

Perspectiva multidimensional del conflicto penal: de la política criminal a la concreción normativa “la línea invisible”

Serie • Ciencias Penales y Criminológicas • Julio de 2019 • 14

Libro Homenaje a la Profesora
Dra. María Acale Sánchez

Coordinador
Dr. Arnel Medina Cuenca



UNIVERSIDAD DE LA HABANA
FACULTAD DE DERECHO



EDITORIAL
UNIJURIS



Serie indexada en la plataforma jurídica Global vLex.com



Coordinador: Dr. Arnel Medina Cuenca

Edición y corrección: Dr. Arnel Medina Cuenca

Diseño interior y de cubierta: Di. Mario Villalba Gutiérrez

Emplante digital: Dra. Daylín Rodríguez Javiqué

Sobre la presente edición:

© Dr. Arnel Medina Cuenca (Cuba), 2019.

© Editorial UNIJURIS, 2019.

Perspectiva multidimensional del conflicto penal: de la política criminal a la concreción normativa “la línea invisible”

Serie: Ciencias Penales y Criminológicas No. 14, 10 de julio de 2019.

ISBN 978-959-7219-57-6

Unión Nacional de Juristas de Cuba

Sociedad cubana de Ciencias Penales

Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana

Redacción y Administración

Calle 21 No. 552, esq. D, Apartado Postal 4161, Plaza, C.P. 10400,
La Habana, Cuba.

Teléfonos: (53)7832-9680/7832-7562; Email: unjc@unjc.co.cu

Web: www.unjc.co.cu

El contenido del libro no refleja necesariamente los puntos de vista de la Editorial.

Capacidad probatoria de la prueba pericial criminalística en el nuevo proceso penal acusatorio

DR. RODOLFO FERNÁNDEZ ROMO*

DR. JUAN ANTONIO PEÑA AGUIRRE**

Sumario

1. Introducción
2. Admisibilidad de la prueba pericial
3. Trascendencia de la prueba pericial criminalística en la actividad probatoria en el proceso penal
4. Valoración de la prueba pericial criminalística en el proceso penal
5. Conclusiones

1. Introducción

En la actividad probatoria de los procesos penales de corte acusatorio que se desarrollan en la actualidad en la República del Ecuador juega un papel esencial lo la prueba pericial criminalística¹, la que exhibe constante presencia en los juicios orales, entre otras razones, porque en la medida que el desarrollo científico técnico de la sociedad propicia nuevas y sofisticadas formas de ejecución delictivas, se crean también nuevos métodos científicos de descubrimiento, revelación, fijación y

* Dr. Rodolfo Fernández Romo, profesor Titular de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. rodolfo@lex.uh.cu

** Dr. Juan Peña Aguirre, docente titular de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca, Ecuador. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. documentologiacuena@hotmail.com

¹ CLARÍA OLMEDO, Jorge A. Derecho Procesal Penal, Tomo II, Rubinzal - Culzoni editores, Santa Fe, s/f, p. 347. *“Si bien es cierto que la pericia es un medio de prueba más, también es real que el carácter técnico que actualmente informa al proceso penal ha contribuido a jerarquizar la pericia, siendo cada vez mayor su importancia, no solamente por la evolución de la tecnología, sino también porque los magistrados deben apoyarse cada vez más en conocimientos y procedimientos de rigor científico, que escapan a su función natural, precisando de estos colaboradores o auxiliares de la justicia”.*

obtención de evidencias para intentar dar respuesta legal a la necesidad de mantener la criminalidad en límites admisibles en cualquier Estado de Derecho, lo que presupone la realización de una investigación penal de conformidad con las exigencias propias de un debido proceso penal.

Cuando se hace alusión a la prueba pericial criminalística, se concreta al resultado investigativo que alcanzan los peritos criminalistas en la inspección y estudio de escena del crimen donde se obtienen evidencias que facilitan el proceso de identificación criminal que permiten emitir un peritaje, informe o dictamen, que puede ser validado como prueba lícita en el acto del juicio oral, y para ello se auxilian de las diversas especialidades que en este orden ha desarrollado la ciencia criminalística, como la documentología, grafología, dactiloscopia, balística judicial, trazología, biología, entre otras; de lo que se excluyen los peritajes medico legales o forenses de otra índole como los psiquiátricos, psicológicos, etc.

El debate doctrinal en torno a la prueba pericial criminalística no se centra únicamente en el contenido probatorio que aporta la pericia al hecho concreto, sino sobre su condición de medio de prueba, como institución jurídica del derecho procesal con una finalidad específica dentro del proceso, no obstante a que el nudo gordiano sobre su certidumbre se sustente en la imposibilidad real del juez que como simple mortal sea capaz de dominar todo el conocimiento científico práctico que se alcanza y renueva constantemente con el desarrollo de la humanidad, para lo cual indefectiblemente ha de auxiliarse en la figura del perito criminalista.

