

LA PRUEBA PERICIAL Y SU EVALUACIÓN ¹

(APROXIMACIÓN COMPARATIVA URUGUAYA-ARGENTINA)

Augusto M. MORELLO

SUMARIO: I. *Introducción*; II. *Sucinto cuadro comparativo*; III. *Balancede convergencia*; IV. *Criterios que predica la Corte Suprema Argentina*; V. *Terminación*.

I. INTRODUCCIÓN

En esta etapa de la evolución del derecho comparado de la América lusoespañola, me parece que lo más importante es procurar la armonización entre los diferentes regímenes positivos a fin de que la preocupación por ver plasmada las Bases Uniformes de un Código Tipo, se acorte en su materialización.

El intento que significa este aporte, desde luego modesto en sus alcances, emerge como una tarea parcial que sirve sin embargo a los fines antes enunciados. Es la comprobación empírica entre dos países hermanos contiguos (Uruguay y Argentina) que conjugan técnicas similares en el ámbito de la prueba (y obviamente en la mayoría de las instituciones jurídicas, máxime las del proceso civil). La referencia se asienta en el nuevo Código General del Proceso y pone de relieve la inexistencia de barreras u obstáculos, en todo caso de fácil superación, que permite uniformar no sólo los textos, sino, lo que es más significativo, *los criterios de hermenéutica y aplicación en las disposiciones a utilizar*.

¹ *In extenso* nos ocuparemos de la problemática de la prueba en general en la obra en común, Morello, Augusto M.; Sosa, Gualberto Lucas y Berizonce, Roberto O., *Códigos procesales de la provincia de Buenos Aires y de la nación*, Platense, Abeledo-Perrot, 1991, t. V, y en el libro del autor, *Prueba. Tendencias modernas*, Platense, Abeledo-Perrot, 1991.

De suerte que, expandiendo esa experiencia parcial al conjunto de los medios probatorios, se canalizaría un cuadro del derecho vivido en la experiencia concreta, de similar resonancia para la totalidad de los países en los que regirá el código modelo.

Vayamos, pues, a ese enfoque abarcador que traduce una tentativa de desarrollo, razonable y posible, cuyo horizonte, obviamente es de mucho más vastas proyecciones.

II. SUCINTO CUADRO COMPARATIVO

Acaso sea de interés exponer, en un breve comentario, los criterios que predominan en la jurisprudencia argentina en el marco de la prueba pericial y circunscrito a una de sus áreas de intensa repercusión práctica, la que atañe a la *valoración* de la misma por el juez y de su posible comunicabilidad y armonización a las similares pautas de política consagradas por el Código General del Proceso, vigente en la República Oriental, desde el 20 de noviembre de 1989.

Con referencia a la evaluación, apreciación o mérito de esa prueba tan decisiva, las disposiciones les responden a patrones análogos.

CGP, artículo 184

—*Apreciación del dictamen*

Los dictámenes de los peritos, salvo el caso de que las partes le hayan dado a éstos el carácter de arbitradores respecto de los hechos establecidos en sus conclusiones y se trate de derechos disponibles, serán apreciados por el tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica (artículo 140) “*debiendo consignar en el fallo los motivos que tenga para apartarse de ello cuando así lo haga*”.

[La disposición reenvía a la norma *madre* que gobierna al conjunto de los medios practicados] (artículo 140).

—*Valoración de la prueba*

Las pruebas se apreciarán tomando en cuenta cada una de las producidas y *en su conjunto*, racionalmente, de acuerdo con las reglas de la *sana crítica*, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa.

El tribunal indicará, concretamente, cuáles medios de prueba fundan principalmente su decisión.

[A continuación de las Pautas Generales en materia probatoria] prescribe el artículo 141 *Reglas de experiencia*: A falta de reglas legales expresas para inferir del hecho conocido el hecho a probar, el tribunal aplicará las reglas de la experiencia común extraídas de la observación de lo que normalmente acaece.

CPN, artículo 477 (ley 22.434)

—*Eficacia probatoria del dictamen*

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 la explicación con las *reglas de la sana crítica*, las observaciones formuladas por los consultores técnicos² o los letrados, conforme a los artículos 473 y 474 y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca.

