

MEDIOS DE PRUEBA NO LEGISLADOS Y ACEPTADOS POR LA JURISPRUDENCIA

Angela E. Ledesma *

RESUMO

A professora argentina sustenta a tese da necessidade de se introduzir, no processo, os avanços científicos e técnicos em matéria probatória, sem embargo de o Código Nacional de Processo Civil permitir a utilização de qualquer outro meio de prova, desde que não seja contrário à moral, à liberdade pessoal dos litigantes, dos terceiros, e nem seja expressamente proibido para o caso.

1. Introducción. 2. ¿Fuentes o medios de prueba? 3. Categorización: Indirectas o mediatas, imperfectas o incompletas, compuestas, materiales, preexistentes, reconstituidas. 4. Clasificación: a) Documentos; b) Pericias; c) Indicios. 5. Admisibilidad, eficacia e idoneidad. 6. Pruebas ilegítimas: a) Consentimiento; b) Procedencia; c) Conclusión. 7. Análisis de casos en particular: detector de mentiras, videotapes, fotos instantáneas, toma de huellas por procedimiento electrónico, espectrógrafo, hipnosis, sueros de verdad, grabaciones. 8. Limitaciones de apreciación. 9. Actitud del juez. 10. Legislación vigente. 11. Ponencia.

1. Introducción.

A fin de abordar el tema de la comunicación, nuestro analista se debe circunscribir a otro aspecto, que no es precisamente el de los medios de prueba no legislados y aceptados por la jurisprudencia", sino el de la "cientificidad de la prueba" y, concretamente, al modo en que los avances de la ciencia se introducen al proceso.

Así, el límite de utilización de la ciencia privada del juez la determina la "necesidad" de recurrir a conocimientos que están más allá de la cultura del juez como hombre medio. En este punto la prueba se hace científica. Sin embargo, dicha necesidad es móvil e históricamente re-

**Profa. da Universidade Nacional de Buenos Aires, Argentina.*

lativa en función del continuo acrecentamiento del nivel cultural común. Toda vez que el progreso de la ciencia no garantiza una búsqueda de la verdad inmune a los errores ni que los métodos de búsqueda se consideren correctos por estar aceptados por la generalidad de los estudiosos en un momento histórico dado, ya que los métodos mismos pueden resultar erróneos en algún momento posterior(1).

El crecimiento constante de las ciencias que hacen al saber humano, aporta al proceso distintas fuentes de prueba no legisladas, produciéndose una verdadera revolución al introducirse métodos científicos de reciente adopción, tal como sucedió con el examen hematológico, hoy incorporado por vía jurisprudencial, al proceso donde se intenta probar la filiación(2). No obstante, muchas veces estos aportes son rechazados por considerárselos violatorios de garantías constitucionales; así, por ejemplo, en materia penal, la utilización de narcóticos o "sueros de verdad" y los famosos "lie Detection" o exámenes del polígrafo.

Pero antes de continuar el análisis de estos métodos científicos, cabe determinar si estamos precisamente frente a un medio de prueba o a una fuente de prueba y posteriormente agrupar a estos distintos tipos de elementos que aporta la ciencia moderna.

2. ¿ Fuentes o medios de prueba?

A fin de verificar si las afirmaciones efectuadas por las partes son reales, el juez debe utilizar los distintos medios de prueba que se encuentran a su alcance. Los litigantes son los encargados de aportar al proceso las fuentes necesarias a tal fin.

Fuentes son los elementos con los que se cuenta antes del proceso y aun con independencia de éste. Por lo tanto, constituye un concepto extrajurídico y preexistente, pudiendo a veces haber sido preconstituidas como tales, v.g., el documento que es una prueba preconstituida por excelencia, tendrá valor sólo si se lo lleva al proceso utilizando los medios adecuados.

En tanto, el *medio* es un concepto netamente procesal, es la forma de incorporar las fuentes al proceso(3). *Carnelutti* señalaba que las fuentes son los elementos que existen en la realidad, el hecho del cual se sirve el juez para deducir su propia verdad, al paso que los medios están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso(4).

En la prueba pericial, por ejemplo, la materia u objeto que se somete a la pericia constituye la fuente que preexiste al proceso; en cambio, el trabajo o la actividad de los peritos, estudiándola y dictaminando, es el medio. En cualquier caso, siempre una prueba, una manifestación probatoria, ofrecerá los dos aspectos y los dos momentos de fuente de prueba y de medio de prueba. La fuente será anterior al proceso e independiente de él; el medio se formará durante el proceso y pertenecerá a él(5).

También podríamos afirmar que el método científico utilizado por el perito es una de sus fuentes de información para expedirse, toda vez que el medio a evaluar por el juez será el dictamen fundado, conforme lo establecido por el art. 477 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

De este distingo cabe inferir que la científicidad de la prueba no siempre aporta elementos que podamos definir propiamente como medios, sino que, como veremos a continuación, a veces se trata de verdaderas fuentes. Más aún, nos adelantamos a decir que no existen medios de prueba no legislados y aceptados por la jurisprudencia; cuando el aporte científico puede considerarse como tal, se integra al proceso a través de los medios de prueba previstos por la ley. Siempre se trata de métodos científicos cuya aplicación estará destinada a la obtención de la prueba para el proceso y, sobre todo, para el control de la veracidad.