Con estos presupuestos, es laudable que el juez, como experto del derecho y portador de una cultura general integral, pero no de otras actividades propias del ilimitado conocimiento científico o práctico, e incluso de determinada profesión que demande conocimientos especializados, tenga la posibilidad de escuchar a quienes poseen los conocimientos, habilidades o experiencias en esas áreas del conocimiento humano, el perito criminalista.

Por la importancia que la prueba pericial criminalística asume a diario en la investigación de presuntas actividades delictivas y su uso frecuente como sustento de la acusación y en su caso, como fundamento de una estrategia de defensa técnica, constituye una polémica institución, resultando poco probable encontrar acuerdo en torno a sus particularidades que la hacen única.

2. Admisibilidad de la prueba pericial

La admisibilidad de la prueba pericial plantea, fundamentalmente, dos cuestiones. La primera, si el juez puede prescindir del dictamen

pericial cuando posee conocimientos técnicos; y la segunda, los parámetros que conforman el juicio de pertinencia.

Aun cuando cierto sector doctrinal estiman que el dictamen pericial es inútil cuando el juez posee conocimientos científicos, se coincide con la doctrina mayoritaria, que el conocimiento privado del juez no constituye obstáculo para la admisibilidad de la prueba pericial, antes bien al contrario, permitirá su mejor valoración, puesto que si el juez posee privadamente los conocimientos técnicos proporcionados por el perito, se encontrará en inmejorables condiciones para realizar una labor crítica del dictamen pericial.

El juez no está obligado a tener conocimientos especializados, lo cual no implica que los conocimientos del perito no pueda tenerlos el órgano judicial, ni tampoco que éste no pueda adquirirlos por sí mismo y los utilice.

La admisibilidad de la prueba pericial debe efectuarse sobre la base de parámetros objetivos, prescindiendo del conocimiento personal del juez, tanto más cuanto el juez que admite la prueba puede ser distinto que el juez que dicte la sentencia (por motivos de traslado, recusación o jubilación) y, en todo caso, será siempre distinto que el juez de segunda instancia.

Por otra parte, y desde la perspectiva de las partes, y en un proceso regido por el principio dispositivo y de aportación de parte, integra el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes el derecho a la proposición y a la admisión de la prueba pericial cuando sean necesarios conocimientos especializados, sin tener que esperar a que los conocimientos particulares del juez sustituyan dicha actividad.

El juicio de pertinencia de la prueba pericial viene conformado por un triple parámetro, que siguiendo a SERRA DOMÍNGUEZ², lo constituyen:

- 1º) Que los extremos del dictamen pericial sean de carácter técnico;
- 2º) Que los extremos del dictamen guarden relación con los hechos controvertidos;
- 3º) Que los extremos del dictamen no hayan sido admitidos por las partes.

El carácter técnico, constituye un parámetro específico de la prueba pericial; mientras que la pertinencia y la ausencia de conformidad constituyen criterios generales de admisión de la prueba.

² SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. "De la prueba de peritos". En: *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales*, Albaladejo, M. (dir.), t.XVI, vol.2º, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1991, p. 538.

También sobre la pertinencia de los dictámenes de designación judicial referida a la solicitud por las partes en los escritos de alegaciones y al doble parámetro de la pertinencia y la utilidad, se ha asumido doctrinalmente que cuando el actor o demandado lo hayan solicitado en los escritos de alegaciones el tribunal procederá a la designación, siempre que considere pertinente y útil el dictamen pericial solicitado.

El juicio de pertinencia variará en función que se trate de una pericial de parte o de designación judicial. La pericial de parte no está sujeta a rogación y su admisión se produce, sin necesidad de pronunciamiento expreso, con el auto de admisión de la prueba, del mismo modo como acontece con los documentos fundamentales. Ahora bien, será innecesaria en la medida que no verse sobre aspectos técnicos, contenga conclusiones jurídicas o verse sobre hechos tan simples que no precisen conocimientos técnicos o prácticos.

También se ha postulado la devolución del dictamen pericial al aportante por motivos formales, tales como la falta de idoneidad técnica o científica del perito, la falta de juramento, aun cuando probablemente el primer supuesto no afecta tanto a la admisibilidad cuanto a la valoración del dictamen y los otros dos supuestos se trataría más bien de exigencias subsanables.

Por el contrario, la pericial de designación judicial está sujeta a la rogación, solicitud por las partes en los escritos de alegaciones y al juicio de pertinencia, necesidad de conocimientos especializados y de utilidad, suficiencia o insuficiencia de los dictámenes inicialmente aportados.

