras cosas el departamento entrenaba a oficiales de la policía local en sus métodos y boletines sobre sugerencias para el manejo de las evidencias científicas, exámenes de manchas de sangre, análisis de sangre, pelo y fibra, etc.

1.14 Conclusiones Significativas

La anterior exposición cronológica de ciertos acontecimientos históricos tanto pseudo-científicos como científicos han mostrado el proceso evolutivo de la superstición a la ciencia en el descubrimiento del hecho judicial. También describe la manera en que los descubrimientos científicos se han constituido en ayudas al

al derecho y la sociedad en su afán de aumentar el grado de seguridad en la determinación de los hechos e incidencias. En particularmente enfatiza la dependencia necesaria de las instituciones legales en los métodos científicos alcanzando el objetivo final de determinar los hechos a través de la evidencia documental de la audiencia.

Es significativo observar que estas evidencias científicas están interesadas principalmente con la identificación de objetos y sus cualidades a través de procedimientos aplicados a los procesos de las ciencias físicas. Es además importantísimo señalar que estas evidencias científicas son principalmente adaptables a la administración y a la justicia criminal.

2. ADMISIBILIDAD DE LOS DESCUBRIMIENTOS CIENTÍFICOS MODERNOS

2.1 La Problemática General

En esta época de ciencia la faceta del descubrimiento del derecho de nuestra administración judicial está siendo literalmente abarcada por un vasto y creciente cuerpo de experiencia en los diversos campos de la prueba científica. Solo el tópico de la medicina, incluye el campo especializado de la psiquiatría como fuente de evidencia legal presenta un desafío a las instituciones legales en general y a la ley de evidencia en particular que debe ser reunida con inteligencia y tolerancia si los objetivos deseados en la administración de justicia van a ser alcanzados. Además, como observan Dean McCormick, el volumen de uso de nuevos instrumentos científicos tales como el

electroencefalografo que registra ondas dadas por el tejido cerebral para revelar anomalías. Los mecanismos electrónicos registran la velocidad uso de alambre y grabacion como prueba de comunicacion

2.1 Formulacion del Fundamento

A traves de los años nuestras cortes han sido llamadas a reconocer los descubrimientos científicos y pasar sobre su función legítima sea cual sea en los procedimientos judiciales. En principio la admisión del proceso científico como evidencia legal debe de estar basado en la teoría de la evolución de los asuntos prácticos de la vida en donde la tendencia progresiva y científicas de la época están en manifiesto en cada uno de los departamentos del esfuerzo humano no puede ser negado o ignorado en el procedimiento legal. Y que la ley en su esfuerzo por imponer la justicia a través de la demostración de un hecho, permitiera la evidencia de aquellos hechos científicos que son el trabajo de educar y hacer hábil al hombre en sus variados campos de experiencia técnica, y aplicarlos a la demostración de un hecho dejando el peso y efecto para ser dado al esfuerzo, y sus resultados totalmente al jurado.

2.3 Reunion de las Normas Judiciales de Pruebas

¿Cuál es la exactitud de la norma judicial establecida para una jurisdicción que permitiera al proponente ubicar el fundamento de su evidencia en el registro? Las normas pueden ser difíciles de definir y pueden ser totalmente, dependiente del tipo de evidencia ofrecida y el propósito solicitado para su archivo será demostrado

por mucho tiempo.

Si el practicante como proponente de la evidencia resultante de un proceso científico relativamente nuevo para aducir hechos exactos es para evitar el embudo o la oscuridad de la zona crepuscular descrito en el caso Five v. a. unguis a la luz de la aceptación judicial le debe ser posible colocar un fundamento substancial en la forma descrita por el Profesor Wigmore.

Así las tres proposiciones fundamentales siguientes aplicadas al testimonio basado en el uso de todos los instrumentos.

- A El tipo de aparato que pretende ser construido sobre principios científicos debe ser aceptado como seguro para el propósito señalado por la profesión interesada en aquella rama de la ciencia o su arte relacionado. Esto puede ser confirmado por el testimonio de un experto calificado o, si notorio, ello será judicialmente notificado por el juez sin evidencia.
- B El aparato particular usado por el testigo debe ser uno construido de acuerdo al tipo aceptado y debe estar en buenas condiciones para un trabajo preciso.
- C El testigo que utiliza el aparato como la fuente de su testimonio debe ser uno calificado para su uso por entrenamiento y experiencia.

De esta manera vemos que para estar en una posición de ubicar un fundamento para la admisión del descubrimiento científico el proponente debe (1) estar en disposición de probar la aceptación científica o no judicialmente notificado del procedimiento científico particular por el cual se aduce el hecho (2) mostrar que la prueba estaba adecuadamente controlada o el aparato estaba funcionando adecuadamente y (3) que el operador o técnico era idoneo por razón de su experiencia y adiestramiento. Así un análisis de Wignore arriba citado señala los requisitos fundamentales para la admisión de los descubrimientos científicos basado en pruebas o aparatos que revelan que el proponente puede fracasar al colocar el fundamento propio

- 1 Por ignorancia o falta de conocimiento y habilidad en la parte del abogado que ofrece la prueba
- 2 Como un resultado del fracaso mostrar la propia habilidad y experiencia por parte de los expertos a través de quienes la evidencia fue presentada
- 3 Por razón de incapacidad mostrar la confiabilidad de la prueba experimento o artefacto

También, el abogado puede estar cara a cara con una norma cuyo fundamento propio no ha sido ubicado debido a

- 1 Inflexibilidad de la corte en rehusar reconocer nuevas y tal vez técnicas de pruebas revolucionarias

- ✓ La demostración por el abogado de la oposición que la evidencia fue inapropiadamente establecida
- ✓ Intentar introducir evidencia de una prueba no reconocida por la ciencia como suficientemente confiable

2.4 Técnica Básica del Juicio

Con respecto a la falta de habilidad o conocimiento por parte del abogado en manejar la prueba científica puede decirse que muchos de los casos no son reportados debido a que ninguna apelación fue tomada y por lo tanto estas tácticas equivocadas están lejos de ser reveladas. Y esto es igualmente, lo cierto que la evidencia en cuestión objetable porque ningún fundamento propio fue formulado puede ser admitido a pesar de todo debido a la ineficiencia de la oposición o del juez del juicio. Para ilustrar, en un caso observado personalmente que involucraba una persecución por velocidad detectada por un velocímetro la prueba sin ningún fundamento formulado, entro sin objeción siendo vociferado por el acusado. El jefe de patrulla del condado puso al testigo en pie y después de algunas preguntas preliminares como el nombre ocupación y demás, declaró

Bueno en la mañana de _____ Estacione mi crucero a un lado de _____ carretera en una zona de cuarenta y cinco millas por hora y coloque el radar y lo compruebe. Poco después el conductor acusado paso y su velocidad registraba sesenta millas por hora en el velocímetro así radie al oficial _____ que detuvo al acusado y le dio una citación.

La ilustracion de arriba es demasiado tipico de cortes magistrados y demuestra un complejo fracaso en el procedimiento en que la corte no responde a la notificacion judicial de la aceptacion cientifica del velocimetro como un artefacto para detectar la velocidad alli no habia evidencia de que el artefacto particular estaba trabajando perfectamente y alli no se habia demostrado en absoluto la capacidad del operador.

2.5 Formulación del Fundamento para las Pruebas del Medidor de Bebidas

Los casos arriba demostrados el cuidado y habilidad por parte del abogado del juicio en formular un fundamento para introducir una prueba cientifica en un caso donde la prueba es susceptible de ser aceptada fundamentalmente por la corte. No obstante el abogado puede fracasar al formular un fundamento a traves de causas irrevelantes no atribuibles a el. Este punto puede ser ilustrado por casos que involucren generalmente el alcometro o medidor de bebidas, pruebas para determinar los grados de intoxicacion alcoholica.

Por ejemplo en una persecucion por manejo mientras se esta intoxicado, la evidencia fue admitida como el resultado de la prueba del alcometro voluntariamente tomada al acusado y que indicaba que estaba intoxicado. Un testigo, un investigador quimico y un diseñador de aparatos cientificos esenciales para la prueba de la respiracion, su seguridad cientifica y metodo de operacion y que cualquier individuo con inteligencia comun

siguiendo las instrucciones dadas podía operar lo correctamente. El oficial de policía que dio la prueba testificó luego que tuvo tres horas de instrucción en la operación del aparato y luego tuvo una instrucción adicional de como ponerlo a funcionar. En la apelación la corte sostuvo que la evidencia como la que se usó por de la intoxicación fue una prueba científicamente admisible y que en el juicio aun cuando los testigos no mostraban ser expertos calificados y la norma general es que las pruebas científicas para admitirlas como evidencia deben haber sido conducidas por un experto en la rama particular relacionada con la ciencia. Es significativo que la corte llegara a esta opinión adversa a pesar de la opinión del experto señalando que el aparato para su operación no requería de un experto o al menos que uno mismo podía volverse un experto, con una pequeña cantidad de adiestramiento y experiencia. Sin embargo debemos observar que otros factores influyeron en la decisión a saber

1. La intoxicación se indico por una lectura de 15, y la prueba del acusado mostro 38 así manifestar que un grado tan alto de intoxicación tenía que ser inconsistente con la conducta en ese momento.

El diseñador testificaba que

- a. Las condiciones bajo la cual la prueba fue realizada pudo afectar los resultados
- b. Un cuidado inadecuado del aparato rendiría efectos no deseados
- c. La lectura variaría en la forma en que la prueba fue

2.8 Relevancia Lógica y Legal

Autores y jueces por muchos años han atacado el tema de la relevancia con la medida del bacion para valorar la prueba pero la lógica nos dice que un hecho es relevante para una proposición del tema en tal caso o para de todo de ser más o menos relevante. La premisa es a la lógica como prueba a través de hechos y se declara de esta manera. Si se acume que la corte encuentra relevancia lógica entre la evidencia particular y el hecho que propone para sustentar o desafirmar es la función propia de la corte pesar y evaluar la evidencia para establecer un mínimo de cantidad legal de valor probatorio como base para la admisibilidad.

El profesor Thayer responde a la interrogante antes mencionada negativamente asegurando que todo lo que es de esta manera probatorio debe entrar a menos que una clara justificación política o ley lo excluyan. Thayer, sugiere que no hay normas legales de relevancia escribió: Cuantos de nosotros conocemos que estas cosas están prohibidas (esas no son probadas lógicamente)?

2.9 Objeciones al Detector de Mentira y al Sueño de la Verdad

El tratamiento judicial de las pruebas científicas hemos observado que surgen dos interrogantes pertinentes:

1. ¿Por que las cortes aceptan evidencias tales como el radar y las pruebas de intoxicación mientras tienen la tendencia a tratar métodos científicos tales como el detector de mentiras y el suero de la verdad como sospecha judicial?

2. ¿Que constituye la aceptación general de una técnica

científica para una profesión en particular y es ésta una base segura para determinar admisibilidad?

La respuesta a la primera pregunta es respondida en parte por declaraciones que el polígrafo y el narcoanálisis no han registrado aun con un grado de aceptación científica suficiente como para ser admisible. Todavía la respuesta es más lejos del método científico de verificación porque lo que hace la judicatura casi unánimemente rechaza tales descubrimientos para todos los propósitos.

¿Por qué siente la judicatura para excluir las reglas de la evidencia por falta de aceptación científica y declara razones adicionales para su inadmisibilidad?

Estas razones añadidas son aplicadas particularmente al detector de mentiras, aunque es hasta cierto punto posible que el detector de mentiras sea más seguro que el promedio de testigo honestos. Pero cuando la corte rechaza el detector de mentiras encontrando que no tiene aceptación están inclinados a añadir observaciones en habladurías, servirse de auto-declaraciones, y deteriorar el proceso vital del interrogatorio profundo.

Las razones para estas objeciones voluntarias de las cortes sobrepasan y van más allá de asegurar la falta de aceptación científica se encuentran en el hecho que

- a) Muchas pruebas científicas son aplicadas a condiciones físicas u objetos, mientras que el detector de mentira y el suero de la verdad se relacionan al estado mental, y
- b) Las cortes están prejuiciadas contra los ataques mecánicos en la evidencia testimonial, y

literal de la prueba documental para consagrar un criterio mas amplio y acorde con los avances de la ciencia y tecnica que tienen relacion con los medios y sistemas de comunicacion y reproduccion modernos

Asi vemos como elCodigo de Procedimiento Civil de la Republica de Colombia en su Articulo 251 califica expresamente como documentos entre otros las cintas magnetofonicos cinematograficas los discos cassettes etc (16)

Por su parte elCodigo Civil de Brasil establece, dentro del capitulo De la Prueba Documental Articulo 271 lo siguiente

Las reproducciones fotograficas o cinematograficas los registros fotograficos y en general cualquier otra representacion mecanica de hechos o cosas, hacen prueba plena de los hechos y las cosas representadas siempre que aquel contra quien se presenten no nieguen su conformidad con los hechos o con las cosas mismas

ElCodigo Civil de la Republica de Portugal en su Articulo 368 dentro de la seccion De la Prueba Documental señala lo siguiente

Las reproducciones fotograficas o cinematográficas, los registros, fotograficos y en general, cualesquiera otras representaciones de hechos y de las cosas que representan, siempre que la parte contra la que estos documentos se presenten no impugne su verdad

Derecho Personalísimo Sobre la Propia Voz

Finalmente haremos una pequeña referencia a un derecho a la intimidad y es el derecho personalísimo sobre la propia voz

Este es un topico de acertada reputacion que fue considerado en el Primer Congreso Internacional de Derecho de Datos en la Universidad de Buenos Aires Argentina en abril de 1989 En el

(16) Arjona Adán A Cit por Barsallo, Vanessa Op cit p 80

la Comisión Número 1 se refirió a la Intrusión de la Intimidad a través de la Informática de los Medios Masivos de Comunicación

En cuanto a la firma que es un requisito que deben cumplir los documentos escritos finalizamos citando a la autora Barçallo así

Primero que todo debemos aclarar qué se entiende por firma, cuando es necesaria y sus requisitos

Para el Diccionario de la Lengua Española, firma es Nombre y apellido, o título, de una persona, que esta pone con rúbrica al pie de un documento escrito de mano propia o ajena, para darle autenticidad o para obligarse a lo que en él se dice

Para Devis Echandía, -se entiende por firma el escribir una persona su nombre, sea o no inteligible, para identificarse como el autor jurídico del documento, o para adherirse a él Devis Echandía distingue en su definición al autor jurídico, del autor material que es quien elabora o escribe un documento por encargo de otra persona que es el autor jurídico

La firma tiene dos aspectos que pueden distinguirse de ella en aspecto espiritual, bajo el cual el hecho de firmar supone reconocer como propio el contenido del documento, otro aspecto material que ve la firma como el signo que esta representa, físicamente, signo gráfico que puede ser apreciado por los sentidos

Cuando es necesaria la firma? la firma de quienes intervienen en la realización de un documento público como partes es requisito para su validez, a menos que se supla por los medios que la ley autoriza, como el testigo a ruego que firma por la persona que no sabe o no puede firmar ante testigos que den fe del mandato o ante un funcionario público que lo certifique En cambio si se trata de un documento privado, cuando

es manuscrito, pero no firmado puede suplirse la firma de su autor por el testimonio de personas que hayan visto cuando el autor lo escribió o por una pericia grafológica o de cotejo de letras. Por otro lado hay documentos públicos que no requieren la firma de nadie para tener eficacia probatoria como por ejemplo las publicaciones oficiales, mapas planos (17)

2.11 La Informática Jurídica Documental

La informática es el conjunto de técnicas destinadas al tratamiento lógico y automático de la información. Es la ciencia que trata de estudiar los métodos para almacenar y ordenar sistemáticamente, los datos precisos para facilitárselos al hombre cuando este lo necesite.

