

La facultad del juez de apartarse del dictamen pericial: problemática argumentativa y del poder

Por Claudio Adrián Díaz

Sumario: I) Introducción. II) Sistemas de enjuiciamientos, roles de las partes y del juez en cada uno de ellos. III) La Prueba. IV) Prueba Pericial. IV. A) Rasgos inquisitivos en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación V) Valoración de la Prueba V. A) Valoración de la Prueba Pericial Tradicional V. B) La Prueba Científica y su Valoración. VI) Conclusión. VII) Bibliografía

I) Introducción:

En el presente trabajo abordare el tema *“La facultad del juez de apartarse del dictamen pericial”* el cual va a ser tratado en tres niveles distintos de análisis. Se comenzará desde lo general hacia lo particular concluyendo con el tema que me compete.

En el primer nivel se realizará una breve exposición sobre los sistemas existentes en la actualidad para llevar adelante un enjuiciamiento y sobre la función de las partes y del juez en cada uno de estos para después concluir enunciando los fundamentos constitucionales del sistema adoptado por nuestra nación.

En el segundo nivel se definirá lo que se entiende por prueba y se delimitara cual será el objeto de la misma. Además entraremos a analizar el

medio probatorio que nos compete - la prueba pericial –. Además se va a confrontar las facultades oficiosas que poseen los jueces en este medio probatorio con el sistema de enjuiciamiento elegido por el poder constituyente para llevar a cabo un proceso y así verificar su compatibilidad o no con la ley suprema de la nación.

En el tercer y ultimo nivel se definirá que lo se entiende por valoración y se describirá los distintos sistemas con los que cuenta el juez para apreciar la prueba. Además se analizará cual es el criterio de valoración en nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación respecto de la prueba pericial y se intentará verificar si el mismo criterio puede ser utilizado cuando estamos frente a una prueba científica.

II) Sistemas de enjuiciamientos, roles de las partes y del juez en cada uno de ellos:

En primer medida y para un análisis prolijo de cualquier instituto del derecho procesal debo comenzar afirmando que existen solo dos sistemas con los cuales se pueden llevar adelante un proceso – entendido a este como una lucha dialéctica -.

El primero de ellos, ***el sistema inquisitivo***, es concebido como “...*un método de enjuiciamiento unilateral mediante el cual la propia autoridad – actuando como pretendiente- se coloca en el papel de investigador, de acusador y de juzgador...*”¹

En este sistema de tipo verticalista donde el poder se concentra

únicamente en el juez, es él quien se encuentran facultado para instar de oficio un proceso. Además el juez es el encargado de investigar y de reunir las pruebas necesarias

para fundamentar su acusación y de esta forma dictar la sentencia. De tal manera que el poder del juez, es vasto y su neutralidad se halla condicionada por intervenir activamente en la fase instructiva del proceso

En cambio el segundo de ellos, el **sistema dispositivo o acusatorio** es concebido como *“...un método bilateral en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en igualdad jurídica asegurada por un tercero imparcial que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate, para llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida...”*¹²

En este tipo de sistema, tal como nos enseña Hugo Alsina, “...las partes no sólo son las dueñas de la acción, a la que pueden dar vida y extinción, sino que también fijan los términos de la litis, aportan el material de conocimiento y paralizan o activan la marcha del proceso según que denuncien o no el incumplimiento por la parte contraria de una carga procesal...”

Esto nos demuestra que en un sistema dispositivo el magistrado carece de toda actividad impulsoria en el proceso por lo que solo se debe limitar a tomar por ciertos los hechos admitidos por las partes, a admitir

¹ Alvarado Velloso. “La Imparcialidad Judicial”. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista. Pág. 25. Ed. Egacal. Anuario 2007.

únicamente los medios probatorios que las mismas ofrezcan y resolver únicamente conforme lo alegado y negado por ellas.

Sin perjuicio de ello sobre el juez recae la función primordial de mantener su imparcialidad³ y de velar para que ese debate dialéctico se lleve a cabo en pie de igualdad entre las partes⁴.

