

Jorge **Walter** Peyrano^(*)

Sobre la **prueba científica**

«LA VERDAD DE UN TIEMPO ES EL ERROR DE OTRO».

MONTESQUIEU

Se trata de un tema bastante transitado en los certámenes científicos procesales nacionales. Fue objeto de atención en el XII Congreso Argentino de Derecho Procesal (Rosario, 1983), en el XVIII (Santa Fe, 1995) y lo será ahora, nuevamente, en el XXIV (Mar del Plata, noviembre de 2007). Sin embargo y curiosamente, la doctrina autoral nacional más relevante no ha sido demasiado pródiga sobre el particular. Forman la excepción los aportes de Morello⁽¹⁾, Berizonce⁽²⁾ y Carbone⁽³⁾, que se suman a los siempre recordados y trascendentes de Denti⁽⁴⁾ y Taruffo⁽⁵⁾. Procuraremos, en las prietas líneas que siguen, proponer una descripción -por aproximaciones sucesivas- a lo que sería una prueba científica, o por lo menos a lo que se entiende por tal en nuestro medio. Asimismo, haremos foco en algunas cuestiones más operativas que especulativas, que suscita el examen de dicha problemática. También trataremos de dar por tierra con algunos mitos existentes en la materia. Para comenzar, diremos que -por lo común- es una pericia calificada por la idoneidad del experto que la practica y se caracteriza, también, por el uso de avances notorios y recientes en los campos de la ciencia y la tecnología. Suele, además, singularizarse por el método empleado, su calidad empírica y la posibilidad de repetir los experimentos llevados a cabo por el experto participante. Ejemplos de prueba científica son el test de ADN⁽⁶⁾, la identificación de la voz mediante el espectrógrafo⁽⁷⁾ y

(*) Miembro del Comité Consultivo Internacional de la Asociación Civil **ius et veritas**.

(1) MORELLO, Augusto. *La prueba científica*. En: *La Ley 1999-C*. pp. 897 y siguientes.

(2) BERIZONCE, Roberto. *La prueba científica*. Trabajo presentado a las Segundas Jornadas de Profesores de Derecho Procesal organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Procesal. La Plata, 2006.

(3) CARBONE, Carlos. *La prueba científica y los problemas de su vinculación a la decisión judicial*. En: *Jurisprudencia Santafesina*. Número 72. pp. 23 y siguientes.

(4) DENTI, Vittorio. *Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador*. En: *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972. p. 277.

(5) TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrand. Madrid: Trotta, 2005. También en otros pasajes.

(6) CHIARI, Primarosa y Eduardo A. ZANNONI. *Prueba del ADN*. Buenos Aires: Astea, 1999.

(7) CARBONE, Carlos. *Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni. También en otros pasajes.



DURANTE

«SI BIEN LO CORRIENTE ES QUE LAS PRUEBAS CIENTÍFICAS SE CONSTRUYAN SOBRE LAS CIENCIAS «DURAS» (QUÍMICA, BIOLOGÍA, GENÉTICA, ETCÉTERA), TAMBIÉN LAS HUMANAS O SOCIALES (PSICOLOGÍA, SOCIOLOGÍA, ESTADÍSTICA, ETCÉTERA) PUEDEN SER UTILIZADAS A TAL EFECTO, AUNQUE DE MODO MÁS EXCEPCIONAL».

las biológicas en sentido amplio cual es el caso de la hematológica⁽⁸⁾. Igualmente, podemos aseverar que es una pericia «de autoridad», en el sentido de que su alta confiabilidad puede resultar aun incrementada por el prestigio del perito interviniente.

Si bien lo corriente es que las pruebas científicas se construyan sobre las ciencias «duras» (Química, Biología, Genética, etcétera), también las humanas o sociales (Psicología, Sociología, Estadística, etcétera) pueden ser utilizadas a tal efecto, aunque de modo más excepcional. Obviamente, no son convocadas las que Taruffo denomina ciencias «basura», entre las que enumera a la Grafología. Antes de seguir con el desarrollo del asunto en análisis, se impone distinguir entre la prueba científica (de la que venimos hablando) y valoración científica de la prueba (especialmente, de la testimonial) que es algo muy distinto. Sobre esto último, informa Cappelletti: «cerrando esta investigación comparativa sobre el tema de la libre valoración de las pruebas, queremos hacer referencia todavía a un nuevo e interesante movimiento