Es innegable que con el transcurrir del tiempo se produce de ello una mayor documentación, ya que todo el trabajo intelectual se hace a base de documentos escritos. Y continuamos con la Lic Barsallo, que hace una importantísima aseveración:

Hace pocos años, el único sistema de documentación era el papel impreso, en cualquiera de sus diferentes modalidades: libros, folletos, fotocopias, etc. Se han ido desarrollando modernamente, otros sistemas de documentación como lo son las fichas de múltiples características, soportes magnéticos, chips, fichas perforadas, etc. y todo un sistema más perfeccionado como el de la microficha y el microfilm que almacenan una enorme cantidad y variedad de datos. Podríamos decir que en la

(17) Barsallo, Vanessa Op Cit p 92

actualidad el papel esta siendo reemplazado por los soportes electronicos que perduran mas en el tiempo y ademas verifican que su contenido sea legitimo Este tipo de soportes que se proyecta hacia el futuro mantiene el contenido sin alteraciones de manera que a pesar del transcurso del tiempo mantiene la informacion sin que esta se haya desvirtuado

A este tipo de documentos, es lo que se le ha llamado documentos electronicos (18)

2 12 El Documento Electronico

Documento electronico es aquel documento que consta en un dispositivo magnetico y para su conocimiento es necesario la utilizaci3n de un instrumento electr3nico que lo genere Ya deciamos anteriormente, que sin electr3nica no hay inform3tica

Es cierto que la mayoria de los medios de prueba pueden relacionarse con las computadoras, pero es la prueba documental, la que en ultima instancia guarda un vnculo m3s estrecho en cuanto a que los soportes magn3ticos pueden constar a manera de documento

Podemos se1alar, que existen dos nociones de documentos electr3nico, una en sentido estricto y la otra en sentido amplio.

1 Documento electr3nico en sentido estricto

Son aquellos documentos cuyo soporte est3 en la memoria central del computador o en un medio magn3tico como los discos, disquetes, cinta, en cuyo caso no resulta legible para el hombre si no mediante aparato de codificador que traduzca esos signos en caracteres comprensibles

computadora para programa de
computadora (19)

2 12 1 El Valor Juridico del Documento Electronico

El documento es definido como una cosa que hace conocer un hecho y es contrapuesto al testigo que es una persona que narra y no una cosa que representa

El ordenamiento juridico toma en consideracion la actividad de documentacion a causa de su importancia social y dicta a su respecto la disciplina bajo diversos perfiles. Dicta una serie de normas para la conservacion de los documentos en particular importancia y para llevar los archivos apropiados, se trata de normas extraidas sustancialmente, de las reglas de la ciencia archivistica

Preve una serie de institutos enderezados a tomar posible el conocimiento de las situaciones juridicas representada por los documentos respecto del mayor numero de personas como es notificacion, la publicacion y la publicidad, y preve inclusive el derecho por parte de los interesados de utilizar los documentos mismos en virtud del instrumento procesal de la exhibicion o el deber de la Administracion Publica de proporcionar a los estudiantes los documentos idoneos para constituir certeza publica tales como las copias, los extractos y los certificados

Los documentos electronicos, por lo general, son la transcripcion de una escritura sobre papel, que con frecuencia, se destruyen despues de su registracion informatica

2 Documento electrónico en sentido amplio

Son aquellos producidos por el computador que son perceptibles y legibles por el hombre

Se les llama también documentos informáticos

Acerca de las características del documento electrónico podemos mencionar las siguientes:

- 1 Es una cosa material
- 2 No posee caracteres de grafía personal directa
- 3 Tiene finalidad representativa
- 4 Está contenido en un soporte magnético
- 5 Preexiste al proceso en el cual se utiliza como medio de prueba

En cuanto a su utilidad podemos señalar que tiene una vasta aplicación y utilidad, por ejemplo la mayor parte de las transferencias electrónicas en sentido estricto. Los recibos extendidos por cajeros automáticos son documentos electrónicos en sentido amplio, la particularidad de este tipo de documentos es que su impresión proviene de un computador y que carecen de firma. Para comprobar su autenticidad, a falta de firma, estos documentos utilizan métodos sustitutivos como los códigos de identificación, los códigos de barras. Estos códigos no son otra cosa que datos, y esos datos, son legibles por medio de una máquina.

El licenciado Villalobos afirma el elemento fundamental de este problema está en la capacidad de poder leer un documento electrónico. Pero no se ubique el lector en un documento escrito por una computadora con caracteres del alfabeto algebraico, si no en el documento en escrito, porque es documento, el lenguaje de

Un documento es autentico cuando no ha sufrido detenciones. La falta de autenticidad de un documento electronico puede derivar de varias causas. He aqui, el comentario que emite el tratadista italiano Ettore

Hoy en dia existen metodos para evitar, al menos dentro de ciertos límites las disfunciones de un documento electronico

Precisamente las alteraciones que pueden verificarse durante la fase de memorizacion pueden ser evitadas

a) usando la tecnica del doble o triple tecleo del mismo texto por parte de dos o tres terminales distintas

Un programa apropiado señalará automáticamente las divergencias entre los varios tecleos

b) usando particulares programas de control en la fase de memorización y cargo. Este control es, en general, formal, o sea que se limita a verificar que los datos memorizados sean formalmente homogéneos con los campos a que son destinados

c) usando, en el caso de que la memorización se realice con sistemas de transmisión a distancia, el criterio de la verificación de los mensajes (20)

2 13 El Fax

2 13 1 Noción de Telefax

El telefax es el nombre con el que se denomina comercialmente al facsimil o aparato que permite la transmisión de documentos bien sean escritos, o gráficos a través de la línea telefónica, telegráfica por radio o cable.

Como señala Julio Antelo Salomón el progreso tecnológico ha traído consigo un gran avance en los sistemas de comunicación que ha permitido la transmisión instantánea de textos imágenes y datos entre espacios cortos y largos, es decir, como si fuera una fotocopidora a distancia, haciendo que el mensaje enviado, sea pequeño o extenso, llegue en forma fidedigna al lugar de destino.

Es así como varios años atrás surgió el telefax o más comúnmente llamado fax, que cumple lo anteriormente comentado (21)

El equipo telefax hace dos cosas. Primero transcribe escritos o gráficos por medio de las líneas telefónicas comunes. Segundo recibe tales documentos transformándolos en una copia del documento original.

Señala el Magistrado LIC. HUEL ZAMORANO que

La tecnología del facsímil la desarrolló un relojero escocés llamado Alexander Bain, en 1842, quien construyó una máquina rudimentaria mediante la cual logró transmitir una imagen a corta distancia usando un alambre electrificado para explorar una original. En 1850, Frederick Bakewell introduce un

(21) SALOMÓN, Julio Antelo. El Maravilloso e Indeterminado Fax. Centro Financiero Revista enero-febrero, 1993 pág. 7

escrita de la transmisión, donde el receptor produce un documento idéntico al enviado. Este papel que se transmite y que es copiado, reúne las características de lo que es documento en su sentido nato como anota Cabrera Romero, Jesús Eduardo, citado por Bellafranca, las cuales son

- a) Es un objeto, una hoja de papel, al cual el hombre le ha incorporado un hecho distinto a la misma hoja,
- b) Es anexable al expediente en consecuencia puede llevar el hecho que se le incorporó al expediente
- c) Su contenido puede ser una manifestación que puede ser simplemente representativa como la imagen, o declarativa, la cual puede contener a su vez, bien declaraciones de voluntad, las cuales pueden ser dispositivas o reguladoras de conducta, como por ejemplo, el contrato, o constitutivas, como el documento ab sustancian actus,
- d) Pueden incorporarse al expediente en original o en copia, pudiendo trasladarse de un expediente a otro,
- e) Con sólo ver el papel, el juez sabe qué contiene aunque no lo entienda y requiera de una experticia para comprenderlo, esto es, que el juez puede aprehender directamente del documento el hecho que se le ha incorporado,
- f) Es creado por el hombre o las máquinas, por lo que lleva intrínseca la prueba de que alguien lo creó, lo cual no da certeza de la autoría, ni de la veracidad del hecho incorporado (23)

2 14 El Sistema Swift

Sigue afirmando el Magistrado Zamorano

En el hecho que se de una comunicacion facil rapida y segura esta la clave del exito de cualquier actividad, sobre todo en el campo de los servicios financieros, en el que la información debe ser estrictamente confidencial y el tiempo de traslado de la misma hasta su destino final es decisivo. La red Sistema Swift I F T satisface esos requisitos SWIFT (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication) ofrece una solución eficaz en el intercambio automatizado de mensajes financieros mediante procedimientos normalizados (24)

2 14 1 Las Operaciones Bancarias a Través del Telefax

De acuerdo con la Comisión de Asuntos Bancarios de la Cámara de Comercio Internacional de París la expresión teletransmisión incluye instrucciones recibidas por telefax siempre que existan códigos correspondientes, esto constituye un documento operativo, ya que el telefax utiliza el teléfono como medio de transmisión pero produciendo en el lado de la recepción una copia idéntica al documento en el punto de transmisión.

En Panamá, el telefax puede servir de prueba de derecho del beneficiario de una carta de crédito contra el banco emisor ya que el artículo 244 de Código de Comercio señala que las obligaciones mercantiles se pueden probar por cualquier medio de prueba admitido por la ley, como la correspondencia telegráfica, e incluso mediante

(24) CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo Apuntes del Curso Derecho Probatorio Universidad Católica Sucre Bello, Caracas, 1987

testigos El artículo 246 de la misma excerta legal que afirma que la prueba de testigos sera admisible en los negocios mercantiles cualquiera que sea la cantidad que imparte la obligacion o excepcion que se trate de probar

El credito documentario no esta previsto en elCodigo de Comercio y no se puede exigir prueba por escrito de este Estas Reglas y Usos Uniformes son normas de aceptacion universal no forman parte del derecho interno de ningun pais Señala **Rodner James** que como rigen las relaciones internacionales, pueden considerarse una nueva **lex mercatoria**

Las Reglas y Usos Uniformes se aplican en el derecho interno como producto de la voluntad de las partes que convienen que la relacion documentaria se rija por estas normas en virtud del principio de autonomia de la voluntad de las partes señalaba en el artículo 1106 delCodigo Civil

Artículo 1106 Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral ni al orden publico

El hecho de que las partes que convienen en una relacion documentaria se acojan a las Reglas de los Usos Uniformes para regular la relacion documentaria, puede convertirse en costumbre mercantil, y por ende en fuente de derecho, si estas reglas son acogidas por las partes para regir sus relaciones documentarias en la Republica, con caracter uniforme, publico y largo espacio de tiempo

En cuanto a la autenticidad de este medio científico de prueba, señala 'Rahyza Bellafranca' que el telefax como todo medio de prueba puede ser rechazado por diversas razones

- a) **por carecer de objeto**, esto es por no señalarse al momento de su promoción los hechos que mediante este se traeran al proceso
- b) **por incogruente**, o sea el hecho que trae al proceso carece de relacion aunque sea indirecta con los hechos del proceso
- c) **por inutilidad**, o sea cuando los hechos que trae el expediente ya han sido admitidos expresamente por la contraparte que quedaran fuera del debate probatorio. En nuestro pais el articulo 773 señala que no requieren prueba los hechos afirmados por una parte y admitidos por la contraria aspecto de los cuales la ley no exige prueba especifica
- d) **por ininteligible**, cuando no se entiende que es lo se pretende probar
- e) **el telefax puede carecer de identidad**, esto cuando el medio no tiene conexion con los hechos litigiosos que mediante el se pretende transportar al proceso. Esto sucede cuando se proviene y se produce el telefax y no se oponen a la contraparte para que lo reconzca'

El telefax puede ser impugnado por ilegitimidad pues es posible que el facsimil aparentemente legal haya sido obtenido en violacion de disposiciones legales, de derechos individuales o de garantias constitucionales, esto sucede cuando se haya interceptado la teletransmision, se decodifique el mensaje y se obtenga una copia identica a la que se obtendria en el telefax receptor

Y finalizamos este estudio con las palabras del Magistrado Zamorano

Por las características técnicas del telefax, pensamos que es un instrumento científico de prueba que debe ser suministrado al proceso con la garantía que no sea impugnado y que su contenido sea auténtico, pues sería una causa de objeción de prueba en algunos casos hasta temeraria y sería un nuevo elemento de lentitud del ya criticado proceso civil. Sin embargo, no podemos negar su valor en el mundo moderno y lo más importante, es un nuevo medio técnico de utilidad procesal que ha sido incorporado por la doctrina como un nuevo medio probatorio (25)

2.15 Sistema de Antígenos Leucocitarios Humanos (HLA)

A Definición

1 Definición del Complejo Mayor de Histocompatibilidad

El Complejo mayor de Histocompatibilidad es porque este es un grupo de genes localizados en estrecha proximidad que determinan los antígenos de Histocompatibilidad en los miembros de una especie

2 Definición del Sistema de Antígenos Leucocitarios Humanos

Los antígenos del sistema HLA son proteínas codificadas en el sexto par cromosómico y que se ubican en la membrana citoplasmática de todas las células nucleadas del organismo

(25) BELLAFRANCA, Rahyza La Eficacia Probatoria de Telefax Revista de Derecho Probatorio, Editoria Jurídica, S R L. P. 120-221

3 Características del HLA

Los conceptos aquí vertidos los hemos extraído del Trabajo de Graduación de la Licenciada Edilma del Carmen Lezcane y que se refieren a nuestro tema del siguiente modo

Las características que presenta este sistema en aquellos casos en que se utilice para impugnar la paternidad y la filiación son las siguientes