Ahora bien, nuestra Constitución Nacional fue forjada bajo un modelo netamente liberal que consagra y defiende - otorgando mayor privilegio a los valores de "libertad" y "seguridad jurídica" - un sistema dispositivo como el modo de enjuiciamiento por excelencia en donde prevalece la autonomía de la voluntad de las partes por sobre la autoridad estatal.

Podemos concluir afirmando que conforme a nuestra Ley Fundamental para que un proceso sea constitucional en la Republica Argentina debe ser llevado a cabo bajo un sistema de enjuiciamiento dispositivo el que repudia toda ingerencia oficiosa de los magistrados en el debate dialéctico.

III) La Prueba:

Antes de introducirnos directamente a las facultades oficiosas que nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contiene en materia probatoria -específicamente en la prueba pericial - debemos definir de lo que se entiende por prueba y delimitar lo que va a ser el objeto de la misma.

² Alvarado Velloso. "La Imparcialidad Judicial". Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista. Pág. 21. Ed. Egacal. Anuario 2007

³ Esta imparcialidad se logra no adquiriendo en ningún estadio del proceso el rol de parte (imparcialidad), además debe carecer interés en la decisión del proceso (imparcialidad) y por ultimo debe evitar toda persuasión que pueda influir en la decisión (independencia)

La Real Academia Española define al termino prueba como “...*Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo...*”⁵.

En cambio en la ciencia jurídica este concepto es entendido como la actividad procesal tendiente a crear en el juez la convicción de verdad sobre los hechos afirmados y negados por las partes como fundamento de su pretensión y defensa.

Pero no todos los hechos afirmados por las partes son objeto de prueba, sino que solamente deben ser probados los hechos alegados por las partes⁶, controvertidos⁷ y además conducentes⁸.

Nuestra legislación adjetiva vigente establece, a la prueba confesional; testimonial; documental; informativa; reconocimiento judicial y por ultimo la que va a ser objeto de estudio la prueba pericial, como los medios por los cuales las partes deben lograr esa convicción al magistrado sobre los hechos afirmados por ellas.

IV) Prueba pericial:

Con respecto a este medio probatorio debemos decir que ha tenido su primera regulación recién en el año 1579 con la ordenanza francesa de Blois

⁴ Entendida esta como la ventaja dada por el juez a favor solamente de uno de los litigantes

⁵ Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición on-line, www.rae.es

⁶ Esto significa que los hechos deben ser introducidos únicamente por las partes en sus escritos constitutivos puesto que el sistema de enjuiciamiento en materia civil es el Dispositivo

⁷ Que un hecho sea controvertido significa que debe existir, sobre ese hecho puntual una discrepancia entre el pretendiente y el resistente

⁸ Que un hecho sea conducente significa que debe ser relevante para la resolución del conflicto.

pero esa designación sólo podía recaer en quienes tuviesen derecho a desempeñarlo. En cambio en la ordenanza de 1667 recién se reconoció al juez y a las partes la facultad de elegirlos entre toda clase de personas.

Desde ese entonces, la prueba pericial fue paulatinamente incorporada a la mayoría de los ordenamientos procesales cobrando un vital papel en los procesos judiciales directamente proporcional con los avances científicos y tecnológicos que han venido operándose⁹

Devis Echandia, nos define al peritaje como "...una actividad procesal, desarrollada, en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o entendimiento escapa a las actitudes común de las gentes..."¹⁰

A nuestro entender la prueba pericial es aquella por el cual un tercero distinto de las partes y del juez, quien posee un conocimiento técnico en una determinada ciencia, arte o profesión, suministra al magistrado las razones para producir su convencimiento de una manera técnica cuando hechos afirmados por las partes así lo requieran.

IV. A) Rasgos inquisitivos en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación:

⁹ Kielmanovich Jorge. "Teoría General de los Medios Probatorios". Segunda Edición Actualizada. Pág. 555. Ed. Rubinzal Culzoni. 10 de abril de 2001.

En nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y dentro del capítulo referido a la prueba pericial son hallados ciertos vestigios inquisitivos que autorizan al magistrado introducir prueba de oficio al proceso. Esto nos lleva a afirmar que el poder legislativo al sancionar los códigos procesales en nuestro país no ha seguido el mandato constitucional puesto que no ha optado por el sistema acusatorio o dispositivo consagrado por nuestra norma fundamental.