En adelante, para no crear más confusiones conceptuales, al referirnos a esta categoría, hablaremos de *prueba*.

3. Categorización.

Estamos en presencia de pruebas indirectas o mediatas, imperfectas o incompletas, compuestas, materiales, preexistentes y en algunos casos preconstituidas.

Indirectas o mediatas: El hecho objeto de la prueba es diferente del hecho que prueba; el juzgador sólo percibe el segundo y de este induce indirecta o mediatamente la existencia del primero. Es el caso del dictamen de los peritos, los documentos e indicios, pues el juez únicamente percibe la relación del perito, el escrito o los hechos indiciarios y de esa percepción induce la existencia o inexistencia del hecho

por probar, es decir, el contrato o el suceso de que habla el primero relata el documento o indican los indicios. La relación entre la percepción del juez y el objeto por probar es mediata; entre aquél y éste se interpone el hecho que prueba(6).

Imperfectas o incompletas: Porque le dan al juez únicamente elementos o motivos para llegar a la convicción con el auxilio de otros medios que las complementan. Es el caso de las registraciones magneto-fónicas, que serán objeto de verificación a través de otros medios, ya sea pericias o testimonios.

Compuestas: Por formarse mediante elementos incompletos, aisladamente considerados, sin que sea de ningún modo indispensable que reúnan por sí mismos valor de prueba legal(7). Por ejemplo, cuando la prueba científica reviste carácter de indicio.

Materiales: De acuerdo con la categorización de *Carnelutti*(8) de materiales y personales, pertenecen al primer grupo porque en ellas siempre interviene un elemento técnico o científico y el juzgador no se enfrenta directamente con la persona del absolvente o testigo.

Preexistentes: Como fuentes, siempre lo son, toda vez que existen antes del juicio; así, los elementos técnicos, como el polígrafo o espectrógrafo y el mismo método utilizado por el perito.

Preconstituidas: Es el caso de la fotografía, grabación o película cinematográfica, ya que — como veremos — las asimilamos a los documentos.

4. Clasificación.

A simple vista notamos que la variedad de fuentes de prueba que incluye nuestro estudio impone una clasificación de las mismas, según veremos a continuación:

a) *Documentos:* Documento es todo objeto susceptible de representar una manifestación del pensamiento, con prescindencia de la forma en que esa representación se exteriorice(9). Por lo tanto, no es necesario que lleve signos escritos, sino que puede ser meramente representativo, tal como la fotografía. Pero no todos los documentos revisten este carácter, aun cuando sean susceptibles de ser llevados a la presencia del órgano judicial, v.g., las películas cinematográficas y cintas magnetofónicas carecen de aptitud para producir en forma inmediata un pronunciamiento acerca de su autenticidad, ya que necesariamente deben

complementarse mediante la práctica de otros actos procesales, como la determinación de una audiencia para la reproducción de la grabación o proyección de la película(10). No cabe duda, y así lo han entendido nuestros tribunales, de que estos elementos de prueba revisten el carácter de documentos(11). En consecuencia, su eficacia probatoria está dada por la idoneidad para permitir la formulación de proposiciones fácticas que sirvan para la verificación de las afirmaciones de las partes, ya sean reproducciones mecánicas, como fotográficas, fotocopias, registraciones magnetofónicas, tomas cinematográficas, etc. Sin perjuicio de que para verificar la autenticidad de los mismos se requieran técnicas de interpretación que nada tienen que ver con las tradicionales relativas a los documentos, pero que llegan al proceso mediante prueba pericial.

Cabe agregar que el Código Civil Italiano, en su art. 2719, reconoce la misma eficacia del original del documento privado a la fotografía del mismo, cuando su conformidad con el original se hace constar por el oficial público competente, o bien si la misma no ha sido expresamente desconocida. Sería el caso de las fotocopias certificadas por escribano público, pero lo interesante es la inclusión del término "*fotografía*" dentro del articulado del código.

b) *Pericias*: Sin embargo, más allá de la categoría de documentos, existen otros aportes científicos que no pueden ser considerados de igual modo. Son los distintos métodos que el avance de la técnica puso a disposición de los expertos, donde el perito físico, mecánico, químico, etc., puede, a través de pruebas de laboratorio o estudios estadísticos, arribar a su dictamen. No se trata aquí de la ciencia como aportadora de nuevos medios de prueba, sino de la aplicación de métodos científicos en la obtención de la prueba para el proceso y, sobre todo, en el control de su veracidad.