- a) es un sistema multialélico que permite gran cantidad de combinaciones
- b) los alelos son siempre codominantes es decir, se expresan todos en la descendencia, tanto los paternos como los maternos
- c) los antígenos HLA se expresan completamente desde antes del nacimiento, en el feto y se mantienen constantes y estables toda la vida
- d) las técnicas de tipificación aportan los más rigurosos controles de calidad y son absolutamente, reproducibles
- e) se sabe exactamente, el modo en que son heredados y se conocen los llamados genes obligados que tendrán que figurar en el padre biológico
- f) los índices de exclusión e inclusión son los suficientemente, seguros para efectuar el diagnóstico de la paternidad (26)

B Sistema de Antígeno Leococitario Humano

1 Localización cromosómica del Complejo Mayor de Histocompatibilidad

Este complejo consiste en la codificación de proteínas que son esenciales para el reconocimiento inmunológico. El mismo

(26) LEZCANO, Edilma del C. Aspecto Médico Legal del Sistema HLA como medio para impugnar la paternidad. Universidad de Panama, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1997

Se encuentra localizado en el brazo corto del cromosoma 6 el cual ocupa una region de Histocompatibilidad de alrededor de 3 500 kilobases (KB) en el brazo corto de dicho cromosoma

Dentro de esta region encontramos muchos locis geneticos que determinan las moleculas de clase I las de Clase II y las de Clase III Cada una de ellas poseen sus propios antigenos Dentro de estos locis estan localizadas las subregiones de acuerdo a cada una de ellas

En esta area se puede contener suficiente material genetico para codificar numerosas proteinas localizadas en el exterior de las celulas nucleadas Los genes HLA del Complejo Mayor de Histocompatibilidad estan codificados al menos por 6 subregiones HLA-A HLA-B HLA-C, HLA-DR HLA-DQ HLA-DP Cada una de estas subregiones codifica por lo menos a una glucoproteina de la superficie celular De hecho en la actualidad se reconocen siete subregiones

Las moleculas del HLA son parte integral de la membrana celular, ellas son extremadamente, polimorficas, es decir, que cada uno de los genes que la codifican de HLA tienen multiples formas (alelicas) alternativas de combinacion

2 Moléculas del HLA Clase I, Clase II y Clase III

Tanto las moleculas de clase I, como las de clase II estan compuestas por dos cadenas glucoproteinas, una alfa y otra beta Con estas helices alfa y beta se forma una hendidura en donde se

fijan los fragmentos polipéptidicos antigénicos procesados. Sin embargo, las moléculas de clase III pueden definirse solamente como ni I ni II o las otras debido a que sus genes y sus productos no tienen características comunes. Todas estas moléculas son codificadas por genes del complejo HLA. En el caso que nos ocupa son de importancia las moléculas de clase I y clase II ya que son más polimórficas.

3 Función de las Moléculas de Clase I y Clase II

Las células nucleadas del organismo humano tienen un sistema inmunológico capaz de capturar los anticuerpos que entren al mismo. Una vez estos son digeridos por las mismas y fragmentados para posteriormente ser llevados desde el interior de la célula a la hendidura de fijación de las moléculas del complejo mayor de histocompatibilidad, en donde se va a fijar para poder ser capturados por las células T correspondientes.

Su función es colaborar con las células T, para que por medio de los linfocitos sean reconocidos los antígenos que están dentro del organismo, y en el evento que sean incompatibles con este, crear los anticuerpos necesarios para combatirlos.

4 Organización de la Región Clase II del HLA

Esta región contiene tres subregiones distintas a saber DR, DP y DQ cada una de las cuales agrupa múltiples locis genéticos. Esto no quiere decir que no este compuesta de más subregiones, sino que estas son las más importantes para nuestro objeto de estudio.

Es importante recordar que cada molécula HLA de clase II ubicada en la superficie celular está compuesta por dos cadenas, la alfa y la beta de una molécula clase II dada la cual está determinada por genes de la subregión correspondiente. Así por ejemplo, las moléculas HLA-DP (con sus respectivas cadenas alfa y beta) están codificadas por genes de la subregión DP. Para ser más precisos aún la cadena beta está determinada por genes que se les denomina con la letra B y la cadena alfa está determinada por genes que se les denomina con la letra A. En caso de que en una misma subregión existe más de un gen HLA-DPA o HLA-DPB entonces se les identificara con una designación numérica así por ejemplo sería HLA-DPA1, HLA-DPA2, HLA-DPA3 y así sucesivamente, al igual que con la cadena beta.

De las subregiones de la región II que más nos interesa son la DP, DQ, DR, por tal razón entraremos a describirlas en detalles.

a Subregión HLA-DR

En esta subregión solo existe un gen HLA-DRA. Sin embargo, con relación al gen HLA-DRB se puede decir que tiene varios genes pero los más importantes son tres: HLA-DRB1, HLA-DRB2 y HLA-DRB3. Cada uno de estas cadenas alfa y beta se pueden mezclar entre sí para producir dos moléculas DR distintas, excepto la HLA-DRB2. Debe quedar claro que el resultado de la combinación de genes de la cadena alfa y beta de un individuo debe ser lo mismo que la

union de los genes aportados por el padre y la madre en los haplotipos que posee ese individuo

Al darse esa union de dos genes distintos de una misma subregion se producen dos moleculas distintas. Las combinaciones que se pueden dar en esta subregion para formar esa dos moleculas son la correspondiente a la cadena alfa con la cadena beta 1 ejemplo HLA-DRAB1 la correspondiente a la cadena alfa con la cadena beta 3 ejemplo HLA-DRAB2 la cadena alfa beta1 con beta 3 ejemplo HLA-DRB1B3. Las cadenas DR betas tienen un polimorfismo elevado motivo por el cual se responsabiliza de la determinacion del antígeno DR o del tipo DR

b Subregion HLA-DQ

Esta region esta formada por dos conjuntos de genes denominados DQA1, DQB1 y DQA2, DQB2. Solo se manifiestan o codifican para el exterior de la celula las cadenas DQB1, resultando ambas polimorficas, esto permite a los sujetos ser heterocigotos para DQ. Ya que el hombre tiene un par de cromosomas 6 quiere decir esto que dentro de cada uno de esos cromosomas existe la subregion DQ, las posibles combinaciones de esos genes se pueden dar por apareamiento cis y trans. ¿Que quiere decir esto? Cuando aparean los genes de las cadenas alfa y beta de la subregion DQ de un mismo cromosoma se le denomina apareamiento cis, pero si por el contrario se combinan los genes de las cadenas alfa y beta de la subregion DQ de ambos cromosomas, entonces se le denomina apareamiento trans. A las moleculas hibridas. Esta clase de

apareamiento tambien se dan en las otras subregiones objeto de estudio

c Subregión HLA-DP

Al igual que la region DQ esta region contiene dos conjuntos de genes HLA-DPA1, HLA-DPB1 y HLA-DPA2, HLA-DPB2 de los cuales solo son utilizables dos subregiones objeto de estudio los primeros

Las cadenas DPA y DPB se unen para formar la molecula DPAB1. De esta union surgen muchas combinaciones geneticas, al igual que en las otras subregiones, que permiten la exclusion de diversas probabilidades ya que se ha dicho en reiteradas ocasiones que esas multiples combinaciones son el producto de las uniones de los genes aportados por el padre o la madre. En el evento de que se determine que existe una combinacion X en donde los genes que la conformaron no aparecen en el padre o en la madre, seria una probabilidad de exclusion de paternidad en el caso que nos ocupa.

Dentro de esta region encontramos muchos locis geneticos que determinan las moleculas de clase I las de Clase II y las de Clase III. Cada una de ellas poseen sus propios antigenos. Dentro de esos locis estan localizadas las subregiones de acuerdo a cada una de ellas.

c' Técnicas de tipificación de los antígenos HLA por inmunofluorescencia

Los genes del CMH presentan un notable polimorfismo. Un acumulo dado de genes CHM se denomina haplotipo y se hereda en bloque como rasgo mendeliano simple. Existen por lo tanto, muchos

alelos en cada locus y muchos loci en cada individuo lo que supone la evidencia aparición de versiones variadas. Es la expresión fenotípica y nos posibilita la evaluación de los rasgos heredables con un grado significativo de fiabilidad. Obviamente, es este polomorfismo o variabilidad de expresión de genes es el que le permite al organismo enfrentar la gran cantidad de estimulación molecular que tienen los microorganismos y poder reconocerlos como algo extraño.

Dado que hay varios alelos posibles en cada locus, la probabilidad de que un par cualquiera de sujetos de la población tengan HLA idéntico es baja (de hecho solo en gemelos idénticos). Sin embargo, existe una probabilidad de 1/4 de que dos hermanos sean idénticos.

Todos esos conceptos son fruto de nuestra investigación del trabajo de graduación que realizamos y contenido este último logrado gracias a los aportes del Lic. Lezcano, a quien aquí, en este segmento, hemos considerado oportuno esclarecer el mencionado tema de fuentes y encontrados debates.

- 5 Datos que sirven de base al dictamen
- 6 Contestaciones a las preguntas del opositor
- 7 Comportamiento del perito en el proceso y prestigio en los tribunales
- 8 El resto de la prueba

Un dictamen pericial solo podria considerarse signo de confianza-anota Dohring- si se comprueba

- a Que reposa en datos facticos correctos
- b Que los principios tecnicos de los cuales parte el perito merezcan reconocimiento
- c Que el dictaminador ha procedido correctamente en todos los casos en los cuales se le pudo controlar
- d Que ofrece garantia de haber trabajado en regla tambien en los terrenos no controlables

JURISPRUDENCIA

1 Para la apreciacion de los dictámenes periciales la ley no fija normas al juzgador remite el buen juicio del Juez o lo que es igual a su prudente criterio Por esa razon la C ha declarado en reiteradas ocasiones que esas apreciaciones no puede ser materia del recurso de casacion

16 de julio de 1942 R J No 7 de 1942, pagina 1

2 En cuanto a la cuantia de los perjuicios la que arguye el recurrente que no fue establecida por perito, observa la C que a quien corresponde en realidad hacer el avaluo de los perjuicios es al tribunal por que asi lo dispone el art 854 del C J Los peritos, como ya antes lo ha establecido la Corte actua en calidad de simples asesores del tribunal, cuyo concepto es el que impera -En el presente caso no esta necesario el avaluo pericial

porque el tribunal usar como base el peritaje medico legal que determino la incapacidad y el grado de esta, mas la determinacion de lo que antes producía el demandante en la forma en que se hace en la sentencia recurrida. La ley deja al juicio del juzgador la apreciacion de los perjuicios, y ya la C tiene resuelto en sentencia de 23 de mayo de 1940 que carece de autoridad para inmiscuirse en la parte discrecional del juzgador consiguiente no puede casar una sentencia cuando se alega como fundamento del recurso que una apreciacion hecha por el sentenciador segun su prudente criterio es errada

Sentencia de 11 de enero de 1950
R J No 17 de 1950, pag 12'

Dicha jurisprudencia ha sido rectificada

La prueba pericial es susceptible de control por el organo de casacion. Si el Tribunal desborda el marco de las normas legales tal acto es censurable en casacion por ejemplo

- a) Injustificadamente desestima el valor de un peritaje rendido,
- b) Le reconoce valor a un peritaje rendido en contravencion a la ley,
- c) El fallo no toma en cuenta los elementos criticos a que se refiere la Ley

La apreciacion o estimacion de la prueba pericial no es postetad privativa del Juez de la instancia sino que corresponde en igual grado al Tribunal de 2a instancia, por la naturaleza del proeso judicial cuyas dos etapas se enlazan a traves del recurso de apelacion, para formar la unidad de los juicios civiles o criminales pues, ni la letra ni el espíritu del art 854 del C J excluyen la prueba pericial y su apreciacion del enjuiciamiento de materias propio de la segunda instancia

Sentencia de 10 de julio de 1947
R J No 7 de 1947 pag 16

No hay disposicion que sustraiga de la discusion en casacion la apreciacion de los informes periciales que es un medio de prueba susceptible de ser mal apreciada

d) Si se reconoce valor a la prueba científica el reconocimiento de hecho que esta prueba esta excluida

No debe confundirse el principio de sana critica --que en el fondo inspira la apreciacion de la prueba indiciaria y pericial-- con la de libre conviccion. La sana critica requiere y descansa sobre elementos objetivos de referencia (reglas de la logica y de la experiencia)

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

- 1 La noción de prueba es una necesidad que surge desde que el hombre vive en sociedad
- 2 El sistema que rige la materia probatoria (sistema de la Prueba Legal o Tasada) es de determinado sistema económico que no se ajusta a las realidades de nuestras épocas y por tal razón ha sido abolido por los nuevos Códigos que regulan esta materia
- 3 La prueba es fundamental en el campo procesal porque ayuda al esclarecimiento de la verdad real
- 4 La prueba tiene en función social una función humana y una función jurídica
- 5 Los principios generales de la prueba judicial tienen una importancia preponderante en nuestro estudio, ya que sin su inclusión en este el mismo carecería de ciertas detalles minuciosos en nuestro tópico
- 6 El principal fin de la prueba es la creación de la certeza en el juez, mas ello se desvirtúa según el estado anímico de él
- 7 En cuanto a los medios científicos de pruebas, algunas le restan su valor y otros admiten su importancia puesto que el derecho es una rama eminentemente, sincrónica, es decir, evolutiva
- 8 La prueba científica en verdad ha hecho mucho por legitimizar los objetivos de las instituciones legales y proteger al inocente y disuadirlo, o al menos detectar al culpable
- 9 Algunos autores como Carnelutti afirman que lo que el sistema de la prueba legal pierde en justicia, lo recupera en certeza y ofrece una mayor uniformidad de las decisiones judiciales en cuanto a la prueba

10 No hemos encontrado Jurisprudencia al respecto pero es nuestro deseo que en un futuro no muy lejano el Código Judicial Panameño se pronuncie en lo referente a la Prueba Científica como instrumento veraz en el sistema probatorio