Será innecesaria cuando a partir de los dictámenes aportados con los escritos de alegaciones, y en un enjuiciamiento *prima facie*, el juez considere que existe una dosis probatoria suficiente.

3. Trascendencia de la prueba pericial criminalística en la actividad probatoria en el proceso penal

La actividad probatoria está muy relacionada con la naturaleza jurídica procesal de la prueba, porque está conformada por actos procesales, que incluye actos de recolección de las fuentes de prueba, actos de proposición o postulación, de admisión, de conformación y de práctica de medios de prueba, así como de valoración del material probatorio.

De conformidad con el criterio de PAULINO MORA³ la actividad probatoria se realiza en tres momentos distintos: producción, recepción

³ MORA MORA, Luis Paulino. "La prueba en el código procesal penal tipo para América Latina", Ciencias Penales. En: *Revista de la asociación de Ciencias Penales de*

y valuación. El primer momento comprende el ofrecimiento de la prueba e incluye el problema relativo a la iniciativa del juzgador; el segundo, se refiere al momento en que la prueba ingresa al proceso, cuando el juzgador toma conocimiento del medio de prueba; y el tercero, a la actividad desplegada por el Tribunal para analizar la prueba y darle un valor, con base en el cual sustenta sus decisiones.

Los actos procesales que integran la actividad probatoria están conformados por el elemento interno y el externo. El primero está conformado por lo intelectual – volitivo, que viene referido a la convergencia del conocimiento y la voluntad en la realización del acto; por la libertad de acción, en compatibilidad con la coacción lícita requerida para su dirección y disciplina; y por la finalidad, es decir, el propósito pertinente, idóneo y útil.

El elemento externo se refiere a la formalidad o juricidad de la disciplina requerida para que surta validez y eficacia, y se expresa fundamentalmente a través de los requisitos de lugar, tiempo y forma; estos últimos son los que suelen aparecer positivizados o normados en las leyes de trámites penales con la consecuente distinción entre actos de investigación y actos de prueba, por lo que permite su conocimiento previo a los sujetos que intervienen en esta actividad.⁴

Las formalidades procesales de la prueba se dividen en:

- Formalidades vinculantes no subsanables, que son aquellas de cumplimiento inexcusable e imperativo cuyo quebrantamiento conlleva la inexistencia, la inadmisibilidad o la invalidación del acto.
- Formalidades vinculantes subsanables, es decir, de observancia debida y necesaria, pero su infracción admite perfeccionamiento, corrección o repetición.
- Formalidades no vinculadas o de libre elección, que son aquellas que se deja a los sujetos procesales la libertad de optar por la forma que estimen más apropiada al caso o situación procesal en particular.⁵

Las limitaciones provienen del ordenamiento jurídico, comenzando por los Derechos Fundamentales que se recogen en las Constituciones

Costa Rica, julio 1993 año, N°. 5. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/revista1f.htm>. Fecha de consulta: 22/ 03/2018, p. 2.

⁴ ARRANZ CASTILLERO, Vicente Julio. ARRANZ CASTILLERO, Vicente Julio. Cuestiones Teóricas Generales sobre la Prueba en el Proceso Penal Cubano, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho Universidad de la Habana, Ciudad de la Habana, Cuba, 2004. p.104.

⁵ *Ibidem*. p. 106.

Políticas y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por gran cantidad de países, que establece las condiciones de admisibilidad (oportunidad y pertinencia), regula el procedimiento para introducir las pruebas al proceso, establece las limitaciones y las prohibiciones relativas a la valoración de la prueba, dando lugar a las garantías, cuyo objetivo principal lo constituye el respeto a los derechos básicos de los ciudadanos como límite de la coactividad que caracteriza la investigación en el proceso penal.⁶

Las limitaciones en general se clasifican en absolutas y relativas. Las limitaciones absolutas son aquellas en que la ley no permite que se investiguen determinados objetos de prueba. En estos supuestos la ley prohíbe el objeto sobre el que trata la prueba. Las limitaciones relativas son las que no permiten confirmar un objeto de prueba acudiendo a determinados medios de prueba, o también cuando se limita la posibilidad de probar a ciertos medios de prueba.

Una segunda clasificación, abarca las prohibiciones o limitaciones relativas a la producción o la práctica de la prueba, y las relativas al aprovechamiento o valoración de la prueba.