Micheli habla de tres medios de prueba en el proceso de cognición, ubicando el aporte técnico-científico en la tercera categorización; vale decir, en la constatación directa de los hechos por parte del juez, ya sea mediante la inspección directa, ya sea en virtud de presunciones(11). Toda vez que el juez, con auxilio del perito o del consultor técnico, al igual que en nuestra legislación (arts. 457, 458, 475 y 476 CPCCN), valora las pruebas y recibe reglas que no entran en la normal experiencia, aun jurídico-técnica.

Sin duda es en este medio de prueba donde el aporte científico se hace más significativo, circunstancia reconocida por los códigos procesales contemporáneos, que cedieron paso a la introducción de los más variados métodos de investigación, al permitir al juez requerir el auxilio de expertos cuando los hechos controvertidos requieran conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad especializada (art. 458 CPCCN).

c) *Indiciaria*: Muchas veces resulta discutible la admisibilidad de la prueba obtenida a través de fuentes técnicas o científicas, sea por su dudosa legitimidad, porque no resulta absolutamente confiable el resultado obtenido — tal el caso del polígrafo o de la hipnosis —, o, como también puede suceder, porque no sea posible controlar su veracidad mediante otras pruebas. En todos estos casos tendrá un valor indiciario y podrá ser considerada solo en ese carácter, lógicamente con relación a las demás pruebas producidas. Desde este punto de vista, todo método o elemento susceptible de aportar pruebas es valedero para formar la convicción del juez.

De todo lo cual, a prima facie deducimos que la prueba científica no aporta al proceso nuevos medios de prueba sino fuentes de prueba que se integran a través de los medios conocidos y legislados, ya sean documentos, pericias o indicios que pueden constituir presunciones.

5. Admisibilidad, eficacia e idoneidad.

El juzgador no puede analizar con carácter preventivo la idoneidad del método científico o del documento, vale decir, en el momento de ser ofrecido por los litigantes como fuente de prueba. Excepto que se trate de supuestos de manifiesta inadmisibilidad, como los métodos fundados en análisis o exámenes inconstitucionales. Tendrá que apreciar la eficacia de la prueba después de su obtención para el proceso. A tal fin, la eficacia estará dada por la factibilidad del control mediante otras pruebas, el caso de la fotografía — por ejemplo — y por la concordancia con las demás medidas producidas.

En materia de documentos, el Código Civil Italiano, en el art. 2712, reconoce a las reproducciones cinematográficas o fotográficas, a las registraciones fotográficas y, en general, a toda otra reproducción mecánica de hechos o de cosas, aun cuando sean preconstituidas, res-

pecto del proceso concreto, la eficacia de prueba, libremente valorable por el juez, siempre que aquel contra quien son producidas no desconozca su conformidad con los hechos o con las cosas mismas. Caso contrario, la ley no prevé ningún procedimiento especial para la verificación del carácter genuino de tales pruebas, de suerte que podrá ser demostrada con todo medio de prueba la no veracidad de las representaciones resultantes del signo mecánicamente reproducido, pruebas contrarias que —a su vez— podrán ser libremente valoradas por el juez (12).

En este punto hay que analizar otro aspecto, cual es el de la legitimidad de la prueba, pero, dada su trascendencia, lo haremos separadamente.

6. Pruebas ilegítimas

Adviértase que todo lo que hemos dicho en torno del tema es válido para los procesos penal, civil, comercial, laboral o administrativo, sin distinción de materia. Sin embargo, es en el proceso penal donde se nos presentan mayores dificultades en cuanto a la admisibilidad de ciertas pruebas.

Atendiendo al modo de consecución y obtención de la prueba, podemos determinar si es legítima o ilegítima, toda vez que el verdadero límite que arredra ante el uso de determinadas técnicas de indagación no es la falta de certeza sobre la atendibilidad de sus resultados, sino la violación de esos derechos inalienables de la persona humana, entre los cuales está el derecho a la integridad psíquica (13).

En tal sentido, debemos analizar dos aspectos fundamentales, a saber:

a) *Consentimiento*: Se ha cuestionado y discutido extensamente acerca de la interpretación de las comunicaciones telefónicas y telegráficas, punto en el que la doctrina norteamericana diferenció las interceptaciones consentidas de la prerrogativa personal de repetir lo que nos ha sido transmitido (14).

En este aspecto, el eminente procesalista italiano *Allorio*, entiende que la aquiescencia de parte es la excepción a la regla de ineficacia de las pruebas inadmisibles recogidas. Así, el juez tiene el deber de no poner como fundamento de la decisión la prueba inadmisiblemente recogida; esto, naturalmente, prescindiendo del caso en que la aquiescencia de la contraparte a la cual la prueba misma perjudica, haya hecho de-

saparecer prácticamente la valoración misma de inadmisibilidad del medio probatorio (15).