RECOMENDACIONES

RECOMENDACIONES

- 1 Actualizar jurídicamente al actual Código Judicial que recoja, en cuanto a materia probatoria se refiere, la corriente doctrinalmente, moderna expuesta pero que no vincula la norma procesal como imperativa del juicio que se plantea, si no como regulador de los Derechos individuales legalmente garantizados dentro del grupo social donde deba de ser aplicado
- 2 La prueba científica debe considerarse como un medio eficaz en el esclarecimiento de la verdad que influyan en una decisión certera del Juez y también coadyuvara a no emitir conceptos a priori
- 3 La prueba científica debe ser un medio de probatorio eficaz para que, hoy en día y en el resto del mundo se le de su valor verdadero
- 4 Es necesario reformar las normas del procedimiento para incorporar nuevas formas tendientes a la recepción y práctica de los medios técnicos y en general, de la prueba científica
- 5 Es imperativo que el Estado dote a los Tribunales de Justicia del equipo mínimo para el manejo de los medios técnicos de prueba como fotocopiadoras, microfilm videocasetes películas cinematográficas, fonógrafos etc, ya que no siempre estos pueden ser suministrados oportunamente, por las partes cuando ello debe ser en realidad un deber del Tribunal, si lo que se quiere es realmente, la investigación de la verdad como presupuesto básico de una eficaz función jurisdiccional, la cual por mandato constitucional debe de ser gratuito (así opina Vanessa del C

Barsallo en su pre citado Trabajo de graduacion Consideraciones estas que compartimos nosotros)

6 Debe existir una adecuada regulacion generica de la prueba cientifica o de la recepcion y practica de los medios cientificos de prueba a fin de que las partes sus apoderados judiciales y tambien el juzgador tengan establecidas de antemano las reglas generales del procedimiento reguladores de estos nuevos medios probatorios (Criterio compartido con Barsallo Vanessa)

7 La Prueba Cientifica es una Prueba Pericial

8 Que la Prueba Cientifica a diferencia de la Prueba Pericial Comun deberia ser razonada por parte del juez una vez fiscalizada por las partes

9 Que se debe establecer si el que manejo la Prueba Cientifica era Idoneo para ello

10 Que la misma se acredite con anuencia de las partes

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA
TEXTOS

- 1 Admissibility Notre Dame 354 - 171 n 1 of Ballictes Enciclope Evidence
- 2 Alsina, Hugo Tratado Teórico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial 2da ed , Soc Amon Editores, Buenos Aires Tomo III, 1968
- 3 Bellafranca, Rahysa La eficacia Probatoria de Telefax Revista de Derecho Probatorio Editoria Juridica S R L 120-221 S/f p v
- 4 Bentham, Jeremías Tratado de las Pruebas Judiciales T I Edit Ejea Buenos Aires, 1959
- 5 Cabrera R , Jesús E Apuntes del Derecho Probatorio Universidad Católica Sucre Bello, Caracas, 1987
- 6 Calamandrei, Piero Proceso e Democrazia Padiva 1954 (no aparecen datos del libro en el)
- 7 Carnelutti, Francisco Estudio de Derecho Procesal, Traducción de Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa América Buenos Aires, 1952
- 8 Camargo M, César El Psicoanálisis en la Teoría y la Práctica Judicial, Edit Aguilar, Madrid, 1952
- 9 Cappelletti, Mauro El Principio dispositivo y sus principales manifestaciones Itahe pv
- 10 Couture, Eduardo J Fundamento del Derecho Procesal Civil Edic De Palma, Buenos Aires, 3a Edic 4
- 11 Couture, Eduardo J Reglas de la Sana Crítica en la Apreciación de la Prueba Testimonial. Estudios de Derecho Procesal Civil Buenos Aires 1949
- 12 Chiovenda, Giseppe Introducción de Derecho Procesal Civil Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Tomo II, 1951
- 13 Davis Echandía, Hernando Tratado de Derecho Procesal Civil Editorial Temis, Bogotá, Tomo V, 1967

- 14 Davis Echandía Hernando Teoría General de la Prueba Edit Victor de Zavalia II Edición Tomo I 1972
- 15 Ettore, Gianni Antonio El Valor Jurídico del Documento Electrónico Última edición s/f p v
- 16 Fabrega, Jorge Derecho Proceso Civil Facultad de Derecho v Ciencias Políticas Universidad de Panamá, 1973
- 17 Guasp, Jaime Derecho Procesal Civil Instituto de Estudios Políticos, Madrid España, 1961
- 18 Micheli Gian Antonio La Carga de la Prueba Ed Jurídicas Euro - América, Buenos Aires, 1961
- 19 Oderigo, Mario Lecciones de Derecho Procesal Tomo I, Edit Roque De Palma, Buenos Aires, 1958
- 20 Parra Q , Jairo Manual de Derecho Probatorio Ediciones Librería del Profesional 1ª edición, Bogotá, 1986
- 21 Rosemberg, Leo Tratado de Derecho Procesal Civil Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marciano Ayerra Rendi Ediciones Jurídicas Europeas - América, Buenos Aires Tomo II 1955
- 22 Rocha, Antonio De La Prueba En Derecho Edit Dike 1990, Bogotá, Colombia
- 23 Richardson, James Modern Scientific Evidence Civil and Criminal Edit Anderson, E E U U 1961
- 24 Salomón, Julio A El Maravilloso e Indeterminado Fax Centro Financiero enero - febrero, 1993

- 25 Torres Gudiño, Secundino Derecho Procesal Civil Facultad de
Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Panamá, 1975
- 26 Zamorano, Abel A El Telefax como medio de prueba
Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas Universidad de Panama,
1993

TRABAJOS DE GRADUACIÓN

- 1 Arosemena, Vicente Los medios de Prueba en el Procedimiento Civil Panameño Universidad de Panama Facultad de Derecho y Ciencias Políticas 1967 - 1968
- 2 Barsallo, Vanessa del C Los Nuevos Medios de Prueba y su uso en el Proceso Civil Universidad de Panama Facultad de Derecho y Ciencias Politicas 1991
- 3 Fagette, Wilson, Giselle Andrea Las Reglas de Competencia en el Código Judicial Panameño Trabajo de Graduacion Universidad de Panamá, 1993
- 4 Cedeño, Olmedo Mario Estudio de los Medios de Prueba, en especial de la Prueba Pericial en el Derecho Procesal Civil y Penal Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas 1973
- 5 De Leon D, Constantino, La Prueba Documental en el Proceso Civil Universidad de Panamá, 1975
- 6 Lezcano N, Edilma del C Aspecto Médico Legal del Sistema HLA como medio para impugnar la paternidad Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1997

EXCERTAS LEGALES

- 1 Panamá - Leyes, Estatutos etc Código Civil, Jose Martin Moreno Pujol, Panamá, 1992
- 2 Panamá - Leyes, Estatutos Código Judicial, Jose Martín Moreño Pujol , Panamá, 1993
- 3 Panama - Leyes, Estatutos etc Código de Trabajo, Editorial Mizrachi & Pujol, S A Panama 1972

DICCIONARIOS

- 1 Diccionario de la Real Academia de la Lengua, XIX ed España, 1950 1572 p p
- 2 Cabanellas de Torres, Guillermo Diccionario Jurídico Elemental 2da ed Editorial Heliasta, S R L Buenos Aires, Argentina 1979
- 3 OSSORIO, Manuel Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales Editorial Heliasts, S R L Buenos Aires, Argentina 1989

CONFERENCIAS

- 1 Barsallo, Pedro A La Prueba Científica Seminario sobre Medios Probatorios Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Febrero de 1989

APENDICE

APÉNDICE

QUINTO CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL (1972)

TEMA CIENTIFICIDAD DE LA PRUEBA

El Quinto Congreso Internacional de Derecho Procesal se celebró en la ciudad de México del 12 al 18 de marzo de 1972.

Intervinieron más de 150 procesalistas, destacándose entre ellos Vittorio Denti, Hans Ealter Fasching, Karl Heinz S. Roger Perrot, Fritz Baur, Victor Fairen Guillen, Jose Olympio de Filho, Hector F. y Samudio, Hernando Devis Echangia, Hernando Morales, Humberto Briseño Sierra, Enrique Vescovi, Stefan Delikostopoulos, Mauro Cappelletti, J. Jodlowsky, etc. Representando a nuestro país concurrió el Dr. Secundino Torres Gudiño. Actuó como Presidente del Congreso el Dr. Niceto Alcalá Zamora. Se trataron los siguientes temas, para cuyo estudio se integraron las respectivas comisiones:

- I Cientificidad de la prueba en relación principal con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador
- II Liberalización y socialización del proceso civil
- III Enjuiciamiento de sujetos peligrosos no delincuentes
- IV Unidad de jurisdicción y justicia administrativa
- V Protección procesal de los derechos humanos

Para cada Comisión se designó un Ponente General que recibió las distintas Ponencias, las examinó y resumió y sometió a discusión:

- 1 Cientificidad de la prueba en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del Juzgador

Actuo como Ponente General el Dr. Vittorio Denti, Profesor de la Universidad de Pavia, Italia. En sus conclusiones el Profesor Denti expreso a) La incorporacion al proceso de la prueba pericial se realiza, por lo general, mediante sujetos extranos al organo enjuiciador, ya sea que aporten su valoracion en calidad de testigos (de acuerdo con el sistema prevaleciente en los paises de common law) ya sea que la aporten como encargados por el juzgador en consecuencia como sus auxiliares (segun el sistema dominante en los paises de civil law).

La inclusion de expertos en los colegios judiciales con funcion consultiva o decisoria de modo estable respecto de ciertas categorias de controversias o de manera ocasional, representa hoy en dia una solucion universitaria aun cuando indicada como posible alternativa frente a los metodos tradicionales a las reformas procesales.

La inclusion de expertos en los colegios judiciales con funcion consultiva o decisoria, de modo estable respecto de ciertas categorias de controversias o de manera ocasional, representa hoy en dia una solucion universitaria aun cuando indicada como posible alternativa, frente a los metodos tradicionales, en los debates en torno a las reformas procesales.

b)' Caracteristica general de la prueba pericial es su formacion en contradictorio mas eficazmente asegurada allí donde el experto es un testigo y la valoracion por el aportada se sujeta a las reglas relativas al testimonio, menos segura en cambio, allí donde el perito sea un encargado del juzgador y pueda inclinar

hacia modalidades inquisitorias en el accertamiento de los hechos. Frente a los ordenamientos procesales que, como homenaje a los principios consagrados en sus respectivas constituciones garantizan el derecho de defensa de las partes, el dialogo con el perito representa un elemento esencial para la correcta formacion de este tipo de prueba.

c) Finalmente, los ordenamientos procesales contemporaneos rechazan el valor vinculante de la pericia para el juzgador y reconocen a este dentro de la variedad de significados que el criterio asume en los diversos sistemas juridicos, la libertad de valoracion de la obra del perito. Este control de la pericia por parte del juzgador expresa la necesidad de garantizar que la aportacion al proceso de los conocimientos cientificos se realice de modo que haga posible la comprension y la anuencia de los grupos sociales en los cuales y para los cuales se celebra el proceso.

2 Liberación y socialización del proceso civil

Actuo como Ponente General el Profesor Fritz Baur de la Universidad Alemana de Tubinga. Propusieron ponencias Barrios de Angelis de Uruguay, Cappelletti, de Italia, Silva Pacheco de Brasil, Devis Echandia, de Colombia, Fasching, de Austria, Medina, de Mexico, Rodriguez S, de Venezuela, Serra Dominguez de España, Heinz, de la Republica Federal de Alemania.

Antes de resumir las conclusiones el Ponente expreso como sigue, las dificultades que encontro:

1. No tuvo a mano ponencias nacionales de algunos sistemas juridicos y paises importantes, en especial del sector juridico

angloamericano, del ámbito de los países socialistas de los países escandinavos y de Francia. Procuro recoger siempre que fue posible, las tendencias más notables que ofrece la literatura de dichos territorios jurídicos.

2. En diversas ponencias nacionales se indicó acertadamente que el contenido de las leyes procesales y la realidad de la práctica procesal no se corresponden. La exposición de esta realidad procesal resulta en la mayor parte de las comunicaciones demasiado breve.

Así, como frecuencia no se encontró por ejemplo, ninguna indicación acerca de la duración de los procesos, sobre la garantía real del acceso igual para todos ante los tribunales etc. Hasta que punto discrepan a menudo las disposiciones legales y la realidad con un ejemplo de Alemania, país del Ponente en el párrafo 348 de la Ordenanza Procesal Alemana (ZPO) se prevé que todo pleito debe ser tramitado en primer término por el juez único a fin de que sea factible resolver el asunto en una audiencia. En realidad, este precepto legal, que debería haber contribuido a la celeridad procesal ha conducido a una prolongación del proceso.

Afirmaciones precisas acerca de la situación procesal en un país solo pueden hacerse cuando la realidad procesal y la práctica procesal ha sido tomada en cuenta en las exposiciones.

Expresado en forma exagerada una ley procesal anticuada puede conducir en manos de un juez decidido, a un proceso bueno y rápido, mientras que por el contrario, una ley procesal moderna puede resultar ineficaz, si la práctica procesal hace de ella una

hoja de papel impreso

a) Tendencias generales- Delimitacion de cuestiones

Con las reservas antes mencionadas, pueden desprenderse de las ponencias nacionales las siguientes tendencias generales

- 1 No se contemplan liberalizacion y socializacion del proceso como contradicciones insolubles. Dado que el proceso civil sirve mediante el auxilio judicial para la consecucion de derechos materiales, el rasgo fundamental liberal siempre le estara adherido, en especial debe reservarse a las partes si quieren o no tomar en consideracion la asistencia judicial para la consecucion de sus derechos. Dado que por otra parte el proceso civil representa un fenómeno de necesidad social (Franz Klein), que debe ser superado en forma rapida y justa, es decir, dado que el proceso civil tambien roza intereses generales y publicos, es innegable su componente social. Dicho de otro modo cometido de un proceso civil que responda a datos sociales actuales es realizar una sintesis entre la proteccion de los derechos de las partes, por un lado, y la contemplacion de los intereses generales por otro.
- 2 La socializacion del proceso civil no puede equipararse al proceso civil socialista de los paises socialistas.

Estos ven en el proceso civil un instrumento para la realizacion de los principios socialistas en la sociedad y en la economia. Al proceso incumbe una funcion educativa economico-organizadora y cultural. Tiene la tarea de proteger el orden economico socialista. En consecuencia, la actividad de los tribunales, inclusive en el proceso civil, es

contemplada como parte de la actividad rectora del Estado. Este punto de partida conduce a particulares instituciones procesales, por ejemplo la intervencion del ministerio publico como factor en el proceso civil, disposiciones especiales para la proteccion de la propiedad popular, etc. Pero si se prescindie de esas peculiaridades ideologicamente determinadas, resulta que tambien el proceso civil socialista tiene que ocuparse de fenomenos y problemas analogos a los del proceso civil y de otros paises. Verbigracia la aceleracion del procedimiento y las medidas para evitar el rezago de los procesos, el aseguramiento de la igualdad material de las partes frente al juzgador, la cuestion acerca de la validez y del alcance del principio dispositivo.

