



ANEXO DE LECTURAS COMPLEMENTARIAS

TALLER “LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL”

UNIDAD III: LA PRUEBA CIENTÍFICA

1) Enrique M. Falcón (2008). La Prueba Científica en el Campo del Derecho. Pp.191-197.

**LA PRUEBA CIENTÍFICA
EN EL CAMPO DEL DERECHO**

*Comunicación efectuada por el Miembro Titular
de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales,
Dr. Enrique M. Falcón,
en la sesión plenaria del 24 de noviembre de 2008*

El Derecho es un sistema humano (y naturalmente cultural) destinado, por un lado, a la regulación de las conductas de los individuos y de las instituciones y, por el otro, al modo, camino o procedimiento para solucionar los conflictos que se plantean en el primer tramo.

Como se advierte, el sistema tiene por lo menos dos subsistemas básicos. El primero se designa como *derecho sustancial* o *sustantivo* y el segundo como *derecho adjetivo*, que se corresponden con el derecho de fondo (donde se encuentra la regulación de las conductas mencionadas) y el de forma o procesal (donde se encuentra la organización de las instituciones de aplicación y la regulación del procedimiento).

Salvo que se quiera hacer un examen analítico de cada uno de los modelos o de sus partes, el sistema no puede funcionar sin el conjunto de los dos subsistemas descriptos, sin perjuicio de que la división entre ellos no es en todos los casos tajante, pues existen numerosas zonas grises.

Cuando se produce un conflicto, se puede poner en funcionamiento el Derecho Procesal, pero no necesariamente de manera adversarial (tal es el caso de la negociación, la mediación, la solución amigable, etc.), o aun en casos adversariales puede ser que no se siga la vía judicial del Estado (como cuando se deriva la cuestión al arbitraje), o que incorporándose a esta vía estadual, no sea necesario producir prueba alguna, si lo único que se discute es la forma en como debe aplicarse el Derecho a determinada situación coincidiendo las partes en la existencia de los mismos hechos.

Si el conflicto, además del campo adversarial plantea disparidad de los hechos mencionados por las partes, o tiene la necesidad de investigar los mismos para realizar una imputación, será necesario demostrar lo que se menciona en el proceso respecto de los hechos que fundan el pedido, ya sea de condena, ya sea de rechazo de la demanda y en algunos casos penales también se requerirá que el imputado o el condenado pruebe determinando hechos.

Para la demostración de los hechos es necesaria la prueba y aquí es donde se entra en la llamada *Prueba Científica*. No obstante, para comprender la misma, es necesario recordar la distinción

del jurista italiano Carnelutti, entre *fuentes de prueba* y *medios de prueba*.

Cuando un hecho sucede, el mismo se registra en un objeto. Este registro es la fuente de prueba. Tal vez esa fuente pueda ser consultada directamente (como podría ser la lectura de una carta), o no. En este último caso para obtener el conocimiento de las fuentes a las que no podemos acceder de manera inmediata, tenemos que utilizar los medios de prueba, que son los que permiten extraer el dato de la fuente y traerlo al proceso de un modo sencillo y comprensible (aunque a veces por la complejidad misma del hecho ello no resulte tan fácil).

Ahora, bien, las fuentes de prueba sólo pueden ser de dos tipos: reales o personales, según se impriman en un objeto o en la mente de las personas. En cambio, los medios de prueba son diversos según los requisitos que sean necesarios para extraer el conocimiento de las fuentes. A veces se utilizará uno, a veces otro o varios de ellos para integrar ese conocimiento.

La distribución analítica o diferenciada de los medios de prueba es una cuestión cultural evolutiva, que depende del estado de conocimiento de una determinada época y la recepción por el Derecho Procesal de estos avances.

En este campo la *Prueba Científica* resulta ser un medio de prueba, que no es totalmente novedoso (ver por ejemplo la impresión digital, la autopsia y recientemente las pruebas biológicas), aunque no se halla individualizado como tal, sino confundido dentro de otros medios de prueba, especialmente la pericia, sin perjuicio de los informes científicos y las manifestaciones de los expertos.

Diferenciar la prueba científica como un medio autónomo tiene en la actualidad una ventaja, y es que nos permite llegar con más profundidad y precisión al conocimiento de los hechos. Pero también presenta junto con los problemas propios de los medios probatorios, sus propios problemas.

Algunos de estos problemas están relacionados con lo que se considera en este campo materia científica, debiendo excluirse la *falsa ciencia* (v. gr. la Astrología, la Quiromancia, etc.), u otros tipos de estudio que hasta el presente no han demostrado su eficacia, por falta de posibilidad de reproducción (fenómenos PSI, percepción extra-sensorial) o de resultados (Psicoanálisis, Grafología).

Otros problemas están referidos, o bien a la calidad y precisión de la ciencia en cuestión, o a la falibilidad de muchos hallazgos científicos, que luego resultan falsos o incorrectos (como fue el caso de la talidomide).