No obstante, siguiendo a *Cappelletti* (16), corresponde analizar si la ilícita obtención o la ilícita constitución reacciona o no sobre el posterior momento de la admisión o producción en juicio, haciendo ilegítimo también este segundo momento. Dejándose a salvo las hipótesis de violación física, fuerza mayor y plena inconciencia, a las que está vinculada la inexistencia de la prueba. El problema consiste aquí, efectivamente, en ver si una ilicitud precedente al momento de la admisión y, por consiguiente, anterior al acto inicial del procedimiento probatorio, repercute también sobre la admisión misma, haciéndola a su vez ilegítima y echando por tierra con ello el procedimiento entero. Vale decir, que quite a la prueba misma toda su intrínseca eficacia de convicción. Por ejemplo, el descubrimiento de un grave espionaje político internacional, a través de ilegítimas interceptaciones de comunicaciones telefónicas (17), donde se planteó la duda de sancionar la ilicitud de ambos actos o dejar impune el segundo delito, introduciendo la prueba al proceso. La jurisprudencia anglosajona ha intentado contestar que, aun siendo inválida e ineficaz la confesión ilegítimamente arrancada, queda sin embargo como válido y eficaz el acto (18).

No obstante, las normas que disponen la inadmisibilidad o fijan los límites subjetivos u objetivos de admisibilidad de las pruebas, encuentran su razón de ser en consideraciones que son, si no siempre por lo menos como regla general, de orden público. Cuando se ha preferido la tesis contraria ha sido más bien por consideraciones de oportunidad que por una rigurosa interpretación de las normas no aplicadas (19). Señala el maestro de Florencia que si el juez ha admitido por error un procedimiento, y de ahí la nulidad del mismo y su efecto, pese a lo cual las declaraciones prestadas o el modo de prestarlas y — en suma — el comportamiento de las partes han sido tales que ofrecen al juez indicios de convicción, si el juez utiliza aquellos elementos se está frente a la posibilidad de "conversión" del procedimiento probatorio nulo; pero ello puede darse solo dentro de los límites fijados por la ley, los que derivan del espíritu de los institutos.

En consecuencia, haciéndonos eco de la doctrina italiana, un procedimiento probatorio inadmisibile puede dar lugar a la eficacia probatoria siempre que sea convertible en otro procedimiento susceptible de producir una diversa eficacia probatoria.

b) *Procedencia*: En torno a este aspecto, también fueron autores italianos los que analizaron el tema a la luz de los principios constitucionales. En tal sentido, las pruebas ilícitas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso penal, civil o administrativo cuando provengan de un particular, toda vez que la Constitución prohíbe su utilización cuando provengan de un órgano de la autoridad pública. De lo contrario se violaría el art. 3º de la Constitución italiana, en tanto dispone que determinados actos considerados lesivos de la libertad personal se entienden revocados y quedan sin ningún efecto. Sin embargo, cuando el ilícito sea imputable a un particular, la reacción social se limita a la aplicación de las normas del Código Penal, sin que deban aplicarse ulteriormente sanciones de naturaleza procesal y es sólo en ese supuesto que las pruebas ilícitas pueden ser tenidas en cuenta (20).

Tesis que no compartimos, ya que el acto es ilícito y reviste tal carácter con independencia de la persona u órgano de quien proceda, limitándose del mismo modo su eficacia probatoria, fundada en razones de orden público; ello, con excepción de que pudiéramos arribar a la "conversión" del procedimiento.

c) *Conclusión*: Las pruebas que se definen como ilícitas no son tales en realidad porque violen normas procesales o porque choquen con las exigencias de la declaración de certeza de los hechos en el proceso, sino porque fueron obtenidas en violación de derechos protegidos por normas diversas y en primer lugar por normas constitucionales (21). En consecuencia, sólo se pueden convertir en eficaces los elementos probatorios obtenidos en proceso nulo cuando se constituya en indicio que conjuntamente con otras pruebas pueda llevar al juez a formar su convicción, tal como reiteradamente, lo entendió la jurisprudencia con respecto a la indagatoria policial (22).

7. Análises de casos en particular.

Detector de mentiras: Todos los métodos técnicos utilizados con tal finalidad han sido cuestionados por la doctrina y la jurisprudencia, como veremos a continuación. Los exámenes del polígrafo — polygraphi — actúan mediante el único análisis de los registros del polígono y para determinar la verdad y el engaño se basan en ciertos cambios fisiológicos del individuo suscitados por diversos tipos de preguntas.

El éxito del método estará dado por la mayor o menor capacidad y experiencia del operador (23). Los tribunales norteamericanos, en recientes fallos, fueron disidentes, resolviendo que son inexactos, no admitiéndose la prueba por su inseguridad (24), sin embargo, la Corte la receptó cuando el acusado, adecuadamente representado en juicio, acepta su uso ilimitado (25). Aunque luego hizo lugar a la queja de un testigo — en otro caso — habiendo sido consentido el método por el acusado (26).