De ello resulta que en todo derecho procesal civil se presentan las mismas cuestiones y problemas a resolver. Estas soluciones pueden estar influidas en sus tendencias por principios ideologicos, pero a menudo coinciden esencialmente las soluciones halladas o las reformas propugnadas, con independencia de su fundamento ideologico. La explicacion de este fenomeno reside por una parte en que en cada proceso se asigna al juez la misma tarea a saber la investigacion del caso litigioso, la aplicacion del derecho al mismo y la obtencion de una sentencia justa. Las dificultades que se le presentan al juzgador en ese camino son en todos los ordenes juridicos las mismas, y con frecuencia consideraciones racionales fuerzan a identica o analoga solucion.

Esta apreciacion no significa que el derecho procesal civil sea en su conjunto un derecho puramente, tecnico que pueda ser

independiente de las corrientes temporales y espirituales y orientarse exclusivamente por consideraciones de conveniencia. Ciertamente que existen instituciones procesales múltiples en las que propendera el punto de vista de la conveniencia (por ejemplo notificaciones, citaciones y plazos). Pero la solución de muchos problemas que se presentan en el proceso civil requiere de soluciones auténticamente, jurídico-políticas cuyo fundamento ha de encontrarse en la función del proceso civil en un determinado ordenamiento estatal y social. No es del caso optar por una de las alternativas ni el proceso civil es puramente técnico ni tampoco es exclusivamente derecho determinado ideológicamente.

La solución de los problemas que se plantea al derecho proceso civil al derecho procesal civil la aportan tanto determinadas orientaciones fundamentales acerca del cometido del proceso civil, como consideraciones racionales.

3 El tema de la liberalización y la socialización del proceso civil no se agota en la pregunta formalismos o poder del juez. Se trata aquí del problema acerca de si el proceso civil está estrictamente, formalizado y si por tanto, la ley procesal sujeta al juez en la sustanciación del proceso, o si le otorga amplias facultades para conducirlo. Un proceso liberal, es decir, un proceso en que se acentúen los derechos de la partes puede ser tan formalista como uno social, que destaque la función social del proceso. Por el contrario, una ley procesal liberal lo mismo que una social, puede limitarse a la fijación de pocos principios fundamentales y en todo lo demás delegar la conducción del proceso.

al juzgador. La verdad es solo que un proceso social tendena a incrementar el poder jurisdiccional es decir la actividad del juzgador que no se deja revestir íntegramente por estrictas prescripciones formales.

4. Una exacta determinación de los conceptos de liberalización y socialización suscita dificultades en las ponencias nacionales. En la práctica se deben eludir dos peligros por una parte el que pretende contemplar ambos conceptos como antitéticos y, por otra, la que equipara liberal con retrogrado o reaccionario y social con avanzados o progresista. En realidad se trata solo de determinar con precisión, en un sentido, que principios procesales liberales fundamentales deben subsistir en las actuales y modificadas circunstancias, a fin de proteger los derechos de las partes, y en el otro, que ideas sociales han de introducirse en el 'derecho' procesal civil para que el proceso cumpla de manera justa su función en un mundo social y económicamente transformado. Cappelletti ha presentado su ponencia bajo el acertado título de Libertad individual y justicia social. El concepto socialización del proceso civil ha de ser especialmente analizado de acuerdo con dos puntos de vista:

a) ¿Que datos revelan que el proceso es una manifestación de peligro social y una perturbación de la estructura social y que en su desarrollo y resultado puede afectar intereses generales?

b) ¿Que regulación es necesaria, a fin de que el proceso realice los principios de la justicia social, y especialmente con

objeto de que garantice que el acceso ante el juzgador sea igual para todos y de que todos sean tratados por los tribunales de la misma manera?

III Conclusiones en particular

1 Desde el punto de vista del proceso liberal

a) La protección de los derechos del individuo solo puede lograrse en forma efectiva mediante jueces independientes, es decir, mediante jueces que no puedan ser destituidos o trasladados salvo mediante resolución judicial en un proceso disciplinario. Debe darse especial valor a la independencia interna del juzgador a la que contribuye también una remuneración realmente suficiente para los funcionarios de la judicatura.

b) La protección jurídica judicial debe estar garantizada

De ahí que sea inadmisiblesustraer ciertos sectores de litigios civiles a la jurisdicción de los tribunales a fin de encomendarlos a otros órganos. Allí donde se admita una jurisdicción corporativa, debería autorizarse, en caso de violaciones graves a los principios del derecho político, una revisión por parte de los tribunales ordinarios. También el principio del juez legal debe desarrollarse correctamente a fin de descartar maniobras en la determinación del juez competente.

c) En todos los procedimientos civiles debe protegerse el derecho de audiencia, el cual significa que una resolución adversa a una de las partes, solo debe emitirse si esta ha tenido antes oportunidad de tomar posición frente al estado de cosas y a la situación jurídica y de promover peticiones.

(con las consecuencias del deber de asistencia de la parte actora
 uno, y cada al comparecer personalmente en todas las actuaciones
 orales y del géneroas probatorias y a ser oídas por el juzgado
 principios de publicidad para las partes y de audiencia de la
 mismas)

El principio dispositivo se refiere al rol de las partes en el
 proceso que consiste en determinar judicialmente el objeto de la
 demanda y el procedimiento que puede iniciarse mediante demanda
 judicial y que determinen el objeto procesal mediante sus
 peticiones y que puedan concluir el litigio mediante convenio
(principio dispositivo)

La validez fundamental del principio dispositivo no significa
 a) Que las partes determinen también la marcha del
 procedimiento, tarea que más bien incumbe al juzgador

b) Que se excluya la potestad del juez de ayudar a las partes
 mediante el señalamiento de la forma adecuada para poner el
 litigio. Ello rige sobre todo, en los procedimientos en que no se
 exige la intervención de abogado,

c) Que el descubrimiento de la verdad judicial (mediante la
 asunción de pruebas) pueda ser limitado por las partes

La vigencia del principio dispositivo no excluye que en los
 procesos que afecten intereses públicos intervenga un representante
 del interés público (ministerio público) con derecho a formular
 proposiciones

En los países de ordenamiento social y económico socialista
 actúan junto a las partes, los órganos del estado y de la economía

los cuales esta asignada la realización de lo que se llama la dirección de la propiedad popular.

2. Conclusiones desde el punto de vista del proceso social entendido como necesidad social.

Con todos los ponentes sigue la concepción de Franco del II que el proceso es un caso de necesidad social y que por tanto el proceso incumbe una función social. De este reconocimiento derivan las siguientes consecuencias:

a) Incrementación actividad del juzgador. Comprende:

aa) En cuanto a la dirección del proceso la marcha del proceso una vez iniciado no debe quedar sometido a la disposición de las partes sino en manos del juzgador con objeto de concentrarlo y acelerarlo.

bb) En cuanto a la aportación del material procesal mientras las ponencias nacionales se muestran esencialmente acordes acerca de la dirección judicial del proceso no cabe establecer una concordancia semejante respecto de la vinculación del juzgador en orden a la aportación fáctica de las partes. Se trata de la cuestión relativa a si el material procesal fáctico ha de ser aportado por las partes y solo por ellas (el llamado principio de contradictorio). La circunstancia de que sea asunto de las partes hacer valer sus derechos así como los fundamentos de hecho de los mismos podría esgrimirse en favor de la conservación del principio de contradictorio. Por otra parte prácticamente todos los ponentes destacan los principios de veracidad y complejidad pero, este deber solo es realizable cuando el juzgado tiene la

posibilidad de revisar el resultado en el momento de la sentencia, también a la parte activa en la obtención del resultado procesal. El juez debe tener en cuenta también la exigencia de que el juzgador debe procurar descubrir la verdad material. La conciliación de los intereses por un lado y la búsqueda de la verdad por el otro, que a veces puede llevar a una conclusión que sea contradictoria con los intereses de las partes, es un deber del juez moderno procesal. Así como que muy bien debe encontrarse un medio para un fin.

(1) La función de los hechos que fundamentan la acción y las excepciones es ante todo asunto de las partes puesto que le incumbe también la carga material de la prueba en el sentido de que el juzgador ha de resolver en su contra cuando no se pueda aclarar un hecho decisivo del proceso.

(2) Sin embargo el juzgador no solo tiene el deber de llamar la atención de las partes acerca de una aportación incompleta de los hechos, requerirles la presentación de documentos, correspondencia etc (deber de esclarecimiento judicial) sino también el derecho de tomar todas las medidas por propia iniciativa que hagan posible el completo esclarecimiento del litigio. A este sector pertenecen especialmente la traida de documentos y actuaciones concernientes al material del proceso, la sollicitacion de informes a las autoridades pero sobre todo las ordenes relativas a la comparecencia personal de las partes. La experiencia de muestra que la aclaracion y complemento de los hechos se logra mejor mediante la audicion de las partes. El juzgador debera oír a las partes aun en los procesos en que sea

obligatoria la intervención de abogado

17) El deber y el derecho de investigación de los hechos por parte del juez aumentan cuando el juzgador tenga la fundada opinión de que alguna de las partes no ha cumplido con sus deberes de veracidad y compleción

c) La facultad de autorizar al juzgador de oficio a admitir en el proceso pruebas que se ofrecen a él para la investigación de los hechos puede decretar pruebas que las partes no hayan solicitado. De las disposiciones nacionales resulta que la mayoría de las leyes procesales contempla ya esa posibilidad. Desde el comienzo del periodo probatorio, bien una vez llevadas a cabo las pruebas ofrecidas por las partes. Por desgracia, sin embargo, cabe comprobar que en la práctica el juzgador no suele en general hacer uso de esta posibilidad

En algunos países el juzgador puede decretar de oficio todos los medios probatorios a excepción de la prueba testimonial. No puede hallarse ningún motivo que justifique esta excepción. Si el juez está obligado a descubrir la verdad material entonces ha de estar autorizado también a recabar todos los medios probatorios disponibles, incluso los testigos no designados por las partes. En este sentido el proceso civil tiene también elementos inquisitivos

b) Una rápida y justa remoción de proceso entendido como manifestación de necesidad social solo puede lograrse si se realizan los principios de oralidad y de inmediatividad

aa) En muchas leyes procesales se prescribe un debate oral

como base de la sentencia. En la práctica, el debate oral en el
tribunal judicial es un elemento esencial del proceso judicial y forma
parte

En este punto es importante observar que el proceso de en-
tidad jurídica en el debate oral se reduce a que la actividad
debe de ser oral y pública, de modo que el proceso judicial
debe ser oral y público, y la actividad de debate oral más o menos
pública, tanto en las circunstancias por las que la investigación
de la actividad y la actividad de debate del proceso. Sin duda, es
conveniente que como regla el debate oral venga preparado
mediante escritos a fin de que el juzgado tenga conocimiento desde
antes del debate del objeto del litigio y de las alegaciones de las
partes a fin de que el juzgado tenga conocimiento desde antes del
debate del objeto del litigio y de las alegaciones de las partes
a fin de que pueda a su vez adoptar medidas para la preparación
del debate oral pero solo este hace posible un completo desarrollo
y aclaración de la contienda ante el tribunal. Le sens de
procedure orale est double d'une part procedure plus rapide
concretée efficiente de l'autre procedure plus fidele et une
methodologie concrete et empirico inductive dans la recherche
des faits et dans l'appréciation des preuves.

b) El principio de oralidad debe completarse por el de
inmediatidad el cual significa que el debate oral y la acusación
de pruebas deben tener lugar ante el juez que dicte la sentencia.
Este principio no rige en todos los países. Así por ejemplo el
derecho español no reconoce este principio, el juez toma

conocimiento del proceso solo en el momento de dictar sentencia. En otros países (por ejemplo en la República Federal de Alemania) el principio se quebranta por otros medios como la institución del juez único. La experiencia demuestra sin embargo que el juzgador que decide debe recibir una impresión inmediata de las partes. El mejor medio de prueba es el fin de evitar errores judiciales y una sentencia justa.

La fusión del debate oral con la asunción de la prueba en un solo término (a) como acontece en el ámbito angloamericano y (b) el que se propugna en otros países actualmente, hace posible una aceleración del procedimiento y con ello una concentración del proceso.

3 Conclusiones desde el punto de vista de la justicia social

Se trata aquí de asegurar la igualdad de acceso y de trato ante el juzgador. Implícita o explícitamente, estos principios son, sin duda parte integrante de las constituciones o de las leyes procesales de la mayoría de los países, pero como se desprende de las ponencias nacionales con frecuencia la realidad procesal es por desgracia muy diferente, sobre todo en orden a la asistencia procesal a los pobres (a), a la regulación de la costas (b) y la reglamentación de la competencia (c).

a) La asistencia procesal a los pobres en parte no está siquiera regulada en otra lo está de manera insatisfactoria o bien se encuentra regulada en la ley pero denegada en la práctica frecuentemente por razones económicas. La finalidad de la asistencia procesal a los pobres debe ser que la parte menesterosa

tenga iguales posibilidades reales de protección judicial que la parte con medios económicos suficientes

Ello significa

aa) Exención de las costas judiciales (Sería ideal la introducción de una exención de costas respecto de las de índole judicial como se da, por ejemplo, en el procedimiento judicial social de la República Federal de Alemania. La experiencia enseña también que la exención de costas no da lugar a que el proceso sea llevado en forma temeraria. Sin embargo, debido a causas económicas esa situación ideal no se alcanzará en la mayoría de los países)

bb) Patrocinio gratuito de un abogado que percibiera sus honorarios de la hacienda pública sin que sea suficiente declarar que la defensa del pobre será gratuitamente, ejercida como obligación profesional ya que la experiencia demuestra que la protección jurídica del pobre queda, en muchos casos, insuficientemente, garantizada

La concesión de la asistencia judicial a los pobres no excluye

aa) que examinen antes las perspectivas de éxito de la demanda o de la defensa por parte del tribunal, ya que tampoco una parte rica llevara adelante un proceso temerario,

bb) que la parte pobre quede obligada a cubrir los gastos efectuados por el Estado, cuando su situación económica mejore,

cc) que la contraparte vencida en juicio por el litigante pobre cubra al Estado los gastos causados

b) La regulación de las costas

Incluso en los países donde la asistencia procesal a los pobres está regulada de manera satisfactoria (como sucede en la República Federal de Alemania y en Austria) es indudable que el alto valor de las costas judiciales y de los honorarios de los abogados impide frecuentemente que las partes recurran al juzgador. Sobre todo cuando se trata de litigios de escasa o mediana cuantía las costas procesales exceden a menudo el valor del negocio. Ejemplos (del derecho de costas de la República Federal de Alemania)

Cuantía del Negocio	
	200 DM
	1500 DM
	10000 DM
Costas (en dos instancias)	
	336 DM
	1675 DM
	5368 DM (9112 DM en tres instancias)

De lo anterior se desprende que también una parte no pobre, pero con recursos económicos limitados no iniciara siquiera un proceso cuya cuantía litigiosa sea reducida o mediana. El autor prescindiría de demandar, el demandado preferiría pagar inmediatamente y sin el proceso, pero ello significa en la práctica que el acceso ante el juzgador se dificulta debido a las costas.