En el artículo 36 inciso cuarto del código citado encontramos la norma principal que sirve de justificación a los jueces para ordenar medidas de oficio con el objeto de buscar la verdad de los hechos. Este artículo en su inciso cuarto, como bien se dijo, establece que el juez puede “...*Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes...*”¹¹

Dentro de la prueba parcial se pueden distinguir distintos rasgos inquisitivos tanto en el artículo 473 del código procesal civil y comercial de la nación que establece “...*de oficio o a instancia de cualquiera de ellas, el juez podrá ordenar que el perito dé las explicaciones que se consideren convenientes, en audiencia o por escrito, atendiendo a las circunstancias del caso...*”¹²

En el artículo 475 del mismo código se expresa “...*de oficio... el juez podrá ordenar: 1) Ejecución de planos, relevamientos, reproducciones*

¹⁰ Devis Echeandía, citado por De Santo, “el proceso civil”, prueba de peritos y reconocimiento judicial, T. VII, Pág. 3. Ed. Universidad.

¹¹ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias, Pág. 15, Editorial Estudio, Edición 2007.

*fotográficas, cinematográficas, o de otra especie, de objetos, documentos o lugares, con empleo de medios o instrumentos técnicos. 2) Exámenes científicos necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos controvertidos. 3) Reconstrucción de hechos, para comprobar si se han producido o pudieron realizarse de una manera determinada...”*¹³

Por ultimo en el artículo 476, del mismo ordenamiento jurídico se dispone que “... de oficio el juez podrá requerir opinión a universidades, academias, corporaciones, institutos y entidades públicas o privadas de carácter científico o técnico, cuando el dictamen pericial requiriese operaciones o conocimientos de alta especialización...”¹⁴

Estos pequeños fragmentos inquisitivos traen aparejado consecuencias gravísimas como son la pérdida del respeto por el “*debido proceso*” y naturalmente por la Constitución Nacional tanto por parte del legislador que a introducido estas facultades oficiosas como por parte de los jueces que se sirven de ellas sin tomar la debida conciencia de que su rol dentro del proceso debe ser inactivo – imparcial - provocando una situación desventajosa para la parte que fue perjudicial por la prueba si se hiciera uso de esas facultades.

En base a lo expuesto nos encontraríamos en condiciones de calificar a estas facultades oficiosas de *inconstitucionales* por la incompatibilidad existente entre una norma de rango inferior –Código

¹² Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias, Pág. 112, Editorial Estudio, Edición 2007.

¹³ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias, Pág. 112, editorial Estudio, Edición 2007.

Procesal Civil y Comercial de la Nación– y una norma de rango superior - Constitución Nacional-. Dicha incompatibilidad es evidente ya que si nuestra Ley Fundamental “...*apoya la protección de su supremacía en la forma, instrumentación de garantías y seguridad que le brinda el derecho procesal...*”¹⁵ mal podríamos admitir una ley procesal que la contrarié.

V) Valoración de la Prueba:

Antes de comenzar a explayarme respecto de la valoración probatoria, es preciso destacar que al sentenciar se produce una inversión de roles entre el magistrados y las partes ya que el juez al decidir adquiere un papel protagónico en cambio las partes un rol inactivo a la inversa del rol que cada uno tenía en el proceso.

Este rol activo del que hablamos con anterioridad se evidencia cuando el juez debe asignar un valor a los medios probatorios que han sido producido por las partes en el proceso, valor o valoración que lo va a llevar a decidir sobre una determinada cuestión de una forma o de otra haciendo lugar a la pretensión o rechazando en todo o en parte.

Devis Echandia explica que la valoración de la prueba es una operación mental que realiza el magistrado con el objeto de conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido.

Esta valoración se debe llevar a cabo conforme a algunas de las siguientes reglas “la prueba legal o tasada; la sana crítica y la libre

¹⁴ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias, Pág. 113, Editorial Estudio, Edición 2007

¹⁵ Calvino, Gustavo; “Derecho Procesal y Seguridad Jurídica” .

convicción”¹⁵ La prueba legal o tasada es cuando el legislador establece de antemano el valor probatorio que debe atribuir el magistrado a la prueba, de esta manera el legislador estaría sustituyendo al juez quitándole a este ultimo total protagonismo al momento de sentenciar.