Las limitaciones relativas a la producción o la práctica de la prueba se componen de cuatro subgrupos:

- Las limitaciones que prohíben un concreto tema como objeto de prueba. Esto ocurre al protegerse los secretos particulares u oficiales, los cuales no pueden ser objeto de prueba, por lo que las materias comprendidas en estas categorías quedan excluidas de cualquier declaración sobre las mismas.⁷
- Las limitaciones referidas a la imposibilidad de utilizar ciertos medios de prueba. En protección de otros intereses que se estiman superiores.⁸
- Las limitaciones sobre el empleo de determinados métodos de prueba. La prohibición no recae en esta sub-categoría en el medio de prueba, él está permitido, no así el modo de llevarlo a cabo, es decir, la forma de practicarla. Se basa en la exclusión de prácticas lesivas a los bienes y valores humanos fundamentales (la vida, la salud, la dignidad, etc.)⁹

⁶ MORA MORA, Luis Paulino. Ob. Cit., p.4.

⁷ ARRANZ CASTILLERO, Vicente Julio. Ob. Cit., p.105.

⁸ MORA MORA, Luis Paulino. Ob. Cit., p.9.

⁹ ARRANZ CASTILLERO, Vicente Julio., Ob. Cit., p.106.

- Las limitaciones que establecen prohibiciones de carácter relativo, pues aunque el Derecho Procesal penal moderno se basa en el principio de libertad de la prueba, ello no quiere decir que la búsqueda y obtención de la verdad quede liberada del cumplimiento de ciertas formalidades, reglas, requisitos, oportunidad y condiciones establecidas en las leyes procesales, con el propósito de dotar a esta actividad de un mínimo de orden y garantía.¹⁰
- Las limitaciones o prohibiciones referidas al aprovechamiento de la Prueba, que se refiere a las reglas que establecen un procedimiento para practicar e incorporar las pruebas, puesto que si no se cumplen esos requisitos estaríamos frente a pruebas ilegales o al menos irregulares, las que en algunos casos imposibilitan al tribunal para que le asigne un valor, por no haberse cumplido con el procedimiento.¹¹

4. Valoración de la prueba pericial criminalística en el proceso penal

La libre valoración de la prueba sostiene como norma general relativa a los medios de pruebas su libre admisión, o sea, que las partes podrán probar los hechos que aleguen por cualquier medio de los previstos como tal por ley, a saber, mediante documentales, examen de testigos, careos entre estos y entre estos y acusados si a ello se prestaren, informes periciales e inspección del lugar de los hechos, etc.¹²

La actividad probatoria, lógicamente, debe ir más allá de la declaración del acusado, cuyo sólo mérito impide condenarlo, y debe ser suficiente para conseguir que el Tribunal que conoció la acusación, más allá de toda duda razonable, se cree la convicción de lo realmente acontecido. Pero que la valoración de la prueba sea libre no significa que sea arbitraria, sino todo lo contrario, ha de motivarse conforme a derecho, tomando en consideración reglas que *garanticen racionalidad, razonabilidad, coherencia y corrección lógica*.¹³

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ MORA MORA, LUIS Paulino. Ob. Cit., p.10.

¹² MAIER Julio B. Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires. Argentina, 1996. p. 858. CAFFERATA NORES, José Ignacio. Introducción al Derecho Procesal Penal. Editora Marcos Lerner, Córdoba, Argentina, 1994. p. 142.

¹³ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. La motivación de las sentencias: Sus exigencias Constitucionales y Legales, Tiran lo Blanch, Valencia, España, 2003, p. 208. ESTRELLA RUIZ, Manuel. La motivación de la sentencia penal. Biblioteca Virtual del Derecho Judicial. Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial de España. Red Iberoamericana de Información Judicial. Ediciones 2004, p. 3.

Son los jueces los encargados de valorar la prueba pericial como una prueba; ya que la labor de apreciación de las pruebas, integradas en la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado se encomienda con exclusividad al órgano jurisdiccional, sin que las partes litigantes tengan reconocida intervención alguna en la referida labor.

Lo anterior no quiere decir que el juzgador se encuentra vinculado por el contenido y sentido del dictamen pericial o la deposición del perito, lo que presupone que al igual que para el resto de los medios de pruebas, a la hora de decidir si fundamenta o no su fallo en él, sólo tiene como límite a la libertad de esta decisión las reglas de la sana crítica.

Una de las cuestiones más debatidas entre la doctrina, en torno a la valoración de la prueba pericial, es la relativa a la posibilidad real y efectiva que puede reconocerse al órgano judicial en la valoración del dictamen; ya que si el dictamen pericial es solicitado por el órgano jurisdiccional, ante la necesidad de conocimientos especializados para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, se muestra contradictorio que el juzgador posteriormente pueda valorarlo, apartándose de las conclusiones del dictamen.