Devis Echandi no parece tener duda en cuanto a su utilización, ya que afirma que los detectores de mentiras, como los exámenes psiquiátricos o psicotécnicos, los tests psicológicos y otros similares, no presentan problemas en cuanto a su licitud porque no se usa la fuerza ni se afecta la libertad de conciencia y, por lo tanto, no constituyen atentado contra ningún derecho subjetivo del examinado y menos contra su dignidad personal (27). Opinión que no compartimos, pues como lo señalara la jurisprudencia referida, dichos métodos no garantizan la veracidad de sus afirmaciones y, por ende, sólo pueden ser valorados en concordancia con las demás pruebas.

Videotapes: Se ha reconocido que las películas de videotape son ordinariamente admitidas como prueba en juicio criminal (28). De todos modos, no olvidemos que su autenticidad será verificable a través de otras pruebas.

Fotos instantáneas: Se reconoció, en el proceso norteamericano, que las fotos instantáneas de la cara del acusado, tomadas para mostrar la condición de su pelo y su altura, fueron rechazadas por inadmisibles en algunos casos (29). Reiteramos que en nuestro medio su valor es indiciario y verificable por otras fuentes de prueba.

Toma de huellas por procedimiento electrónico: Es un método electrónico, fundado en la técnica de la xerografía, pudiéndose tomar huellas digitales o una palma; no es el único pero permite tomar dichas huellas sin manchar los dedos y es el primero que ha permitido lograr ese resultado con éxito (30). No ofrece dificultades su aceptación.

Espectrógrafo — spectrographic—: Siguiendo con la jurisprudencia norteamericana, son diversos los fallos en tal sentido; algunos entendieron que la identificación de impresiones vocales por medio de su uso no ha llegado a un punto de aceptación y confiabilidad científica como para ser admitido como prueba (31). Otros se expidieron en sentido

contrario, señalando que no es tan errónea su admisibilidad como para requerir su exclusión de la consideración del jurado, máxime cuando la grabación demuestra que virtualmente se han empleado los resguardos para asegurar la confiabilidad y para prevenir el error de aquel cuerpo (32). En nuestros tribunales aún no se utilizó este método, pero su admisibilidad estaría sujeta a las limitaciones que se arguyen en la presente.

Hipnosis: En cuanto a esta prueba, la resistencia en el derecho comparado es mucho mayor que en otros supuestos, habiéndose considerado admisible el testimonio del testigo cuya memoria fue refrescada por hipnosis únicamente cuando antes y después los testimonios fueron los mismos (33), entendiéndose que donde el testimonio de los mejores expertos indica que ninguno puede determinar si la memoria actualizada por la hipnosis es verdadera, falsa o confabulación (mezcla de verdad con fantasía), esa memoria no es científicamente creíble como precisa (34), criterio que se comparte ampliamente.

Sueros de verdad: Autorizada doctrina señaló que la utilización de narcóticos en los procesos penales es criticable, porque de ese modo se identifica el medio con la finalidad probatoria y la búsqueda de la verdad sería suplida por la aplicación de una inyección (35).

Tanto en la hipnosis como en los sueros de verdad cabe destacar que muchos ordenamientos procesales prohíben expresamente el empleo de drogas, narcosugestión, narcoanálisis, hipnotismo, exploración farmacodinámica por medio de barbitúricos, para obtener la confesión o los testimonios, toda vez que destruyen la conciencia del sujeto y desaparece la voluntad y espontaneidad en la narración obtenida. Por otro lado, esos métodos pueden acarrear serias lesiones orgánicas o psíquicas, pero, aun cuando no las produjeran, su ilicitud es manifiesta porque, como el tormento, atentan contra la dignidad de la persona humana y violan los principios de la lealtad y probidad de la prueba (36).

Grabaciones: Esta fuente de prueba debe ser examinada con suma prudencia, teniendo en consideración que no haya habido violación de la ley, desconocimiento de derechos amparados por ésta o se atente contra la persona humana (37). Caso contrario, estaríamos frente a una prueba ilícita, tal como sucede con la obtención de grabaciones subrepticias, ya sea de conversaciones telefónicas o de diálogos personales de

carácter íntimo. Nuestros tribunales así lo entendieron, al sentar que es inadmisibile la grabación de las manifestaciones formuladas por una persona, obtenida en la ignorancia de ésta y mediante procedimientos que, en principio, son inaceptables (38). Asimismo, esta prueba debe ser valorada de acuerdo con las constancias de autos (39).

Siempre que no se hayan violado los principios antes enunciados, el interés particular de conservar el secreto de los actos privados debe ceder frente al interés de la justicia de esclarecer la verdad de los hechos, tanto en el proceso penal como civil.

No obstante lo cual, aun cuando pueda considerarse legítima su inclusión en el procedimiento probatorio, no hará plena prueba, sino que será materia de corroboración a través de testigos o peritos; máxime ante la factibilidad de imitar los sonidos o falsear la voz.

Es útil advertir que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en el derecho comparado existe un denominador común en cuanto a la apreciación de la prueba. Que no es ni más ni menos que la letra del artículo 378 CPCCN, vale decir, "que no afecte la moral, la libertad de los litigantes o de terceros"; y del art. 953 del Código Civil en cuanto a que "el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, hechos que no sean ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquem los derechos de un tercero".