La solución de este problema constituye uno de los puntos más importantes de una reforma práctica del proceso civil.

En mi opinión, la solución se encuentra en la idea del seguro. Ya existen en la República Federal de Alemania y en otros países seguros para la protección de los derechos, de carácter voluntario. Las primas son reducidas, dado que el riesgo se distribuye entre un

gran numero Habra de considerarse la conveniencia de introducir un seguro de proteccion juridica general analogo al seguro social

c) La reglamentacion de la competencia

En algunas ponencias nacionales se ha señalado acertadamente que la reglamentacion de la competencia reviste un considerable significado social En muchos ordenamientos procesales la determinacion de la competencia es de derecho dispositivo es decir la parte pueden convenir validamente, acerca de la competencia local y material No hay ninguna objecion al respecto cuando las partes que en sus contratos determinan el juzgador se encuentran en plano de igualdad economica En muchas ocasiones sin embargo, figuran estas clausulas sobre competencia en las estipulaciones contractuales de caracter general que los proveedores imponen para sus negocios en serie Tales clausulas forman parte entonces de los contratos individuales Casi siempre se convienen en que sea juzgador competente el del domicilio del proveedor Esto implica para los compradores la desventaja de que se ven precisados a viajar al lugar del en que se siga el juicio o a designar un abogado aspectos ambos que pueden desembocar en altos costos Dado que la parte demandada teme esos gastos o de plano no los puede cubrir frecuentemente se dictan sentencias en rebeldia que estan en pugna con la situacion factica y juridica real Por ello, en la Republica Federal de Alemania se determino por ley, en 1969 que en asuntos sobre pago de dinero sera exclusivamente competente el juzgador en cuya demarcacion tenga el comprador su domicilio en el momento de la interposicion de la

demanda Este principio deberia en mi opinion extenderse y precisamente en el sentido y precisamente en el sentido de que el juzgador del domicilio del demandado sea siempre competente, y que solo sean admisibles pactos en contrario en las estipulaciones generales del contrato cuando ambos contratantes sean comerciantes

d) La funcion auxiliar del juez

Ya en la seccion III 2a se destaco al exponer la incrementada actividad del juzgador la significacion de los deberes de informacion y esclarecimiento

Por supuesto este deber opera respecto de ambas partes pero el grado de intensidad sera diferente cuando en un proceso se enfrenten una parte versada en derecho y otra desconocedora del mismo

A este proposito, el juzgador tendra que preocuparse porque la igualdad de armas de las partes sea una realidad No se puede rechazar esta funcion del juzgador so pretexto de que entrañe peligro para la imparcialidad del juzgador o redunde en perjuicio de su independencia

Hay pues, que librarse de las tradicionales concepciones a tenor de las cuales el proceso seria, mas que nada, combate de las partes ante el juzgador acerca del derecho Con independencia de que semejante concepcion supone igualdad real de las partes, la tarea propia del proceso es dilucidar una cuestion litigiosa y aplicar a ella el derecho material Por tanto, preocupacion fundamental del juzgador ha de ser la de esclarecer el asunto controvertido tan bien y completamente como sea posible Si una

parte desconocedora del derecho o esta en condiciones de precentar todas las afirmaciones facticas y aportaciones probatorias que conforme a la situacion juridica sean indispensable en juzgador que entonces la auxilie, no 'hara sino cumplir con' un deber que deriva de su cometido dilucidar por completo el asunto

4 Conclusiones relativas a la mision del juzgador de resolver las tensiones sociales

Hasta ahora habiamos considerado la socializacion del proceso desde los puntos de vistas de la alteracion de la estructura social 2) y de la justicia social 3) Sin embargo, en los ultimos tiempos se ha señalado acertadamente, que el Legislador delega cada vez mas en el juzgador la tarea de procurar la resolucion de las tensiones sociales De acuerdo con la concepcion tradicional, es caracteristica en el conjunto de tarea del juez, que a de resolver acerca de contrapuestas pretensiones juridicas sin otra alternativa que la de condenar o desechar la demanda

No tiene la posibilidad de ejercer una función ordenadora, solucionadora que desarrolle, para el futuro una funcion constitutiva respecto de la relacion juridica controvertida Cuando considere que la sentencia es insatisfactoria solo tiene la posibilidad de sugerir a las partes una avenencia Este cuadro tradicional de la decision judicial, no se corresponde ya completamente con la realidad Cada dia mas se otorga al juzgador la tarea de resolver las tensiones sociales El origen de ello fueron situaciones de emergencia, surgida a consecuencia de guerra o de crisis economicas Pero semejantes tendencias se manifiestan

tambien en periodos de relaciones economicas estables. Recuérdese la proteccion judicial en materia de alquileres y arrendamientos o respeto al aviso de despido y a los litigios sobre contratos concernientes a salarios en la esfera laboral, la proteccion del deudor en la ejecucion forzosa, las multiples atribuciones judiciales en materia de derecho agrario.

Cierto que esa evolucion no se exterioriza en los diferentes paises con la misma intensidad, pero alli donde pueda observarse resulta claro que, en el ambito de las tensiones sociales economicas, siempre se recurre al juez cuando el Legislador no logra la Resolucion de dichas tensiones mediante regulaciones abstractas de derecho material.

Por tanto, la esfera de accion del juzgador se ensancha y en cuanto al procedimiento que haya de aplicar, no pocas veces sera el de la jurisdiccion voluntaria pero tambien el del proceso civil. Es evidente que precisamente en estos nuevos ambitos de competencia en los cuales la estructuracion juridica por medio del juzgador esta en primer plano tiene que aplicarse una forma apropiada de proceso civil a las relaciones modificadas, a fin de que resulten justa respeto de los nuevos cometidos.

APÉNDICE II

Por considerarlo de interes para este trabajo hemos anexado todos los argumentõs proferidos por la fiscalia especializada en delitos relacionados con drogas en el caso de Habeas Corpus de los imputados Luis Alfonso Rivas Jesus Paredes Noel Renteria Jose Nieve y Salvador Mina, quienes formaron parte de la embarcacion el Malceru v a quienes se les mantuvo la detencion utilizando la prueba ION SCAN 400 (Analizador de Iones) es un equipo cientifico computarizado con la finalidad de detectar la existencia de trazos de sustancias ilicitas, es decir moleculas de cocaína



en la actitud y forma de proceder de parte de la tripulación de la embarcación que respondía al nombre de "EL MAICERO", por lo que fue necesario efectuar unas detonaciones de advertencia a fin de que se detuvieran la nave, percátandose que antes de hacerlo arrojaron por la borda equipos o mercancías.

Por otro lado se cuenta además con el informe de fecha 3 de octubre del año en curso, suscrito por el Teniente de Fragata JUAN PINO F., Jefe de Misión del Servicio Marítimo Nacional, donde nos pone en conocimiento lo acontecido a la captura de la embarcación "EL MAICERO", señalando que para el día primero (1º) del mes en curso a las 19:29 horas, se detectó una embarcación por radar en dirección norte a una velocidad de veinte (20) nudos entre Bahía Piña y Punta Caracoles, siendo seguido por el radar del USCG-725 "JARVIS", por nueve minutos perdiendo el ploteo en su pantalla debido al mal tiempo, inmediatamente se procedió a aumentar la velocidad para ir en su persecución, informándole al patrullero P-203 "CACIQUE NOME" que contaba con el apoyo del b.p.c. 2203, para que procediera tomar dirección hacia Cerro Sapo (Garachiné), con la intención de interceptarlo.

No obstante la lancha siguió con dirección norte o hacia Punta Caracoles, por lo que se coordinó un punto costero de encuentro entre la P-203 y el Guarda Costa frente a Cerro Sapo, para así hacer otro recorrido hasta Punta Caracoles.

En consecuencia de dicho recorrido se tiene como resultado la detención de la montanave "EL MAICERO" registrada bajo bandera colombiana y sus tripulantes, todos de la misma nacionalidad, incautándose además 16 tamques de 55 galones de los cuales habían 4 1/2 llenos, siendo conducida a la base de Flamenco, por la SMN "NARE" IOS" L-16.

Se cuenta además con el informe de inteligencia de fecha 3 de octubre del año en curso, suscrito por el Alférez de Navío PABLO QUIJANO, quien pone en manifiesto que la zona del Atlántico colombiano, la zona costera metropolitana y el sector occidental, son utilizados como puntos de salida para el tráfico de drogas provenientes de la República de Colombia, así como para el tráfico de armas, lanchas rápidas de fibra de vidrio, con motores de alta potencia, con características similares a la incautada el día de autos.

Antes de estos señalamientos y una vez aprehendido el conocimiento de hecho punible, mediante resolución de fecha cuatro (4) de octubre del año en curso; (15:22) esta Agencia de Instrucción ordena la práctica de una diligencia de Inspección



Ocular y Registro, solicitando el apoyo del servicio de Guardias Costas de los Estados Unidos de América, en la cual se designó como peritos para tal cargo (fs. 23), con el propósito de determinar la existencia de trazos de sustancias ilícitas tanto en la embarcación "El Maicero", como en la ropa de la tripulación.

Se procedió a realizar la diligencia de Inspección Ocular a la embarcación "EL MAICERO", de bandera colombiana, la cual estaba anclada en la inmediaciones del Servicio Marítimo Nacional, la misma se realizó el 5 de octubre del año en curso, con la participación de un Secretario de este Despacho, los señores JOSEPH MAINS, JOSE LUIS OCADIZ y JONAH CONCLEY, designados para tal diligencia como peritos, en la cual los mismo poseían un equipo especializado denominado "ION SCAN" (Analizador de Iones) utilizado para verificar la diligencia de trazos de sustancias ilícitas o compartimiento para guardar la misma (caletos).

En la diligencia realizada a la embarcación "EL MAICERO" se recogieron muestras las cuales al ser analizadas utilizando un sistema computarizado del equipo "ION SCAN" se detectó que en la embarcación habían rastros de sustancias ilícitas (cocaína), es decir, en la misma fue transportada Cocaína, ya que con los resultados del "Plasmagram" de la máquina "Ion Scan" en su gráfica reflejó un nivel superior a la de 500, considerada por los peritos como "MAXIMA AMPLITUD" es decir, el indicador dio muestras de impacto sumamente alto, indicando que el área investigada estuvo en contacto reciente con sustancias ilícitas (cocaína). (fs. 39 - 41).

En base a lo anterior se procedió a realizar exámenes (manos y vestimentas) a la tripulación para determinar si en los mismos existían trazos de sustancias ilícitas, el la cual el Capitán de la embarcación el señor Luis Alfonso Rivas, se le detectó que en su vestimenta y manos existían trazos de sustancias ilícitas (cocaína), con un nivel de (200 a 250). La misma se le realizó en dos (2) ocasiones resultando positivo en ambas (fs. 42 y 43).

Al proceder a realizarle los exámenes al resto de la tripulación, en la cual la máquina de "ION SCAN" detectó positivo a rastro de cocaína, en la vestimentas y manos de los señores Jesús Paredes, Niver Romero (fs. 46 a 49).

SEGUNDO: Se procedió a someter a la tripulación de la embarcación a los rigores de la indagatoria, en la cual el Capitán de la embarcación LUIS ALFONSO RIVAS, negó los cargos que se le imputa, argumentando que el lunes 30 de los corrientes, el mismo



había llegado a la cámara de comercio de Buenaventura, a la cual le solicitaron la cooperación de búsqueda de la embarcación "DIVINO NIÑO", la misma se había extraviado, por lo que el capitán, salió en su búsqueda, con la cooperación de la tripulación (fs. 63-66).

En la declaración indagatoria del imputado NOEL RENTERIA (fs. 67-71), JOSE NIVER ROMERO (fs. 72-77); SALVADOR MINA ALGULO (fs. 78-84); JESUS PAREDES ROMERO (fs. 85-91), Los mismo negaron los cargos que se le imputan, manifestaron que estaban en búsqueda de la embarcación "Divino Niño" la misma estaba extraviada, manifestando que no tenían autorización de navegar en aguas panameñas, pero debido al mal tiempo que había se quedaron en una isla a dormir y salieron en la mañana rumbo a Colombia por orden del capitán, y fue cuando fueron interceptados por el Servicio Marítimo Nacional y fueron arrestados.

JERERO: Se incorpora la declaración jurada del Oficial de Abordaje del Guarda Costa de los Estados Unidos, quien fue designado como perito para participar en la diligencia de inspección ocular, en donde se recogieron muestras de la embarcación "El Maicero" y la misma al ser analizada por el equipo "ION SCAN" arrojó resultados positivos de trasos de sustancias ilícitas (Cocaína). El Perito designado en compañía de un intérprete Oficial del Ministerio Público, nos manifestó

que la máquina "ION SCAN" es muy exacta y no puede equivocarse, la misma está calibrada para ello, si se detecta cocaína en la muestra extraída, se activará una alarma y aparecen los registros inscritos en un documento en formas de diagrama llamado "PLASMAGRAMA". Por otro lado, argumenta que los resultados de los Plasmagrama, fueron entregados a los funcionarios de la Fiscalía de Droga, comprobando que tanto la embarcación "El Maicero", como los integrantes de su tripulación, estuvieron en contacto reciente y directo con sustancias ilícitas, específicamente la droga conocida como cocaína. (fs. 92-95).

CUARTO: Se incorporan las declaraciones juradas de los miembros del Servicio Marítimo Nacional, que participaron de la captura de la embarcación "El Maicero", en donde el Alferé PABLO QUINTERO, Jefe del Centro de Operaciones Navales, quien se encargó de su informe de novedad (fs. 102-109); la del Cabo 170 JOSE BERRIOS, quien era la persona que le dio la captura a la embarcación "EL MAICERO", el mismo se ratificó de su informe (fs. 118-123), y la declaración jurada del Jefe de Fragata, JUAN PINO F. Jefe de la Operación denominada "GOLFO", en la misma fue donde se dio captura a la embarcación "EL MAICERO", se ratificó de su informe. Los mismos señalaron que la embarcación "El Maicero", es de estructura de fibra de vidrio, en forma de "Y", la hacen más ligeras, con dos (2) motores fuera de borda con una capacidad de 200 HP (caballos de fuerza), manifestando que este

tipo de embarcación son utilizados por los narcotraficantes, para introducir droga a nuestro territorio, por otro lado argumentan que en el lugar donde fué interceptada la embarcación, esta ruta son utilizadas por estas naves para introducir droga a nuestro territorio.