La regla de la sana crítica deja manos del magistrado la apreciación de la prueba en su conjunto de acuerdo a las reglas de la lógica y su experiencia personal.

La libre convicción aquí el juez valora a la prueba conforme al convencimiento que este se forme de los hechos pudiendo emitir un juicio de valor conforme a la prueba producida en el proceso, en contra de la misma o sin la prueba de autos.

V. A) Valoración de la Prueba Pericial Tradicional:

En cuanto a la valoración de la prueba pericial nuestro código procesal civil y comercial de la nación establece el criterio que debe tomar el juez al valorar este medio probatorio en su artículo 477 que expresa lo siguiente *“...la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica...”*¹⁶

Este artículo no deja margen de duda en que el dictamen pericial va a adquirir validez probatoria siempre y cuando se encuentre fundado en

¹⁵ Jorge Rojas; “Valoración de la prueba, ¿coexistencia de sistemas?”, Ed. Rubinzal – Culzoni.

¹⁶ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias, pág. 113, editorial Estudio, edición 2007

principios científicos o técnicos y la sana crítica aconseje su aplicación. Además de la lectura del mismo se infiere el carácter no vinculante del dictamen puesto que el magistrado no puede apartarse del mismo arbitrariamente esto significa que debe exponer fundamentos suficientes para hacerlo.

Si se le impusiere al juez en una encrucijada para que acepte el dictamen sin discusión alguna caeríamos en la falacia de que el perito sería el que definiera el conflicto quedando solamente en manos del juez un aspecto formal que es el dictado de la sentencia.

Por esta razón entendemos que el dictamen pericial tradicional no es vinculante para el juez por ende este puede apartarse de la pericia siempre y cuando los fundamentos y la conclusión del mismo no reúnan los requisitos de la lógica.

Asimismo, debo destacar una particularidad en cuanto a la valoración probatoria del dictamen pericial que es establecida por el último párrafo del artículo 473 del código citado el cual expresa *"...cuando el juez lo estimare necesario podrá disponer que se practique otra pericia, o se perfeccione o amplíe la anterior, por el mismo perito u otro de su elección...."*¹⁷

Aquí el legislador autoriza al magistrado a que valore anticipadamente el dictamen calificándolo al mismo como "insuficiente" desde que solicita su ampliación o como "ineficaz" desde el momento en el que requiere una nueva pericia o el perfeccionamiento de la misma y a su vez estaría

¹⁷ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias, pág. 113, editorial Estudio, edición 2007

poniendo en tela de juicio la idoneidad del experto sin fundamento alguno.

V. II) La Prueba Científica y su Valoración:

Las pruebas científicas se arriman al proceso a través del medio de prueba tradicional que es la prueba pericial y son las que surgen a raíz de los avances tecnológicos y de los actuales desarrollos en el campo experimental, que se caracterizan por seguir una metodología regida en principios propios y de estricto rigor científico, las cuales son utilizadas para lograr la convicción del juez.

Nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación consagra a la prueba científica en el artículo 476 que expresa *“... de oficio o a pedido de parte, el juez podrá requerir opinión a universidades, academias, corporaciones, institutos y entidades públicas o privadas de carácter científico o técnico, cuando el dictamen pericial requiriese operaciones o conocimientos de alta especialización...”*

Doctrinariamente no existe una clasificación unánime respecto de este estilo de prueba pero algunos autores consideran como prueba científica a las provenientes de soportes informáticos, ópticos – el video, el telex etc.- y los relacionados a los nuevos avances de la ciencia medica.

Bien, como he dicho los avances tecnológicos relacionados con la medicina y mas específicamente con la medicina genética se han incorporado a la practica de la ciencia jurídica en los procesos civiles de filiación donde lo que se debe demostrar es el nexo biológico entre dos

personas a los fines de determinar la paternidad.