A su vez, desde el punto de vista del Derecho, no cualquier medio de prueba puede utilizarse, ya sea porque la ley no lo permite (cuestión relacionada con la *Admisibilidad de la prueba*, como en el caso de la prueba prohibida, el fruto del árbol venenoso, las cuestiones sensibles, como el sida, la raza, la religión, etc.), ya porque el medio no sea el adecuado para demostrar el hecho en cuestión, lo que hace a la *Pertinencia de la Prueba*.

El Derecho también trae aparejado un problema relacionado con los costos de los medios científicos, costos que muchas veces no pueden afrontarse, y de la dificultad del juez para poder apreciarlos.

Por último, en este campo, sin agotar los problemas que presenta, podemos hacer notar que es también principal determinar si un descubrimiento científico puede servir para modificar el resultado de una sentencia, basada en conocimientos anteriores y pasada en autoridad de *cosa juzgada*. De hecho sí se permite ello en el caso de los condenados, cuando con nuevas pruebas pueden demostrar que los hechos por los que fueron condenados no fueron tales, o que su culpabilidad no era la que fue resuelta en el decisorio. También se pueden modificar sentencias firmes si se las ataca de nulidad, por delitos o vicios extraordinarios en su dictado (*Acción autónoma de nulidad de la cosa juzgada*), pero salvo estos casos especiales, se considera que la cosa juzgada es inamovible.

Pero el planteo de modificación de la cosa juzgada frente a nuevos conocimientos científicos, que abonan una solución diferente, se ha realizado en el último Congreso Nacional de Derecho Procesal de 2006, en el supuesto del ADN, dando como ejemplo el caso de la filiación que ha sido rechazada o admitida por técnicas anteriores y que ahora los nuevos descubrimientos científicos permiten demostrar con una precisión casi absoluta que lo resuelto (en cuanto a la valoración de los hechos estaba errado). Este tema es de singular gravedad, pues de extenderse daría a lugar a que ninguna cuestión esté resuelta nunca definitivamente y haría caer la seguridad jurídica y la paz social.

Hay que hacer notar que muchos de estos temas están presentes más allá de que se considere autónoma o no la prueba científica como medio probatorio, pero la prueba científica ha puesto la lupa en este problema destacándolo especialmente.

Pues bien, en este contexto podemos decir que hoy ya es necesario admitir la prueba científica como un medio probatorio autónomo porque la misma consiste en algo distinto de la pericia, de los informes y de la opinión experta.

Sobre hechos pasados o presentes, la prueba científica siempre requiere un experimento, que puede consistir en un examen científico. Ese experimento o examen se necesita hacer mediante técnicas científicas altamente complejas, o mediante aparatos o instrumentos de alta tecnología, cuyo manejo requiere también un conocimiento especial. En este aspecto, es interesante hacer notar que en el manejo de estos aparatos y operaciones no siempre actúan científicos (muy bien pueden ser profesionales especializados o técnicos), o hacerse a través de institutos, universidades o lugares de alta especialización científica o técnica. La producción de informes, el dato sobre teorías o leyes científicas y otros elementos particulares son también esenciales en esta materia.

En los hechos futuros, el examen de los elementos deberá requerir una precisión especial y trabajar con ellos mediante los sistemas probabilísticos, no estimativos o experienciales, sino científicos. En estos casos la prueba aparecerá casi siempre de manera compuesta.

En el sistema americano (USA), se sigue un método que puede considerarse mixto, comprendido en la regla 702 de la materia probatoria (Reglas de la Evidencia) que expresa: “Si el conocimiento científico, técnico, u otro especializado está relacionado con el hecho base de la prueba, o para determinarla, un testigo calificado como experto por el conocimiento, habilidad, experiencia, entrenamiento, o educación, puede atestiguar además en la forma de una opinión o de otra manera, si (1) el testimonio se basa sobre suficientes hechos o datos, (2) el testimonio es el producto de principios y de métodos confiables, y (3) el testigo ha aplicado los principios y los métodos confiablemente a los hechos del caso”. Estas reglas fueron concretadas en el caso Daubert, pero luego admitidas junto con la experiencia en casos excepcionales por la extensión y calidad del sujeto que la realizada en el caso Kumbo.

En la Argentina, la prueba científica está contenida dentro de la prueba pericial y de la informativa, en las siguientes normas (además de la autopsia y otros medios ya mencionados, ver arts. 220 y 246 CPCCN): en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en los artículos 457: “Será admisible la prueba pericial cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere conocimientos especiales en alguna *ciencia*, arte, industria o actividad técnica especializada”; 475: “De oficio o a pedido de parte, el juez podrá ordenar:...2) Exámenes científicos necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos controvertidos”; y 476: “A petición de parte o de oficio, el juez podrá requerir opinión a universidades, academias, corporaciones, institu-

tos y entidades públicas o privadas de carácter científico o técnico, cuando el dictamen pericial requiriese operaciones o conocimientos de alta especialización”. En el proceso penal, de modo más general se observa un criterio similar a través del Código Procesal Penal de la Nación, en el art. 222: “Para la mayor eficacia de las inspecciones y reconstrucciones, el juez podrá ordenar todas las *operaciones técnicas y científicas* convenientes” (CPPpcia. Bs. As. 217).