Por otro lado el abogado defensor en su acción de habeas corpus, ha manifestado que este Despacho "ha utilizado medios de pruebas ilegales, es decir, no solo son ilegales las pruebas sino que el medio como se obtuvieron viola la Constitución Nacional. Con relación a estos señalamientos, nos permitimos señalar que nuestro ordenamiento jurídico en sus artículos 769 y 2073 del Código Judicial, faculta a este Despacho, la obtención de ciertas pruebas siempre y cuando no sean contrarias a la moral no al orden público como podemos señalar.

ARTICULO 769: Sirven como prueba los documentos, la confesión, el juramento, la declaración de parte, la declaración de testigo, la inspección judicial, los dictámenes periciales, los informes, los indicios, los medios científicos y cualquier otro mediocracional que sirva a la formación de la convicción del Juez, siempre que no estén expresamente prohibido por la ley, ni violen derechos humanos, ni sean contraria a la moral o al orden público...." (el subrayado es nuestro)

ARTICULO 2073: El hecho punible se comprueba con el examen que se haga por facultativos o peritos de las personas, huellas, documentos, rastros o señales que haya quedado el hecho, o con deposiciones de testigos que hayan vistos o sepán de otro modo, la perpetración del mismo hecho o con indicios, medios científicos o cualquier otro medio racional que sirva a la formación de la convicción del Juez, siempre que no estén expresamente prohibido por la ley, no violen derechos humanos, ni sea contrario a la moral o al orden público. (el subrayado es nuestro)

Como podemos observar, la Ley le da el carácter de prueba a los medios científicos empleados en una investigación, como lo es la prueba del "ION SCAN 400" (Analizador de Iones) es un equipo científico computarizado, con la finalidad de detectar la existencia de trasos de sustancias ilícitas, es decir moléculas de cocaína. En las sumarias a foja 37, 38 y 39-49, se incorpora la descripción y funcionamiento del equipo utilizado, y las muestras extraídas en la embarcación "El Malcero" y la de los tripulantes, donde resultaron positivas para rastros de cocaína,

en un porcentaje alto, en la cual el perito en su declaración jurada aportada en las respectivas sumarias, determinó que de acuerdo al análisis arrojado por la máquina "Ion Scan", la embarcación y la tripulación había estado expuesta a contacto con la Cocaína. Adicional al folio 56 y 57 se incorporan a nuestra investigación vistas fotográficas del equipo computarizado de analizador de iones (ION SCAN) y el instante en que se detectado los niveles indicativos de trazos de sustancias ilícitas encontradas en una de las muestras de la nave, donde se puede apreciar el folio 57 el nivel de escala en color rojo que se andose el porcentaje de existencia de COCAINA.

En cuanto al dictamen pericial que dieron los Oficiales del Servicio de Guarda Costa de los Estados Unidos de Norteamérica, se puede observar que mediante resolución de fecha 4 de octubre del año en curso, se designaron como peritos y tomaron posesión para el cargo y fueron juramentados.

El perito JOSEPH ANDREW MAINS, mediante declaración jurada, explica el funcionamiento del equipo "Ion Scan", (fs. 50-54), en la cual en su declaración dermindo que de acuerdo al análisis arrojado por la máquina "Ion Scan", la embarcación y la tripulación había sido expuesta a contacto con la Cocaína, presente se encontraba el Licenciado Asprilla, quien le formuló pregunta al perito.

En cuanto a la declaraciones formuladas por los imputados con relación a que se encontraban en búsquedas de la embarcación "Divino Niño" ya que había sido reportada como extraviada, la misma es indiciaria de mala justificación, ya que mediante declaración jurada del Teniente de Fragata JUAN PINO, nos muestra que la embarcación "El Maicero" tras dos (2) horas de búsqueda y al momento del acercamiento, se escucharon disparos por lo que quisieron que realizar disparos al aire, momentos estos observaron a la tripulación botando algo al mar, manifestando que cuando una embarcación extranjera se extravia dentro de las aguas de otro país, hay que seguir ciertos pasos, entre ellos el gobierno, hay que realizar el reporte de naufragio de un barco, segundo, si la embarcación extranjera va a transitar en nuestras aguas, debe solicitar permiso previo de navegación a nuestro gobierno, y la embarcación no contaba con ninguno de estos permisos. Adicional agrega al respecto que en el Servicio Marítimo Nacional no existe registro o reportes de que la embarcación "Divino Niño" este extraviada, manifestando el Teniente pino que "es mentira que andaba en búsqueda de la montanave "Divino Niño" que según ellos estaba perdida, ya que al ellos al visualizar la autoridad en este caso la Patrullera, debió acercarse para reportar la desaparición de la motonave "El Divino Niño" y no tomar una actitud contraria

de jarse (sic) a la fuga y tratando de agredir a la piraña que trataba de interceptarla.

Con relación a lo declarado por los imputados que andaban en búsqueda de la embarcación "El Divino Niño", este Despacho Oficio, oficio a la Dirección General Consular, Navas, al Servicio Marítimo Nacional y al Director General de la Policía Técnica Judicial, para que nos certificará si existía información referente a la embarcación "DIVINO NIÑO", y si la misma había sido reportada como perdida. Certificándonos el Servicio Marítimo Nacional mediante Oficio DG/SMN/776/96, nos informaron que no existe ningún reporte e incidente de "Búsqueda y Rescate" (SAR) relacionado con la Moto Nave Divino Niño (fs. 111).

Se incorporó la nota de fecha 22 de octubre del año en curso donde nos certifica que la motonave "Divino Niño" no consta inscrita en nuestro Registro, adicional nos proporcionan copia autenticada de la Resolución No. 603-04-8-ALCN, donde consta que el 24 de marzo de 1992, la Dirección General Consular y Navas sancionó a la motonave donde viajaba el señor LUIS RIVAS BUENAVENTURA (Capitan del Maicero) y otros, los mismos no portaban documentación alguna que los identificaran, ni certificación que eran propietarios de la embarcación en la que viajaban, ni contaban con los permisos correspondientes para navegar en aguas jurisdiccionales, por lo que se les multo con la suma de cinco mil balboas B/5.000 (fs. 123-125). Por último el Jefe de la División de Narcóticos de la Policía Técnica Judicial nos certifica que nos existe información referente a la embarcación DIVINO NIÑO como perdida (fs. 126).

Puede observarse que el imputado no es la primera vez que ingresa en nuestras aguas jurisdiccionales sin documentación ni permisos correspondientes, lo que nos lleva a determinar que el imputado LUIS ALFONSO RIVAS, tiene como norma entrar y salir de nuestras costas sin la documentación ni los permisos para navegar en mar territorial panameño, hecho que nos llama mucho la atención; ya que las personas dedicadas al transporte de sustancias ilícitas por lo general no cuentan con los documentos ni permisos de navegación requeridos por las autoridades panameñas para navegar en nuestras aguas, utilizando como medio de transporte de sustancias ilícitas embarcaciones ligeras, dotadas de motores de alta velocidad, con las características reflejadas por la nave "EL MAICERO".

Por último se ha incorporado a las presentes sumarias copia autenticada de la sentencia de fecha 21 de octubre de 1994, donde el Juzgado Octavo del Circuito Penal, CONDENÓ al señor LUIS ALFONSO BUENAVENTURA Y HERNANDO HENAO VARGAS, ambos de nacionalidad colombiana, a la pena de SESENTA (60) MESES DE

PRISION, como responsables de la comisión del delito de TRAFICO DE DROGAS, a quienes le fueron incautados cocaína en la cantidad de 10,076 GRAMOS, en los establecimientos del Hotel Marriott de esta ciudad, constatadas que los mismos se dieron a la fuga en el centro de penitenciaro en el cual estaban. (fs. 143-149).

En adición a lo anterior existen elementos indiciarios de capacidad delictual contra el señor LUIS ALFONSO BUENAVENTURA y los demás integrantes de la rapulación como lo son, los informes de Novedad de los señores Captones y Patricados mediante declaraciones juramentada e inculcadas, el peritaje realizado a la embarcación BUENAVENTURA utilizando medios de prueba permitidos por leyes o ordenamiento jurídico mencionado anteriormente; las constancias que han sido incorporadas a la investigación donde se señala al señor LUIS ALFONSO BUENAVENTURA como infractor de Disposiciones Legales Nacionales y Penales, al punto de haber sido procesado y condenado en ausencia por el Delito de Trafico de Drogas, mesando pendiente el cumplimiento de la respectiva sanción.

De lo anterior nos lleva a la conclusión de que la embarcación "EL MAICERO" al ser divisada en el radar el primero (1) de octubre a las 19:29 horas, por el Guarda Costa USCG-725 JARVIS" entre Bahía Puna y Punta Caracoles, la misma introducía droga al territorio nacional, acción esta sancionada por nuestro ordenamiento penal.

B. FUNDAMENTO DE DERECHO:

Artículos: 2148, 2150, 2151 del Código Judicial, Ley 13 de 27 de Julio de 1974.

Con todos estos antecedentes y demás veces procesales que conforman el presente expediente penal, el hecho, que se ha cometido una conducta punible, culpable, dado los indicios presentes, se funda en el supuesto legal que establece los Artículos 2148 y 2151 de nuestro Código Judicial a efecto de que éste Despacho haya sustrado la decisión jurisdiccional de ordenar la detención preventiva de LUIS ALFONSO RIVAS, JESUS PAREDES, NOEL RENTERIA, JOSE NIVE y SALVADOR MINA.

Le informo además, que mediante Oficio No. 11359 de fecha 1 de noviembre del presente año dirigido al Director de la Modelo, ponemos a su disposición a los imputados mencionados anteriormente.

Adjunto al presente informe, el expediente contentivo de 160 fojas útiles de toda la actuación sumarial

que de la Honorable Magistrada, con toda consideración y respeto,

[Handwritten signature]

LICDO. ALVARO SONZALEZ B.
Fiscal en Delitos
Relacionados con Drogas
Encargado



Recibido en la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia, de 19-26

[Handwritten signature]

Secretario General de la Corte Suprema de Justicia
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Nota ANODPM-110-96
Paraná, 30 de diciembre de 1996

Doctor

HUBERTO L. MAS

Director del

Instituto de Medicina Legal

de la Procuraduría General de la

República de Paraguay

Asunción

Con el propósito de resolver una serie de hechos
Corpus que se fundamenta en un examen de laboratorio
examen físico con una máquina TON-SCAN, que arroja
deficiencias de aboga en el cuerpo humano, en cuanto a
objeto que haya estado en contacto con, estas
ambientes, obtener mayor información sobre la
confiabilidad y porcenta

En el presente se apunta mucho la
acción y se afirma que no se
científica de la prueba, pero
que se ha de tener en cuenta
que en el presente se ha
con el presente se ha

De usted,

MIRA E. MORALES
Mag. Lección
Suprema de J. U.

1/66

APÉNDICE III

Por considerar de interes para este Trabajo de graduacion
hemos incluido un interesante Estudio de la Licda Rosalia Correa
llamado Aspecto Fundamentales sobre la Fuente de ADN
FINGERPRINT como nueva Pericia Inmunogenetica en la
Criminalistica y la Filiacion la cual esta reproducida en el
Libro de Jorge Fabrega Ponce denominado Medios de Prueba Edit
Juridica Panameña 1997
Pags 342 a 348

Dr. Eulador Apilla C.

ABOGADO DE LEY

OFIC. VA

AE. C. M.
PEREIRA

DEPER: 233-1
APTDO. POS
Nº 6018, 2004

tipo de embarcación no se encontraron ningún tipo de oficio
nada de los miembros de los miembros del Servicio
Marítimo, tampoco se encontraron nada flotando en el mar, hecho
este que demuestra que los miembros hablan a rad, algún tipo de
a la aguas de haber
flotando según hemos visto por los medios de comunicaciones la
cocaína envueltos en las adhesivas o maquietape que les
darán a bordo de la
4. Fiscalía de Oro fan de inventar pruebas violó
todos los procedimientos constitucionales y legales, así como los
derechos humanos de los mi
inventó los peritos para poseer los mismos realizando este
posteriormente y poniéndole fecha posterior

5. error del JLI
pueden haber vinculación en un este sumario,
inexistente
6. los que practicaron las pruebas conoc tecnología
y su procedimiento, y negaron entonces, mal podría la Distinguida Corte
de Justicia un evaluo no algo que desconoce.

7. No sabemos a hora que el Dr. H TOMAS Dir de
Forense de descom la t de la de Saiga
sobre las máquinas para analizar una ley en esta
científico a las mismas costo sería tan alto para nuestras futuras
genera

antormisión de la Fiscalía de Oro, una admisión una
injusto

libert
CORBUS
arbitrariedad de

FUNDAMENTO LEGAL
Judicia
Panamá

Dr. Eulador Apilla C.
DICCIO. EULADOR APILLA C.