de pensamiento y de transformación que, según varios signos, hoy en día se va dibujando en distintos países. Alude a la evolución del método de la 'libre valoración', al método que podríamos definir de la 'valoración científica' de las pruebas: científica en cuanto está basada sobre la utilización de instrumentos y de datos científico físicos, químicos, biológicos, etcétera, de la investigación, mediante los cuales se considera, o se espera poder, más tarde o más temprano, medir científicamente la exactitud de la percepción de los testigos, la precisión de sus recuerdos, su veracidad y sinceridad; poder superar, en suma mediante criterios de medida objetivos, los peligros y posibles arbitrariedades de la valoración subjetiva por parte del juez»⁽⁹⁾. Existen serios trabajos interdisciplinarios que demuestran la conveniencia de someter a

(8) MIDÓN, Marcelo. *Pericias biológicas*. Mendoza: Cuyo, 2005. pp. 35 y siguientes.

(9) CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el Derecho Comparado*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1973. p. 128.

Jorge Walter Peyrano

los testigos mayores de 60 años a test neuropsicológicos puesto que «con el avance de la edad se reduce la capacidad de detectar olores, haciéndose ello más intenso luego de los 60 años. Con respecto a la visión, son múltiples los cambios asociados con el envejecimiento. Con el envejecimiento hay declinación funcional de la cognición. Así como se manifiesta una merma evidente en las aptitudes físicas de los individuos a medida que envejecen, también se produce una disminución en su rendimiento intelectual»⁽¹⁰⁾.

Establecido lo anterior, falta descubrir la razón de ser del creciente interés existente por la prueba científica en el seno del proceso civil. Interpretamos que ello obedece, en buena medida, a la revalorización del proceso civil como marco apto para descubrir (o por lo menos acercarse) a la verdad material, histórica u objetiva, tal y como lo señala Taruffo. Durante mucho tiempo se reservó al proceso penal la calidad de idóneo para develar la verdad histórica y se le asignó al proceso civil el rol de una suerte de cenicienta que casi siempre debía conformarse con la mezquindad de una verdad «formal» o «procesal». Afortunadamente, las cosas han cambiado y ya no impera, irrestrictamente, dicha fatalidad. Por el contrario, los justiciables ya no se resignan fácilmente a que se les diga que la verdad no se logró en un juicio civil como consecuencia de emboscadas y malabares procesales. Hoy se lucha con denuedo por el derecho propio y aun por el ajeno. Los ingenios procesales recientes (el exceso ritual manifiesto, la acción de nulidad de sentencia firme, la reposición *in extremis*, entre otros) apuntan a que brille la luz de la verdad objetiva. He aquí otro síntoma de que lentamente se va abandonando la muelle comodidad de conformarse con la verdad formal.

Continuando con el método de aproximaciones sucesivas anunciado, diremos que si bien no siempre la prueba científica consiste, estricta y exclusivamente, en una pericial calificada por el experto y por el método empleado, de todos modos es indudable que lo habitual es que sea una pericial la que forme el cuerpo principal de una prueba científica. Aunque, claro está, en algunas ocasiones habrá que recurrir a normas y

principios propios de otros medios de prueba cual sería el caso de la documental⁽¹¹⁾.

¿Cómo diferenciar una pericial común de una científica? Por cierto que lo hasta aquí dicho algo ayuda, pero mejorará las cosas - como siempre acontece- acudir a un ejemplo. Supongamos que hemos adquirido un cuadro de autor reconocido contemporáneo y luego dudamos de su autenticidad. Recabamos, entonces, la opinión de un perito conocedor del autor, de su obra, de su pincelada, de los motivos que habitualmente pinta y de otros elementos de juicio para establecer si el cuadro en cuestión es auténtico o si es una falsificación. Ahora imaginemos que hemos comprado un cuadro cuyo autor viviera hacia fines de siglo XIX y como también sospechamos acerca de si se trata de un plagio, convocamos a un experto para que lo examine y lo someta a la comprobación del carbono 14, descubriéndose así que la tela utilizada fue confeccionada diez años atrás. En la primera hipótesis, estamos ante una pericia «corriente»; en la segunda, ante una prueba científica.