9. Actitud del juez.

Después de haber agrupado las distintas fuentes de prueba en análisis, cabe preguntarnos cuál será la actitud del juzgador frente a éstas.

Sabemos que *probar* indica una actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio (40) en tanto que *prueba* es la verificación de las afirmaciones formuladas por las partes, relativas a hechos y excepcionalmente a normas, para lo que se utilizan las fuentes que se llevan al proceso por determinados medios. Sin embargo, desde la óptica del sentenciante, se designa como *prueba* al resultado del procedimiento probatorio, o sea, al convencimiento a que se llega a través de los medios de prueba. *Denti* enseña que la cientificidad se refiere a la "prueba" como

“resultado de la prueba”, constituida por la valoración a la cual arriba el juez acerca de la existencia o inexistencia del *factum probandum* (41).

La producción de la prueba puede importar el empleo de medios técnicos particularmente complejos, pero se trata siempre de actividades procesales preordenadas para adquirir instrumentos de conocimiento de los hechos. Por lo tanto, la “cientificidad de la prueba” sólo comporta para el juez el empleo de conocimientos que van más allá del saber del hombre medio.

Aunando este concepto al sistema de libres convicciones establecido por nuestros códigos procesales, si bien el juez es libre en la apreciación de las pruebas, debe formar su convicción valiéndose de las llamadas reglas de la sana crítica. En tal sentido, surge la necesidad de fundar el análisis de las pruebas que realiza en la sentencia, permitiendo así el control a las partes y al tribunal de apelación (42). Principio éste consagrado en el artículo 386 CPCCN: “los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica”.

Como producto de la superación del sistema de la prueba legal se plantean otros interrogantes, cual es el control sobre la formación del convencimiento del juez y, concretamente, el que éste puede desarrollar sobre el correcto empleo de las nociones técnico-científicas por parte del perito.

El juez, como exponente e intérprete de la colectividad, debe efectuar una valoración racional, sobre la base de criterios objetivos y verificables. Controlando el grado de aceptabilidad de los nuevos métodos científicos y la racionalidad del procedimiento seguido por el perito (43). En concordancia con el art. 477 CPCCN, “teniendo en cuenta la competencia del perito”, o sea, la valoración de la autoridad científica; “los principios científicos o técnicos en que se funda”, lo que equivale a la incorporación al patrimonio científico de los métodos de investigación por él seguidos. A su vez, que dichos métodos no contraríen principios constitucionales o de orden público. Exigiendo además, al experto, la coherencia lógica en su argumentación.

Sintetizando, el sistema de libres convicciones, sana crítica, apreciación razonada o convicción libre, vigente en nuestra legislación, fija al juez, como único límite de adquisición de la prueba, que los métodos técnicos científicos utilizados no violen las garantías constitucionales.

Pues, como dice *Alsina*, las partes están habilitadas para utilizar cualquier medio que las circunstancias pongan ocasionalmente a su alcance o deriven de situaciones especiales, dado que todos los medios son legítimos para formar la convicción del juez (44).

10. Legislación vigente.

Nuestros ordenamientos procesales han previsto la introducción de métodos científicos y técnicos destinados a formar la convicción del juez. Más aún, se han referido concretamente a ellos y no limitaron su admisibilidad. Al paso que, como adelantáramos, todavía *no* se ha descubierto ningún medio de prueba diferente de los ya legislados. Es decir, que cada una de las pruebas analizadas, como hemos visto, se asimila a las existentes.

Del mismo modo se había expedido antigua doctrina (45), al aseverar que la prueba mediante discos, placas o alambres fonográficos no se encuentra proscripta por ninguna disposición de los Códigos Civil y procesales argentinos, toda vez que el primero de ellos contiene una enumeración dedicada especialmente a los contratos (art. 1190), pero nada dice respecto de los hechos jurídicos que no son contratos, de manera, pues, que, no siendo esa enumeración taxativa, no puede sostenerse que una clase de prueba queda excluida por no hallarse comprendida en dicha norma. Para que ello ocurra, la prohibición debe ser expresa, terminante; tal el caso de la absolución de posiciones en el juicio de divorcio.

El CPCCN no limita los medios de prueba de que el sentenciante puede valerse; deja a su arbitrio la inclusión de "los que disponga", art. 378, estableciendo como únicos obstáculos a dicho principio la improcedencia manifiesta (art. 364) y la no afectación de "la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros", o que "no estén expresamente prohibidos para el caso" (art. 378).

Para mayor abundamiento, dicho cuerpo legal, en el mismo art. 378, deja expresamente aclarado que "los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes", de acuerdo a lo expuesto precedentemente. Asimismo, deja abierta una brecha para la probable inclusión de nuevos medios de prueba, haciendo la salvedad de que podrán ser introducidos al proceso "en la forma que establezca el juez".