Para un sector de la doctrina, no cabe apreciar contradicción alguna entre la necesidad de conocimientos especializados y la posibilidad de valorar críticamente el dictamen¹⁴; pues como señala FONT SERRA «*nada impide que el tribunal valore el contenido de los dictámenes periciales, aunque carezca de conocimientos específicos para emitirlos. Sostener la imposibilidad de que el tribunal valore los dictámenes periciales emitidos en el proceso, carece, a nuestro entender, de fundamentos sólidos. Aunque un dictamen pueda tener una enorme complejidad, sus razonamientos podrán ser siempre objeto de valoración por el tribunal, sin que deba sujetarse al mismo*».¹⁵

Como primer argumento en defensa de esta tesis, se esgrime el supuesto de que concurran en el proceso varios dictámenes sobre el mismo extremo controvertido, y cuando éstos muestren contradicción entre sí, no es posible la vinculación judicial a los distintos dictámenes emitidos por los peritos¹⁶.

¹⁴ GÓMEZ COLOMER, Ignacio. Ob. Cit., p.315. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio con HERCER QUEMADA, Vicente. Derecho Procesal Penal, Editorial Madrid, Madrid, España, 1946. p.345.

¹⁵ FONT SERRA, Eduardo. El Dictamen de Peritos y el Reconocimiento Judicial en el Proceso Civil. Editorial: Las Rozas, Madrid: La Ley. Serie: Colección Ley de enjuiciamiento civil 2000, Madrid. p.183.

¹⁶ *Idem*, p. 217.

Por otra parte, también se viene manteniendo de forma reiterada que aunque el juzgador no posea las nociones precisas para verificar por sí mismo las operaciones periciales, éste siempre tiene conocimientos para enjuiciar la corrección de sus resultados¹⁷, ya que como señala DE LA OLIVA¹⁸ «no sólo la posesión de una buena información jurídica, sino también una personalidad humana madura, con los debidos ingredientes de prudencia y sentido crítico, que permiten extraer de aportaciones ajenas es lo que sirve para la propia función de juzgar».

De acuerdo con las consideraciones expuestas, se concluye que el juzgador ha de ser considerado un *perito peritorum*, es decir, un perito por excelencia, en orden a la función de juzgar, después de haber valorado todas las pruebas practicadas, sin sometimiento necesario a la opinión del perito, debiendo ser su sentido humano lo que predomine por encima de toda técnica o especialización que haya sido introducida en el proceso¹⁹.

Otro sector de la doctrina²⁰, en cambio, ha defendido la conveniencia de que con base en la contradicción inicialmente indicada, el juez debe quedar vinculado por el dictamen pericial; para los defensores de esta tesis, resulta paradójico que en las cuestiones técnicas sirva el libre convencimiento del juez, ya que cuando no se trate de mera insuficiencia de la peritación, éste no está en condiciones de valorar su corrección sustancial, pues le faltan conocimientos técnicos adecuados.

El establecer la independencia del órgano jurisdiccional frente al dictamen del perito, conlleva a desautorizar el trabajo realizado por el experto y, contradice los fines de esta prueba. En este sentido, CARNELUTTI²¹ afirma que «la discrecionalidad del juez termina en la apreciación

¹⁷ DE MIGUEL Y ALONSO, Carlos. "La cientificidad de la prueba pericial y la libertad de apreciación del juzgador en el proceso civil español". En: *Revista de Derecho privado* N° 1, año 1972, p. 81, afirma que "no es lo mismo no saber hacer lo que hace el perito, que apreciar luego sus argumentos, puesto que el que no sabe hacer una cosa, puede, sin embargo, criticarla".

¹⁸ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 341.

¹⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo II, Buenos Aires, 1988, p. 348.

²⁰ CARNELUTTI, Francesco. "Pruebas civiles y penales". En: *Estudios de Derecho Procesal*, (Trad. Sentis Melendo), Tomo II, Ejea, Buenos Aires, 1952, p. 122; FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*, (Trad. Prieto Castro), Librería Bosch, Barcelona, 1934, p. 377.

²¹ CARNELUTTI, Francesco. "Poderes y deberes del Juez en tema de pericia". En: *Estudios de Derecho Procesal*, (Trad. Sentis Melendo), Tomo II, Ejea, Buenos Aires, 1952, p. 152.

de la utilidad o de la conveniencia del medio de prueba; una vez reconocida ésta, cesa la discrecionalidad y aparece la obligatoriedad»; para estos autores, el perito es un juez de la cuestión técnica, por tanto, él es el único que la discute y decide.

Otros autores sin llegar a manifestar abiertamente y con carácter general, la vinculación del juzgador al dictamen pericial, tal y como señala SERRA DOMÍNGUEZ²² «que el peligro de sumisión del juez al dictamen pericial, es tanto mayor cuanto más complejas sean las operaciones periciales y es inversamente proporcional, a la intervención del juez en el transcurso de la pericia».

En el sistema de enjuiciamiento acusatorio, resulta imperativo sujetar la valoración de la prueba pericial, a las denominadas reglas de la sana crítica; de esta manera, que el órgano jurisdiccional valore libremente la prueba pericial, también quiere decir que, en su apreciación del dictamen, únicamente se halla limitado por las mencionadas reglas.