Suele despertarse la tentación de afirmar que la prueba científica es un nuevo medio de prueba. De ninguna manera. El último medio de prueba incorporado a los códigos procesales civiles fue la prueba de informes (Santa Fe, 1940). Ya hemos tenido oportunidad de señalar respecto del interrogante de si son realmente nuevas pruebas, lo que sigue: «Pues no. Es que son perfectamente encuadrables en los límites de las pruebas tradicionales y conocidas, tales como la pericial y la documental. Así,

(10) ESPERANZA, Silvia. *El testimonio de terceros en la prueba de hechos antiguos*. Ponencia presentada al XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal.

(11) PEYRANO, Jorge W. *Valor probatorio de los medios de confirmación no legislados y aceptados plenamente por la técnica moderna*. En: *Libro de Ponencias Generales*. XII Congreso Argentino de Derecho Procesal. p. 6.

verbigracia, la prueba por fotografías está sujeta -en líneas generales- al régimen previsto para la prueba documental, debiendo entonces designarse una audiencia para su reconocimiento, y pudiendo ordenarse la producción de una pericial para el caso de su desconocimiento. Claro está que no se nos escapa que muchos de los modernos métodos probatorios presentan ribetes inéditos, que ponen a prueba la imaginación del juez para poder instrumentarlos adecuadamente dentro del ámbito del proceso; instrumentación que se debe lograr respetando en todo momento las garantías establecidas en relación a todos los sectores del derecho probatorio»⁽¹²⁾. En verdad, las pruebas denominadas «científicas» se adaptan y enmarcan en los medios probatorios ya conocidos, habitualmente la pericial aunque -insistimos- también la documental suele reclamar injerencia.

Y, ¿cuáles son las características generales de las pruebas científicas?: (i) son pruebas de colaboración⁽¹³⁾ porque suelen requerir de una dosis de buena voluntad de partes y/o terceros para que puedan llevarse a cabo (verbigracia, aportes de evidencias biológicas que pueden traducirse en la extracción de sangre o en el corte de cabellos); (ii) en algunos supuestos, son pruebas cuya fuerza probatoria reclaman complementación en orden a demostrar la autenticidad de los elementos tenidos en cuenta para la experticia⁽¹⁴⁾; y, (iii)

sus fuentes acostumbran a ser dinámicas, en el sentido de que por impulso de los avances tecnológicos son frecuentemente reemplazadas y mejoradas. Así, la impresión digital mediante el entintado de los dedos de las manos hoy es reemplazada por la impresión digital electrónica; y la añeja extracción de sangre y el corte de cabellos (con bulbo) son sustituidos por el hisopado bucal (raspado suave en la cara interna de la mejilla, sin traumatismos ni punciones) que es suficiente para practicar un correcto test de ADN.

Dos son los principales mitos que habitualmente acompañan a la prueba científica: (i) que siempre generan certezas absolutas; y, (ii) que sus resultados son infalibles. En cuanto a lo primero, cabe decir que el mito de la certeza absoluta se ha construido, seguramente, a partir del test de ADN por su alto porcentaje de fiabilidad⁽¹⁵⁾. Pero ello no siempre es así y tampoco es extrapolable a otras pruebas científicas. Repárese en la hipótesis de las edificadas sobre estadísticas. Asiduamente, estas

(12) *Ibid.*

(13) *Ibid.*; p. 7. «Un rasgo común a casi todas las pericias 'nuevas' (dicho sea de paso, en la mayoría de los casos las pruebas 'científicas' se resuelven en una prueba pericial) de uso más habitual en juicio, es el consistente en tratarse -permítasenos la expresión- de pruebas 'de colaboración', dicho esto último en el sentido de que solo pueden practicarse mediante la participación como sujeto pasivo de la pericia, de alguna de las partes e inclusive de terceros respecto del proceso. Si, verbigracia, una de las partes no colaborara permitiendo que se le extraiga sangre, no podría concretarse una pericia hematológica. Adviértase, en cambio, que otro tipo de pericias, como sería la caligráfica, puede en algún caso realizarse sin requerirse colaboración tan estrecha por parte de la persona a quien se le atribuye la autoría de un documento privado (por ejemplo, cuando la pericia parte del cotejo de varios instrumentos indubitados suscriptos por un mismo sujeto, con el documento cuya autenticidad se discute)».