El medio mas idóneo para demostrar ese nexo biológico es mediante la prueba genética, ésta, nos dice Midon se realizan sobre la base de muestras orgánicas del hombre, extraídas de seres vivos o muertos, que se elaboran a partir de la comparación de sus grupos o factores sanguíneos, del cotejo de sus principales caracteres morfológicos y fisiológicos trasmisible de generación en generación, o mediante la confrontación de sus códigos o huellas genéticas, y cuya finalidad consiste en contribuir a la individualización o identificación de tales personas físicas.

En la actualidad el método mas preciso para demostrar el nexo biológico es el estudio del polimorfismo molecular del ADN, éste alcanza un alto grado de certeza en la investigación de filiaciones en tanto permite excluir la paternidad en un 100% e incluirla en un 99,97%.

Ahora bien, en cuanto a la valoración de la prueba de ADN, creo particularmente que debe regir un tratamiento distinto al de la prueba pericial tradicional debido al alto grado de certeza que esta prueba biológica arroja.

Por esta razón creo que en este caso particular y con este tipo de pruebas -ADN - el dictamen debe tener un carácter vinculante para el juzgador siempre y cuando estuviere fundado en principios científicos y técnicos inobjtables.

Dicha fundamentación torna ineficaz la potestad judicial de apartarse de las conclusiones vertidas en el dictamen por la imposibilidad argumentativa de la que carece el magistrado a los fines de exponer los fundamentos científicos para sostener una posición contraria.

En cambio una parte de la doctrina – postura a la cual no comparto - sostiene que el dictamen biológico no debe ser vinculante al igual que una pericia tradicional porque el juez esta dotado de poderes – deberes que lo autorizan a requerir explicaciones, designar nuevos peritos, solicitar consultas a academias, instituciones especializadas con la finalidad de esclarecer la verdad y disminuir de esa manera la imposibilidad argumentativa para el caso de que se quisiera apartar de las conclusiones vertidas en el dictamen.

VI) Conclusión:

En base a lo expuesto considero que:

- 1) Las facultades oficiosas en materia probatoria deben ser erradicadas por completo de nuestros códigos procesales vigentes en la Republica Argentina por ser inconstitucionales.
- 2) Las pruebas biológicas deben tener un carácter vinculante por la imposibilidad argumentativa de la que carece el magistrado a los fines de desvirtuar los fundamentos científicos para sostener una posición contraria.

VII) Bibliografía:

Alsina, Hugo; “Tratado Teórico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Segunda Edición, Ed. Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires 1958.

Alvarado Velloso, Adolfo; “La imparcialidad Judicial” , Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista, Ed. Egacal, Anuario 2007.

Berizonce, Roberto Omar; “Control Judicial de la Pericia Científica”, Revista de Derecho Procesal, Ed. Ed. Rubinzal Culzoni.

Calvinho, Gustavo; “Derecho Procesal y Seguridad Jurídica”, La Ley del 30 de diciembre de 2005, p. 1

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias, Ed. Estudio, Edición 2007.

Couture, Eduardo; “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, 3ra edición, Ed. De Palma, mes de abril de 1993.

De Santo; “Tratado del Proceso Civil”, prueba de peritos y reconocimiento judicial T. VII, Ed. Universidad.

Devis Echeandia, H; “Compendio de la Prueba Judicial”, Anotado y Comentado por Adolfo Alvarado Velloso, T. I, Ed. Rubinzal Culzoni, 28 de diciembre de 2000.

Kielmanovich, Jorge; “Teoría General de los Medios Probatorios”, Segunda Edición Actualizada, Ed. Rubinzal Culzoni, 10 de abril de 2001.

Midon, Marcelo Sebastián; “Pruebas Biológicas y Cosa Juzgada”, Revista de Derecho Procesal (Prueba), Ed. Rubinzal Culzoni.

Montero Aroca, Juan; “Valoración de la Prueba, Reglas legales, Garantía y Libertad en el Proceso Civil”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista, Ed. Egacal, Anuario 2007.

Ponce, Carlos; “Las Pericial Científicas y Biológicas”, Revista de Derecho Procesal (Prueba), Ed. Rubinzal Culzoni.

Sentís Melendo, Santiago; “La Prueba, los grandes temas del Derecho Probatorio”, Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires mes

junio de 1990.