Atendiendo a los textos legales, no podemos encontrar una definición de qué cabe entender por reglas de la sana crítica, ya que no se encuentran recogidas en ningún precepto legal²³. Sin embargo, esto no ha impedido que la doctrina haya realizado un gran esfuerzo para definir estas reglas, ya que las mismas, al inspirar la apreciación de distintos medios probatorios, ostentan una gran relevancia.

Las reglas de la sana crítica no son reglas legales ni tasadas, sino normas no exclusivas de los jueces y magistrados, sino normas comunes a todo ser humano, basadas en la razón, la lógica, en definitiva, a las máximas de la experiencia²⁴.

En la jurisprudencia, también se han vertido disimiles opiniones al respecto, identificándose con las más elementales directrices de la lógica humana; con normas racionales; con el sentido común; con las normas

²² SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", En: *Revista de Derecho privado*, Tomo XVI, Vol. 2, Madrid, 1991, p. 534.

²³ ARCE GUTIÉRREZ, Héctor Mauricio. "La sana crítica como sistema de valoración de la prueba en un nuevo Código Procesal Civil de El Salvador". En: *Revista de Derecho privado*, N° 2-3, año 1975, p. 343.

²⁴ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. "Reglas de la sana crítica y casación, En: *Revista de Derecho privado*, núm. 1, año 1991, p. 14; MUÑOZ SABATÉ, LUÍS. "LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y SU IMPUGNACIÓN TRAS LA REFORMA DEL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL", En: *La Ley*, N° 3355, septiembre, 1993, p. 1013; FONT SERRA, Eduardo. "Contribución al estudio de la prueba por medio del dictamen de peritos en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil". En: *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, (Coord. Jiménez Conde), Consejería de Presidencia, Murcia, 1997, p. 271.

de la lógica elemental o las reglas comunes de la experiencia humana; con máximas de experiencia no codificadas; con el logos de lo razonable; con el criterio humano; el razonamiento lógico; con la lógica plena; con el criterio lógico; o con el raciocinio humano.

Si bien no son pocos los significados que se vienen atribuyendo a los términos reglas de la sana crítica, lo cierto es que, en los distintos conceptos emanados de la doctrina y la jurisprudencia, existe siempre una referencia expresa o velada a uno al menos de estos tres elementos: principio, lógica y experiencia.

En este sentido, con relación al primero de ellos, las reglas de la sana crítica son ante todo reglas, es decir, principios, axiomas, máximas, directrices, razones que deben servir de medida a las que ajustar el razonamiento.²⁵ Por lo demás, la expresión que integra la sana crítica ha de entenderse referida a la lógica y a la experiencia. Estas reglas se componen: por una parte, de principios lógicos; y por otra, de máximas generales nacidas de la experiencia común²⁶.

Una vez definidos los principios lógicos, como una especie de guías que rigen la marcha del pensamiento, determinando su estructura y garantizando su verdad formal, en el caso de la valoración del dictamen pericial, éstos deben entenderse como exhortación al tribunal al razonamiento lógico, que comporta que el encadenamiento de juicios que se realicen sean los que cabe justificar de acuerdo con sus antecedentes.

Algunos autores²⁷ se han encargado de concretar aquellos principios de la lógica que no podrán ser desatendidos por el juzgador. Entre los que se advierten, el principio de identidad (una cosa sólo puede ser igual a sí misma); el principio de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí); el principio de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia).

También se identifica como principios de la lógica a atender por el juez, el principio de tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser

²⁵ FONT SERRA, Eduardo. Ob. Cit., p.187.

²⁶ COUTURE, afirma que *“las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas”*. Vid. COUTURE, Eduardo J., Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 270.

²⁷ EISNER, Isidoro. La prueba en el proceso civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 103.

explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes), se manifiestan en la valoración, exigiendo al órgano jurisdiccional el mantenimiento de la invariabilidad de los hechos contenidos en el dictamen, la omisión de juicios contradictorios, la exclusión de un tercer género entre la verdad y la falsedad de ciertas proposiciones y el razonamiento de cada uno de los juicios que emite, tratando de hacer visible la razón o la verdad que sustenta los mismos.

Referente a las máximas de la experiencia como segundo de los componentes de las reglas de la sana crítica, es posible definir las como aquellos postulados o principios abstractos que, derivados de la experiencia, han surgido, por aplicación de las normas de la lógica, a través de una labor de inducción²⁸. De este modo, se trata de la utilización de razonamientos de la experiencia, independientes y no vinculados a los casos concretos de cuya observación se han inducido, y por ello válidos para todos²⁹.