También sabemos que en la prueba pericial es donde con mayor amplitud se dio paso al avance científico. En tal sentido, el art.457 del código referido dice que será admisible “cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere conocimientos especiales en alguna ciencia..., actividad técnica especializada”. De igual modo, el art. 476 prevé: “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”.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, es dable destacar que “el juez podrá ordenar: 1º Ejecución de planos, relevamientos, reproducciones fotográficas, cinematográficas, o de otra especie, de objetos, documentos o lugares, con empleo de medios o instrumentos técnicos. 2º Exámenes científicos necesarios para el mejor esclarecimiento de hechos controvertidos” (art. 475 CPCCN, concordante con el art. 261 del Código Civil Italiano).

En consecuencia, nos preguntamos, ¿Cuáles son los medios de prueba no legislador y aceptados por la jurisprudencia? ¿Existen? ¿Más bien no tendríamos que habernos abocado concretamente a la introducción de fuentes científicas o a la cientificidad de la prueba y, específicamente, a los famosos métodos para detectar la verdad, en los cuales la jurisprudencia no es nada unánime, máxime cuando estos métodos solo son susceptibles de verificar mediante la utilización de las demás pruebas conocidas?

11. Ponencia.

Como las estructuras lógicas del Derecho son instrumentos forjados en la fatigable historia de los hombres, se impone la introducción del avance científico-técnico al proceso. Circunstancia que el legislador previó desde hace tiempo, al introducir la prueba pericial y luego la figura del consultor técnico, dejando además una amplia brecha para la incorporación de cualquier otro medio de prueba, al señalar el art. 378 CPCCN: “La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que..”.

Sin embargo, este principio tan amplio tiene un límite, que — como vimos — es idéntico en todas las legislaciones: “que no afecten la

moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso". Vale decir, la inviolabilidad de las garantías constitucionales, que rige todo el ordenamiento jurídico.

También apreciamos, mediante este somero análisis de la cientificidad de la prueba, que en realidad no se conoce ningún medio probatorio distinto de los legislados, sino que los nuevos aportes se fueron introduciendo a través de los medios establecidos, sin que ello ofrezca dificultad alguna. Claro está que los métodos de verificación de la autenticidad de la cinta cinematográfica no tienen nada que ver con los medios de prueba tradicionales utilizados con igual finalidad respecto de los documentos.

Resulta interesante acotar que, en última instancia, la validez de la prueba dependerá de la factibilidad de comprobación de su veracidad y de la concordancia con las demás producidas en juicio.

Por lo demás, creemos que el error de formular la ponencia como "medios de prueba no legislados y aceptados por la jurisprudencia", parte de no diferenciar las *fuentes de prueba* de los *medios de prueba*, toda vez que, hasta aquí, el crecimiento científico solo nos aportó *fuentes* de prueba, pues si a alguna de las pruebas analizadas pudiera denominársela como *medio*, sin duda resulta ilícita y, en consecuencia, no aceptada por la jurisprudencia.

Es interesante destacar que aun instrumentos técnicos como el espectrógrafo o polígrafo nos proporcionan un documento, toda vez que son susceptibles de representar una manifestación de pensamiento, y el aparato detector preexiste con relación al proceso.

(1) DENTI, VITTORIO, "Estudios de Derecho Probatorio", *Breviarios de Derecho*, Ediciones Jurídicas Europa América, p. 265.

(2) LL 106-489; JA 962-II-434.

(3) SENTIS MELENDO, SANTIAGO, "La Prueba", Ed. E.J.E.A., p. 151.

(4) CARNELUTTI, FRANCESCO, "La prueba civil", pp. 68/70, en cita de Sentis Melendo, *op. cit.*

(5) SENTIS MELENDO, *op. cit.*, p. 154.

(6) DEVIS ECHANDIA, HERNANDO, "Teoría General de la Prueba Judicial", Ed. Zavalía, t. I, p. 520 y sgtes.

(7) SCJBs. As., 21-2-78, LL 1978-D; 268 DJBA 114-213.