Recibido en la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia el día 20 de mayo de 2012

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ASPECTOS FUNDAMENTALES SOBRE LA PRUEBA DE ADN "FINGERPRINT" COMO NUEVA PERICIA INMUNOGENETICA EN LA CRIMINALÍSTICA Y LA FILIACIÓN

Por Rosarita Correa

I CONSIDERACIONES GENERALES

Uno de los tópicos de mayor controversia en materia probatoria en el derecho comparado actual es el de la admisibilidad en juicio criminal o de filiación de las pruebas de ADN huella de DNA o *fingerprint*

A través de esta prueba se busca identificar a una persona mediante el análisis de su ADN. Como quiera que el ADN de un individuo es irrepetible su análisis nos puede llevar a probar la identidad de un individuo

En materia criminal se utiliza para identificar al delincuente o a la víctima y en materia de filiación determine la paternidad

Sabemos que los procedimientos o técnicas que se utilizan para la realización de estas pruebas están basados en principios fundamentales de la genética humana sin embargo como bien manifiestan RIVERA MELÉNDEZ Y RODRÍGUEZ TRINIDAD lo que puede ser suficiente para el análisis diagnósticos puede no serlo para el análisis forense. No está demás mantener la actitud crítica y meticulosa que caracteriza la gestión legal aun cuando se trate de evidencia científica de grandes posibilidades forenses³⁴

De allí que las jurisdicciones de cada país tienen sus reglas regulaciones y previsiones constitucionales y legales en cuanto a las pruebas científicas. En este sentido procede señalar que nuestro derecho probatorio al consagrar el sistema de *numerus apertus* en la determinación de la prueba permite la realización de la misma. Sin embargo en nuestro país no se cuenta con laboratorios que realicen este tipo de pruebas que como ya hemos visto nos pueden servir básicamente para demostrar lo siguiente

1 Para relacionar un sospechoso de crimen o para exonerar un sospechoso erróneamente acusado en donde la evidencia biológica se encontró en el área

34 RIVERA MELÉNDEZ Rafael RODRÍGUEZ TRINIDAD Angel Perfil Consideraciones Técnico-legal en Revista Forum 1991 Puerto Rico pág 17

2 Para resolver disputa de paternidad inmigración u otro caso civil que requiera de determinen la identidad de un individuo

3 Para identificar restos humanos

II COMENTARIOS RELATIVOS A LA POSIBILIDAD DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DE ADN BAJO LA LEGISLACIÓN ACTUAL

En lo que respecta a nuestro derecho probatorio como hemos señalado consideramos que existe la viabilidad de que se practique la prueba pues nuestro Código Judicial sobre el particular regula la prueba científica en general cuando establece los dictámenes especiales dentro de la práctica de las pruebas periciales. En este sentido el art 968 específicamente num 2 del cuerpo legal bajo estudio hace referencia a pruebas de esta índole cuando señala

Artículo 968 De oficio o a petición de parte el Juez podrá ordenar

2 Exámenes científicos necesarios para verificar las afirmaciones de las partes. Cuando se trata de examinar hematológicamente bacteriológica o de naturaleza análoga sobre la persona debe hacerse con el consentimiento de éstas

En estos casos la prueba de ADN se realiza no sólo con muestra de sangre sino también con pelos cabellos salivas espermia y cualquier otro material orgánico del organismo humano

Vemos pues que estos dictámenes especiales no son más que pruebas periciales que revisten de ciertas particularidades y que deben ser practicados en conjunto con la *Inspectio Corporis* a fin de determinar que las muestras corresponden a quien se dicen deben corresponder

Procede pues anotar que para poder asimilar el resultado vertido por el perito en casos como este el juez debe poseer a nuestro juicio ciertos conocimientos que le permitan entender lo que el perito quiere transmitirle. Una vez que el juez recepte la información dada por el perito con su conocimiento privado podrá llegar al convencimiento de una verdad y estará en la posición de emitir un fallo libre de dudas

Es pues la naturaleza de estos dictámenes la de ser un medio de prueba como cualquier otro que requiere de valoración por parte del juez y de otros elementos probatorios que como veremos más adelante son necesarios en los procesos criminales y de filiación

Por otro lado en lo que respecta a la labor del perito el mismo además de sus conocimientos tendrá que recurrir a las pruebas de laboratorio y lógicamente los resultados que obtenga deben ir reforzados por leyes establecidas por investigadores y científicos

¿Cuál es el recorrido de la práctica idónea de esta prueba? Somos del criterio que el art 968 del C.J mencionado anteriormente es claro, al establecer que las pruebas pueden ser declaradas de oficio por el juez o solicitada por las partes. Sin embargo la misma debe ser producida por encargo del tribunal es decir, que no puede haber sido practicada privadamente y luego aportada al proceso.

En Argentina ocurre en principio igual pues en su Ley 23 511 que crea el Banco Nacional de Datos Genéticos en el art 253 se establece que en las acciones de filiación las pruebas biológicas además de ser ofrecidas por las partes pueden ser dispuestas de oficio por el juez³⁵

Nuestro derecho por su parte, establece que cuando la prueba sea solicitada por la parte, debe aplicarse el art 954 del C.J, relativo a las normas generales en materia de prueba pericial. Por lo tanto, la parte que la aduce debe indicar aquello sobre lo que debe versar el dictamen. En dicho orden, el artículo en mención es del tenor siguiente

Artículo 954 La parte que adujere la prueba pericial debe **indicar el punto o puntos sobre** que ha de **versar** el dictamen de los peritos y expresará en el mismo escrito la persona o personas que designe para desempeñar el cargo. (El subrayado es nuestro)

La práctica de las pruebas biológicas se logra con la misma regulación que existe para la práctica de las pruebas periciales, (arts 960 al 963 del C.J.) Por lo tanto, rigen los siguientes parámetros

- 1) Los peritos personalmente debe estudiar la materia objeto del dictamen
- 2) Están autorizados para solicitar aclaraciones a las partes examinar, etc.
- 3) Podrán realizar cualquier examen que requieran
- 4) Pueden comunicar al juez de cualquier tipo de inconveniente que alguna de las partes ocasione para impedir la práctica de la misma
- 5) El dictamen que rinda debe ser claro y preciso (art 961 C.J)
- 6) Podrán ser examinados y presentados por el juez

35 BOSSERT Gustavo y ZANNONI Eduardo *Manual de Derecho de Familia* 2da edición actualizada Editorial Astrea Buenos Aires 1990 pág 360 361

7) La prueba será practicada dentro de los límites que el juez ordene (art 963 C.J)

8) El examen de los peritos se hará en el día y la hora que señale el juez

9) Según el 962 del C.J el juez podrá ordenar que la prueba se vuelva a practicar, a requiera su ampliación adición o aclaración

Ahora bien en lo que respecta a exámenes científicos el juez según lo establecido en el art 968 del C.J #2 pedirá al perito (en el caso de las pruebas hematológicas a los laboratorios clínicos) que efectúe la extracción o la acción que requiera para tales efectos

Igualmente la prueba que realice el experto deberá ser examinada y se presentará un informe sobre los resultados, el cual deberá contener una conclusión. Sobre este aspecto el art 968 del C.J en su parte pertinente señala que

*Artículo 968 1

2 El informe debe indicar si la identidad de la persona cuya sangre ha sido examinada fue debidamente verificada e indicar el tipo de método utilizado para llevar a cabo el examen

En relación a la valoración de la prueba a nuestro juicio existe en el art 967 del C.J una limitación a la sana crítica del juez, pues lo obliga a tener conocimientos de la prueba en cuestión. La norma en ese orden señala que

Artículo 967 La fuerza del dictamen pericial será estimada por el juez **teniendo en consideración los principios científicos** en que se funde la relación con el material de hecho, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, la competencia de los peritos la uniformidad o disconformidad de sus opiniones y demás pruebas y otros elementos de convicción que ofrezca el proceso³⁶ resaltado es nuestro)

En este sentido podemos inferir que el tribunal debe observar además de los principios científicos los siguientes

• consideraciones sobre las facilidades del laboratorio control de calidad de instrumentos y equipo control de calidad de materiales control ambiental dentro del laboratorio utilización de personal calificado, cumplimiento con los requisitos de licencias y permisos cumplimiento con

36 Es concordante con el artículo 763 del Código de la Familia

guías y estándares utilización de métodos y técnicas con reconocimiento científico realización de pruebas de control dentro del experimento y cumplimiento con normas y protocolos de propio laboratorio 37

Ahora bien en relación al resto del caudal probatorio es necesario tener en cuenta que después del análisis del dictamen, el juez puede tener presente en todo o en parte el mismo examinado los fundamentos y la relación con el resto del caudal probatorio

Por otro lado en lo relativo a la negación del someterse a la prueba el art 968 del CJ a este respecto establece que la renuncia de una parte a someterse a la práctica de una prueba a examen científico haciendo alusión especialmente al hematológico se considera como un indicio en su contra 38 Esta negativa ciertamente hace presumir al juez que existe en la posición contraria pues no se justifica tal actitud máxime cuando se trata del estado de familia de una persona Sin embargo habrá casos en el que se deba aceptar la negativa

III LA PRUEBA DE ADN EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA

En la década de los años ochenta las cortes norteamericanas utilizaban como prueba el HLA para establecer la paternidad por ejemplo Con la llegada de la técnica de ADN *fingerprint* se observa una atención más enfatizada en el uso del ADN que en el HLA Uno de los principales argumentos es que la técnica del HLA puede dar reacciones cruzadas

En el año 1993 la legislatura del Estado de Connecticut Estados Unidos emendó sus estatutos para permitir pruebas de ADN a fin de establecer la paternidad

Se plantea que el propósito de la reforma era autorizar las pruebas de ADN por su confiabilidad sobre las Pruebas de HLA 39

Así, como hemos señalado anteriormente actualmente la huella génica o de ADN, es la prueba biológica más confiable ya que mediante la técnica conocida como DNA *fingerprint* se puede determinar la verdadera huella génica del individuo la cual es única para cada persona De allí que se hable de los poliformismos que no son más que regímenes del ADN que varían de un individuo a otro Estos poliformismos son los que le dan la individualidad al ADN de cada uno de nosotros los humanos

En 1984 el Dr Jeffrey fue quien creó la técnica de *fingerprint* Esta técnica en términos sencillos consiste en extraer de las células la molécula del ADN dando como resultado una especie de Código de Barras (huella génica) la cual está formada por dos bandas individuales una aportada por el padre y otra por la madre

En materia de técnicas para la realización de la prueba de ADN podemos señalar que se han aceptado las técnicas de RFLP (Polimorfismo en la Longitud del Fragmento Restringido) y PCR (Reacción de la Cadena de Polimerasa) La primera el RFLP fue usada inicialmente en los tribunales y tiene como objetivo la medición de fragmentos polimórficos del ADN utilizando otras técnicas por lo que el proceso se hace complicado y complejo para la utilización forense Por su parte la técnica de PCR busca la reproducción del ADN obteniendo copias que permiten el análisis con una muestra menor que la que se requiere para la realización de la otra técnica

Sin embargo vale destacar que los requisitos para la admisibilidad y valoración de la prueba van a depender más que todo del proceso que se trate es decir criminal o de filiación

En este sentido cabe destacar que ha quedado evidenciado que en casos de disputa de la paternidad la prueba de DNA o ADN no ha sido considerada como prueba concluyente ya que hay ausencia de estándares uniformes 40 De allí que las cortes americanas han señalado que en casos como éstos la prueba no es concluyente y deben considerarse además otros factores como la fecha aproximada de la concepción testimonios que demuestren las relaciones sexuales de la pareja y ausencia de elementos que evidencian que otro hombre tenía acceso a la madre durante el período de gestación

Además El análisis de DNA por sí sólo no gana convicciones ni casos de paternidad Necesita de la genética de población Las controversias generadas en torno a las probabilidades estadísticas evidencian que la comunidad científica tiene recelos y discrepancias sobre cómo ocurren ciertos patrones de alelos en varias poblaciones aunque los laboratorios privados insisten en que sus pruebas son confiables y que el alcance de sus bases de datos poblacionales son científicamente válidas 41

Se hace necesario tener presente los patrones de estudios estadísticos de la población genética tal y como se manifestó en el caso R. BABY GIRL S (1988) en donde la Corte norteamericana sostuvo que los resultados del ADN

37 RIVERA MELÉNDEZ Rafael RODRÍGUEZ TRINIDAD Angel Op cit pág 8

38 El artículo 968 del Código Judicial es concordante con el artículo 765 del Código de la Familia

39 Fallo de 13 de junio de 1994 SUPERIOR COURT OF CONNECTICUT JUDICIAL DISTRICT OF LITCH FIELD 3er case LACH V WELCH

40 AMERICAN LAW REPORTS AIR 4th CASES AND ANNOTATIONS Vol 84 Lawyers Cooperative Publishing 1991

41 RIVERA MELÉNDEZ Rafael RODRÍGUEZ TRINIDAD Angel Op cit pág 8

incluyendo las probabilidades estadísticas asociadas en el caso eran admisibles para establecer la paternidad

Igual criterio se estableció en el caso J L K (1989 App) en donde la Corte sentenció que los resultados de las pruebas de DNA el análisis RFLP de la madre el hijo y la del supuesto padre con o también los cálculos estadísticos de la probable paternidad basados en estas pruebas son admisibles para determinar la paternidad "

Otro de los presupuestos en que se utiliza la prueba de ADN es para la identificación de restos esqueléticos cuando por ejemplo se quiere demostrar que las mismas pertenecen a una víctima de asesinato Tal es el caso de una mujer caucásica de 15 años de edad que fue asesinada en 1981 y su cuerpo fue descubierto en 1989 En este caso se pudo demostrar que la víctima era efectivamente la hija de los señores M y F por lo que se tuvo que realizar un estudio de filiación para determinar su identidad "

Finalmente en el caso criminal por abuso sexual (EL ESTADO DE ARIZONA CONTRA DANIEL CHISCHILLY) se dejó claramente establecido que si el acusado o no es la fuente de la evidencia de DNA no es lo mismo si el acusado sea o no culpable de un crimen El acusado puede ser la fuente del DNA en la escena del crimen aunque sea inocente del crimen "

Se deja ver claramente que una cosa es la identificación de la evidencia encontrada en la escena del crimen y otra cosa muy distinta en la investigación criminal que se requiere para llegar a la verdad de los hechos

En conclusión la práctica de modernas pruebas científicas como éstas constituyen un reto para el juez en la medida que para la valoración de la misma hay que tomar en cuenta las normas y procedimientos ya aceptados por la comunidad científica y vigilar que la práctica se dio siguiendo las más estrictas normas exigidas para esta clase de análisis dentro del proceso

42 AMERICAN LAW REPORTS ALR 4th Vol 84 1991

43 HAGFLIBERG Frika and Others Identification of the Skeletal remains of a Murder Victim by DNA Analysis NATURE Vol 352 August 1 1991

44- PROCEDIMIENTO Y LEY CRIMINAL Corte del Distrito de Arizona USA contra Daniel Chischilly

CAPITULO XXII

PRESUNCIONES, INDICIOS Y FICCIONES

GENERALIDADES

El concepto de presunciones es —junto con el de la carga de la prueba estrechamente vinculado a él— uno de los más controvertidos en materia probatoria Existe tanto en la doctrina como en los ordenamientos múltiples posiciones respecto a las presunciones y a los indicios

Conviene partir de ciertos conceptos preliminares

Indicios Es un medio de prueba que consiste en hechos actos o circunstancias que si bien no constituyen en sí objeto del proceso apuntan sugieren o convergen a establecer otros hechos o modalidades (señal, vestigio de otro hecho) que se relacionan o inciden en el objeto del proceso De ahí su carácter indirecto Sirve de base a la presunción judicial (No equivale —como algunos autores sostienen— un signo ya que el indicio no tiene como ocurre respecto al primero en su origen intencionalidad) (En el *common law* se le conoce si bien bajo otra óptica como *circumstantial evidence*) Como ha expresado la Corte Los indicios son hechos conocidos o comprobados que sirven mediante razonamiento e inferencia para establecer la existencia de un hecho desconocido (Juris Revista 10 pág 191)

El Código en algunas ocasiones utiliza la expresión argumentos de prueba (vgr art 201 ord 6) Podrá pensarse que guarda cierta relación con presunciones judiciales o con indicios

Presunción Judicial o *Ad Homines* Inferencia que deduce el Juez de ciertos hechos, actos o situaciones Inferencias logradas de los poderes de razonamiento del Juez fundadas en normas de la experiencia y con una base en