Establecido un concepto de reglas de la sana crítica, como resultado de aunar los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, se hace preciso delimitar, como característica esencial de las mismas, la función que están llamadas a cumplir en la valoración de la prueba del dictamen de peritos.

Con relación a ello un sector de la doctrina se ha llegado a plantear si la sana crítica es un sistema autónomo de valoración que comporta algún tipo de limitación a la tradicional libertad del juzgador para la apreciación de las pruebas, cuando el legislador no lo somete a reglas legales; para lo cual se ha sostenido que la sana crítica es un sistema intermedio³⁰ entre el sistema de valoración legal y el sistema de valoración libre, en el que la valoración de la prueba no está sujeta a criterios legales, pero ha de abandonarse a la total discrecionalidad del órgano jurisdiccional.

²⁸ GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro María. La peritación como medio de prueba Aranzadi, Pamplona, 1999., p. 268.

²⁹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. "Contenido, naturaleza y técnica de la valoración de la prueba judicial". En: *Revista de Derecho Privado*, N° 1, año 1966, al señalar que "las reglas de la sana crítica son la especie de las máximas de experiencia que se emplean para la valoración de la prueba".

³⁰ COUTURE, Eduardo J., Ob. Cit., p. 270; DE MIGUEL Y ALONSO, Carlos. "La cientificidad de la prueba pericial...", Ob. Cit., p. 83.

COUTURE³¹, fundamental defensor de esta concepción, considera que las reglas de la sana crítica constituyen una combinación de los criterios lógicos y de las máximas de la experiencia que debe utilizar el juzgador para apreciar la prueba; a su criterio, el órgano jurisdiccional cuando debe decidir con arreglo a las reglas de la sana crítica, no es libre de razonar a su voluntad, discrecionalmente, o arbitrariamente. Esta manera de actuar no será sana crítica, sino libre convicción.

La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar preceptos de higiene mental, tendentes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento. Sostiene el mencionado autor³², que la distinción entre el sistema de la sana crítica y los de prueba legal y prueba libre es clara; en el sistema de prueba legal, el legislador viene a decirle al juez: tú aprecias la prueba según criterios legales reglados.

En el de la libre convicción le dice: tú aprecias la prueba, como te parezca oportuno, ateniéndote a la prueba, sin atenerte o aun en contra. Pero, en el sistema de valoración según las reglas de la sana crítica, luego de haberse dado facultades para completar el material probatorio suministrado por las partes, le dice: tú aprecias la prueba como tu inteligencia te lo indique, razonando de acuerdo con la experiencia y la ciencia que puedan darte los peritos.

Para otro sector de la doctrina³³, por el contrario, la valoración de la prueba según las reglas de la sana crítica no puede constituir un sistema distinto del de la prueba libre, pues al indicar la norma al juzgador que valore según estas reglas, sólo le está exhortando a que utilice libremente los instrumentos del recto raciocinio para la apreciación de la prueba; tal y como señala GARCÍANDÍA GONZÁLEZ,³⁴ cuando refiere: «*nos hallamos ante un instrumento o un modo que responde a la pregunta de cómo ha de llevarse a cabo la valoración del dictamen, y que, por tanto, constituye tan sólo un medio al servicio de la convicción judicial, único fin al que las reglas de la sana crítica van dirigidas*».

Por ello, se debe admitir que las reglas de la sana crítica no son un concepto cualitativamente distinto de la libre apreciación de la prueba, y han de categorizarse como entidades en relación de igualdad; pero, la

³¹ COUTURE, Eduardo J., Ob. Cit., p. 270.

³² *Ibidem*.

³³ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, "Contribución al estudio de la prueba". En. *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 362.

³⁴ GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro María. La peritación como medio de prueba..., Ob. Cit., p. 269.

libertad en la apreciación de las pruebas no debe confundirse con arbitrariedad o estimación ilógica o irracional de las mismas, de ahí la función limitadora que las reglas de la sana crítica tienen en la valoración del dictamen, que deberá ser lógica y de sentido común³⁵.

En segundo lugar, la referencia a las reglas de la sana crítica no debe entenderse como una vinculación legalmente establecida del juzgador a ciertas pautas o criterios, pues, de ser así, nos encontraríamos con una prueba de valoración legal, lo cual no puede ser admitido, ya que, si entendiéramos que el órgano jurisdiccional está obligado, en la apreciación que haga de las pruebas, a lo establecido en el dictamen pericial, difícilmente podría éste decidir en base a la prueba practicada si se encontrara con dictámenes periciales que lleguen a conclusiones contradictorias, como puede ocurrir en la práctica diaria.

Por lo expuesto anteriormente, el juez debe motivar o explicar en su resolución por qué ha tomado una decisión contraria a la que se deriva del dictamen pericial presentado, de la opinión mayoritaria, o de cuáles han sido las razones que le llevaron a seguir uno de ellos prescindiendo del resto.