(14) *Ibid.*; p. 9. «Con dicha expresión queremos significar que, las más de las veces, la eficacia probatoria de un nuevo método confirmatorio reclama la coexistencia de ciertos elementos coadyuvantes exógenos. Así, por ejemplo, sucede con el caso -ya examinado- de una prueba por fotografías, cuya plena eficacia probatoria no solo está vinculada a que complementariamente testigos (o algún funcionario judicial) hagan fe de que la foto en cuestión fue tomada en tal lugar y que la película utilizada fue revelada de inmediato y sin dar lugar a maniobras sustitutivas, o de un procedimiento de reconocimiento por parte del justiciable frente a quien se desea hacerlas valer, y todavía -en el supuesto de que fuera desconocida su autenticidad por este último- ser materia de una pericia especializada para determinar la validez probatoria de las mismas».

(15) CHERI, Primarosa y Eduardo ZANNONI. *Op. cit.*; También en otros pasajes.

Jorge **Walter** Peyrano

arrojan frecuencias menores que permiten, a lo sumo, entrever tendencias, pero que en modo alguno generan certezas absolutas⁽¹⁶⁾. Respecto de lo segundo, debe decirse, terminantemente, que las pruebas científicas, no son infalibles. Baste con recordar la hipótesis de la alcoholemia realizada previa punción con una aguja empapada en alcohol o en el caso de la exhumación para practicar el test de ADN cuando el cadáver fue sometido a la acción del formol.

Por lo común, cuando la infalibilidad cede (y ello ocurre con bastante frecuencia) se está frente a algún episodio ocurrido en el *iter* que va desde la obtención de la muestra (verbigracia, traslado de la sangre a bajas o altas temperaturas) hasta el momento de realizar el dictamen pericial. Igualmente, la contaminación de las muestras logradas impide ya no tanto la realización, por ejemplo, de un test de ADN, sino que sus resultados sean fiables y valorables en juicio⁽¹⁷⁾. Tal contaminación se registró en el sonado caso «Simpson»⁽¹⁸⁾, provocando que la prueba científica producida no se tomara en cuenta y que el encartado resultara absuelto en sede penal.

Sin duda que el magistrado pueda apartarse de las conclusiones contenidas en una prueba científica⁽¹⁹⁾, aunque dicho apartamiento presenta especiales dificultades. Por cierto que en cualquier caso deberá valorarla, y únicamente descartarla expresando serios motivos para adoptar tal proceder. Entre tales motivos pueden contabilizarse los siguientes: el dictamen carece de fundamentación o el

consignado es autocontradictorio; se ha demostrado la existencia de error, confusión o maniobras maliciosas con las muestras tenidas en cuenta; no se ha cumplido con la *lex artis* pericial pertinente al someter, verbigracia, a una muestra de sangre al reactivo inadecuado. Vaya un ejemplo de maniobra descubierta que diera lugar al apartamiento de una pericial científica, que tuviera alguna difusión periodística: un test de ADN se practicó en un hospital público en el marco de un juicio de filiación. Ulteriormente se demostró que no se le exigió identificación a la persona que concurrió a realizarlo, y que su apariencia física no coincidía con el imputado como padre.

El apartamiento también puede provenir de la producción -decretada vía mejor proveer, por ejemplo- de una pericia de mayor «autoridad», cual sería la originada en una pericial informativa efectuada por un distinguido instituto de una academia o universidad⁽²⁰⁾.

Finalmente, ¿qué hacer con la cosa juzgada cuando podría resultar alterada por la producción de una prueba científica posterior? La posición clásica dirá que nada.

(16) TARUFFO, Michele. *La prueba científica en el proceso civil*. Aporte traducido por Mercedes Fernández López y Daniel González Lagler y presentado a las Segundas Jornadas de Profesores de Derecho Procesal organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Procesal. pp. 151 y siguientes. «En muchos casos, sin embargo, el dato científico se formula en términos probabilísticos que atribuyen solo un grado de confirmación, que puede ser muy bajo, al enunciado que es objeto de prueba. Es, por ejemplo, el caso de la epidemiología, que habitualmente produce frecuencias estadísticas poco elevadas. El mito de una ciencia que proporciona siempre certezas absolutas está en crisis desde hace tiempo, y, por tanto, es necesario tener en cuenta el hecho de que esta puede proporcionar conocimientos e informaciones útiles para la comprobación de los hechos, pero que estas informaciones pueden ser incompletas, variables, sujetas a revisión, discutibles y a menudo insuficientes para resolver de una vez por todas el problema de la decisión sobre los hechos».