- (8) CARNELUTTI, FRANCESCO, "Teoría general del Derecho", n. 209, pp. 496-497.
- (9) CHIOVENDA, GIUSEPPE, "Principios de Derecho Procesal Civil", trad. Casais y Santaló, t. II, p. 369. PALACIO, LINO ENRIQUE, "Tratado de Derecho Procesal Civil", t. IV, p. 417.
- (10) PALACIO, LINO E., op. cit., p. 421.
- (11) CNCiv., Sala "C", LL 91-349.
- (11) MICHELI, GIAN ANTONIO, "Derecho Procesal Civil", Ed. E. J. E. A., t. II, p. 103.
- (12) MICHELI, GIAN ANTONIO, op. cit., p. 131.
- (13) DENTI, VITTORIO, op., cit., p. 269.
- (14) GREENAWALT, KENT R., "El problema del consentimiento en la interceptación de comunicaciones". *Columbia Law Review*, New York (EE.UU.), vol. 68, n. 2, febrero 1968, p. 189, *Reseña de J. D.*, en LL 132-1522.
- (15) ALLORIO, E., "Efficacia di prove ammesse ed esperite in contrato con un divierto di legge?", en *Giur. It.*, 1960, I, 2, p. 871 y sgtes. En cita, CAPPELLETTI, MAURO, "La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil", Ed. E. J. E. A., p. 139 y sgtes.
- (16) CAPPELLETTI, MAURO, op. cit., p. 140.
- (17) "Proceso Egidi", cfr. CASACIÓN PENAL, sección I, 14-12-57, en *Riv. It. di Dir. e Proc. Pen.*, 1958, pp. 564 y sgtes., en cita de CAPPELLETTI, MAURO, op. cit., p. 139.
- (18) CAPPELLETTI, Mauro, op. cit., p. 141.
- (19) CAPPELLETTI, MAURO, op. cit., p. 144 y sgtes.
- (20) VIGORITTI, VICENZO, *Rivista di Diritto Processuale*, Padua (Italia), año XXIII, Nos. 1-6, marzo 1968, p. 64, "Pruebas Ilícitas y Constitución".
- (21) Véscovi, Enrique, "Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita", *Rev. de Der. Proc. Ib.Am.*, 1970, p. 341.
- (22) CNFed., Sala Crim. y Corr. Instancias única, 16-12-70, LL 140-643.
- (23) Frank S. Howarth y John E. Reid, "The Journal of Criminal Law", *Criminology and Police Science*, Chicago, Illinois (EE.UU.), vol. 62, N. 2, junio 1971 p. 276, LL 146-1216.
- (24) "Walton v. State" (1977), *Okla Crim.*, 565 P2d 716, *American Jurisprudence*, vol. 29, issued in July 1982.
- (25) "Willis v. State" (1978), *Ind.* 374 WE ed. 520, *AJ* vol. 29, July 1982.
- (26) "Pickens v. State" (1978), 96 *Eis* 2d 549, 292 *NW* ed. 601, *AJ*, vol. 29, July 1982.
- (27) Devis Echandi, Hernando, op. cit., p. 545.
- (28) "State v. Jackson" (1977), *IOWA*, 259 *NW* 2d. 796; "State v. Brown" (1980), *Utah*, 607 *P2d* 261, ambos casados de *AJ*, vol. 29, July 1982.
- (29) "State v. Jones", *La.*, 283 *So. 2d* 276, later app (LA) 325, *So. ed.* 235-792, 5, *AJ*, vol. 29, July 1982.
- (30) YOSHITAKA KIMURA, *Revista Internacional de Policía Criminal*, París (Francia), año XX, N. 189, junio/julio 1965, p. 168.

- (31) "People v. King", 266 Cal APP, ed. 437, 72 Cal. FPTR; "State v. Cary", 99 NJ Super 323, 239, A 2d. 680 remander 53 NJ 256, 250 A 2d. 15, and affd 56 NJ 16, 264 A 2d. 209. Extraídos de AJ, vol. 29, july 1982.
- (32) "United States v. Wriqth", 17 USCAMA 183,37 CMR 447; "United States v. Williams" (1978), CAZNY 583 Fed. 1194; extraídos de AJ, vol. 29, july 1982.
- (33) "People v. Lucas" (1980), 107 Misc., ed. 231, 435 NYS 2d. 461; AJ, vol. 29, july 1982.
- (34) "State v. Mack" (1980, Minn. 292 NW, ed. 764, AJ, vol. 29, july 1982.
- (35) GARCÍA RADA, DOMINGO, *Revista de Derecho Español y Americano, Madrid (España), año V, 11ª época, N. 8, abril 1965, p. 121 "Utilización de narcóticos en los procesos penales – Sueros de verdad"*.
- (36) DEVIS ECHANDÍA, *op. cit.*, p. 543.
- (37) ALTAVILLA, ENRICO, "Psychologie judiciare", p. 326, citado por Devis Echandía, *op. cit.*, p. 544.
- (38) CNCCom., Sala "A", 29-4-58, LL 93-433; JA 959-II-238; CNCiv., Sala "F", 24-5-77, ED 74-649.
- (39) CNCiv., Sala "D", 5-8-59, LL 96-209.
- (40) CARNELUTTI, FRANCESCO, "Sistema de Derecho Procesal Civil", t. II, Ed. Uteha Argentina, p. 398.
- (41) DENTI, VITTORIO, *po. cit.*, pp. 2/667.
- (42) FENOCHIETTO, CARLOS EDUARDO, "Curso de Derecho Procesal Civil", Ed. Abeledo Perrot, p. 128.
- (43) Conf. DENTI, VITTORIO, *op. cit.*, p. 301.
- (44) ALSINA, HUGO, "Tratado de Derecho Procesal Civil", t. 2, p. 180.
- (45) COLOMBO, LEONARDO A., "Acerca de la prueba fonográfica de los hechos", *Revista de Derecho Procesal*, 3er. trim. 1949, N. III, p. 243 y sptes.