El órgano jurisdiccional no está obligado a seguir el dictamen pericial, ya que, de lo contrario, nos encontraríamos ante una prueba legal o tasada y no de libre valoración, pero esto no le exime, cuando se aparte del dictamen pericial de la obligación de ser especialmente cuidadoso, en exponer o motivar sus razones para no aceptar las conclusiones del perito.

Esta exigencia de motivación de la valoración realizada tendrá especial importancia, en aquellos supuestos en los que el juzgador dicte sentencia en contra de lo reflejado en el dictamen pericial, sobre todo, cuando ésta sea la única prueba obrante en autos.

Aplicando las reglas de la sana crítica, el juez, al valorar la prueba por medio del dictamen de peritos, deberá tener en consideración, a efectos de la motivación, entre otras, las siguientes cuestiones:

- Los razonamientos que contengan los dictámenes, y los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos, pudiendo no aceptar el resultado de un dictamen, aceptarlo, aceptarlo sólo parcialmente, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundado que otro.

³⁵ SENTIS MELENDO, Santiago. "Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil", en RDPI, núm. 4, año 1967, p. 622; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. "El Anteproyecto de bases para el Código Civil de 1966", en Temas del Ordenamiento Procesal, Tomo II, Edersa, Madrid, 1969, p. 705. MONTERO AROCA, Juan. "Los principios informadores del proceso civil en el marco de la Constitución". En: *Trabajos de Derecho Procesal*. Bosch, Barcelona, 1988, p. 249.

- No es un elemento, sin embargo, determinante el número de peritos que confirman su opinión, sino la fundamentación de la misma, de modo que no es criterio superior la opinión compartida por un mayor número de técnicos que la mantenida por uno sólo.
- Tampoco será determinante a efectos de una mayor fuerza probatoria la calidad de los peritos, su título superior, ya que el elemento determinante será el razonamiento que se contiene en el dictamen y la calidad del mismo.
- Deberá, también, tener en cuenta el tribunal las conclusiones conformes y mayoritarias que resulten, tanto de los dictámenes emitidos por peritos designados por las partes, como de los dictámenes emitidos por peritos designados por el tribunal, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes.

Otro factor a tener en consideración por el juzgador, deberá ser el examen de las operaciones periciales que se han llevado a cabo por los peritos que hayan intervenido en el proceso, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten sus dictámenes. Si ha sido elemento determinante para el órgano jurisdiccional, las circunstancias que hacen presumir una mayor objetividad en la prueba.

5. Conclusiones

La prueba pericial criminalística, por su tradicional contenido probatorio en el ámbito del proceso penal es objeto de constante estudio, si se valora que los dictámenes periciales criminalísticos como juicios de valor sustentados en el conocimiento de una técnica o ciencia en particular, como la física, la química, la biología, la matemática, la informática, etc., se corresponden también con el grado de desarrollo alcanzado por la ciencia en cuestión y la sociedad misma, lo que permite cuestionar a nivel de conciencia social su efectividad, a lo cual no escapa el derecho penal y sus operadores como sujetos encargados de sistematizarlo en la teoría tomando como referente la práctica investigativa.

La actuación primaria del perito criminalista en la etapa investigativa del modelo de enjuiciamiento penal acusatorio, además de respaldar la conformación del objeto del proceso y permitir a las partes la preparación de las tesis o posiciones que asumirán durante el debate penal, adquiere una condición mutable en la medida que el proceso avanza, en esta primera etapa, constituye un acto de prueba que se introduce al juicio oral a través de los medios de prueba que prevé la ley, como documental o pericial propiamente dicha, que se erige en prueba, siempre que se practique en el juicio oral, con respeto de las garantías requeridas de publicidad, contradicción, intermediación, etc.



María Acale Sánchez es licenciada en Derecho desde 1991, por la Universidad de Cádiz. Realizó el primer Programa de Doctorado organizado por el Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología sobre "Derecho Penal y Criminología", entre 1991 y 1993 y se doctoró en 1997 con el trabajo "Protección penal de suelos y lugares frente a las agresiones urbanísticas" por la que obtuvo la máxima calificación de *apto cum laude* por unanimidad.

El Libro Homenaje a la Catedrática de la Universidad de Cádiz, que la Editorial UNIJURIS de la Unión Nacional de Juristas de Cuba pone a la consideración de los lectores, en el No. 14 de la Serie Ciencias Penales y Criminológicas incluye 26 artículos, con 32 autores de nueve países, España, con 17, Argentina cuatro, Cuba tres, México dos, Colombia dos, y uno de Perú, Ecuador, Uruguay y Angola.

ISBN 978-959-7219-57-6



9 789597 219576