(17) CHIARI, Primarosa y Eduardo ZANNONI. *Op. cit.*; pp. 139 y siguientes.

(18) *Ibid.*; p. 148.

(19) CARBONE, Carlos. *La prueba científica y los problemas de su vinculación a la decisión judicial*. p. 33.

(20) PEYRANO, Jorge W. *Apuntes sobre la pericial informativa*. En: *Tácticas en el proceso civil*. Tomo II. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1984. pp. 57 y siguientes. Con base en el artículo 476 CPN, la pericial informativa alude a la posibilidad de requerir informes a instituciones científicas y técnicas prestigiosas, cuando fueren necesarios conocimientos de gran especialización que de ordinario, no poseen los peritos.

Otra, más actual y con más matices, distinguirá en tal caso en el cual por la época en que la cosa juzgada se consolidara no existía la prueba científica en cuestión y el representado por el supuesto en que ella sí existía por entonces. En esta última hipótesis, podría alegarse que los requisitos propios de la acción de nulidad de sentencia firme⁽²¹⁾ y que los alcances de la preclusión procesal⁽²²⁾, determinan que no podría pretenderse la cancelación de la cosa juzgada por influencia de la prueba científica ya existente.

La hipótesis más propensa a la polémica es la restante: no existía la prueba científica correspondiente cuando se formara la cosa juzgada del caso. En realidad esta hipótesis está prevista y resuelta por el artículo 33 de la Ley 25675 para el ámbito de lo ambiental⁽²³⁾.

Resta verificar si la norma citada es susceptible de aplicaciones analógicas o si los principios propios de la acción de nulidad de sentencia firme⁽²⁴⁾ son suficientes, llegado el caso, para cancelar la fuerza de la cosa juzgada por influencia de una prueba

científica sobreviniente. Sería doctrina especializada, se pronuncia en pro de una respuesta afirmativa⁽²⁵⁾.

Decía, con razón San Agustín, que «los que no quieren ser vencidos por la verdad, son vencidos por el error». Por nuestra parte, preferimos ser derrotados por la verdad.

Conclusiones

La llamada prueba científica es, de ordinario, una variante de la prueba pericial caracterizada por la especial idoneidad del experto interviniente, que desarrolla su labor merced al aporte de notorios avances en materia científica y tecnológica.

Se registra un renovado interés en el tema de la prueba científica, seguramente en virtud de la prevaencia de una nueva visión del proceso civil que considera deseable y posible la obtención de la verdad objetiva o histórica.

No debe confundirse la alta confiabilidad de que goza la prueba científica con su infalibilidad. Los jueces pueden y deben apartarse de las conclusiones de una prueba científica, debiendo en tal caso aportar, pormenorizadamente, los motivos del apartamiento.

La aparición de una prueba científica con posterioridad a la consolidación de una cosa juzgada, puede ser invocada con el objeto de cancelar su fuerza vinculante.

(21) PEYRANO, Jorge W. *Acción de nulidad de sentencia firme*. En: *El proceso atípico*. Buenos Aires: Universidad, 1993. p. 180. «La acción de nulidad de cosa juzgada írrita no puede promoverse exitosamente cuando el accionante ha incurrido en negligencia u omisiones en el curso de la instancia que pretende realizar».

(22) PEYRANO, Jorge W. *Lo implícito en materia decisoria*. En: *Procedimiento civil y comercial*. Tomo I. Rosario: Juris, 1991. p. 110. «El fallo cubre lo deducido y lo deducible, vale decir que las razones y argumentos que pudieron hacerse valer y no se esgrimieron, no pueden renovarse en pos de dejar sin efecto los efectos de una preclusión operada».

(23) Artículo 33 de la Ley 25675. «La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efectos *erga omnes*, excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias».

(24) PEYRANO, Jorge W. *Acción de nulidad...*; p. 174. «Concebimos la revisión de la cosa juzgada írrita como un instrumento flexible y susceptible de remediar cualquier desviación (también la provocada por la inexistencia pretérita de una prueba científica) del fin que el ordenamiento jurídico le asigna al proceso civil, que es el de dar a cada uno lo suyo».

(25) MIDÓN, Marcelo. *Op. cit.*; p. 218.