En punto a la directiva ventral, estatuye el artículo 386, CPN.

—*Apreciación de la prueba*

Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con *las reglas de la sana crítica*. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino *únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa*.

III. BALANCE DE CONVERGENCIA

De la confrontación literal y cotejo de los principios (del sistema) que animan los respectivos regímenes, se desprende que en lo *nuclear* las similitudes son esenciales:

a) la evaluación —como principio— se acomodará a las reglas de la sana crítica;

b) el tribunal queda vinculado a la fuerza específica del dictamen, aunque no de manera automática, maquinaal o absoluta. Pero no puede omitirlo ni descartarlo de manera discrecional, menos absurda o

² La figura de los consultores (no contemplada en el CGP) se incorporó a la legislación procesal argentina siguiendo —con sustanciales diferencias— el modelo italiano; conforme al artículo 458, CPN (texto ley 22.434) cada parte tiene la facultad de designar un consultor técnico que “colaborará” con el perito único designado de oficio por el juez, salvo cuando una ley especial establezca un régimen distinto; así podrá designar tres de oficio en el juicio de nulidad de testamento (o de similar complejidad), a los que impartirá las directivas sobre el modo de proceder.

arbitraria, para lo cual, en su fallo, deberá suministrar las razones objetivas que justificarán la devaluación o el descarte de lo aconsejado y dictaminado por el experto. La pericia es una prueba de *especial* relieve científico y técnico; también con un inocultable voltaje de “peligrosidad”; le es exigible una intrínseca y sólida lógica, fundante, respaldada en el inteligente examen de los hechos y en la concordancia de los motivos de aquel carácter (científicos o técnicos) con la experiencia concreta. Adviértase que los avances de sus progresos no desvirtúan, sin embargo, ni se solucionan, por cierto, con las derivaciones que a la libertad ordenada del conjunto de la prueba y del *saber vital común* en una altura cultural y socioeconómica determinada, racionalmente arriman suficiente fuerza de convicción;

c) los peritos —como deber del encargo y de su responsabilidad— tienen, asimismo, un deber de colaboración de matices afinados (que se muestran de rasgos más nítidos en el código uruguayo) cual es el de precisar en el dictamen, con cristalina circunstancialidad: 1) la equilibrada *congruencia* entre lo que dictaminan y los límites con que las partes —en el inicio o en el pedido de ampliación de explicaciones— o el juez, establecieron; 2) el *campo de maniobras* de la tarea técnica, a través del contenido de los *puntos de pericia* o las cuestiones concretamente señaladas (no sobre otras *distintas*; pero sobre las pertinentes, de modo pleno) acerca de las que debe versar el dictamen;

d) es de interés puntualizar el parangón entre el referido dictamen y el cuestionario o puntos periciales con la originaria exigencia (en Argentina, el artículo 330, inciso 3º, CPN; en Uruguay, artículo 117, inciso 5º, CGP) de la forma y contenido de la *demand*a (y su contestación) (artículo 356, CPN; artículo 130, inciso 1º, CGP) en tanto en esas piezas claves se debe determinar, cualitativa y cuantitativamente, el objeto de la pretensión con la mayor precisión a fin de permitir a la parte contraria el pleno ejercicio de su derecho de defensa. La delimitación concreta del objeto reclamado, en principio, es inexcusable por no ser admisibles peticiones genéricas o implícitas.³ El plan del trabajo al que deben responder los peritos se le asemeja, pues no es un vuelo a ciegas, ni una tentación a dictámenes “sorpresivos”⁴ que descoloquen a las partes y confundan al juez;

³ Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, t. IV, p. 294.

⁴ Morello, *La prueba*, *cit.*

e) desde un ángulo afín, la fuerza de convicción que puede o no aportar la respuesta concreta del experto no estará en función de cómo han sido formuladas las preguntas o requerimientos, sino en relación al valor intrínseco del dictamen y el respaldo con que cuente en sus propios fundamentos para esclarecer los hechos controvertidos.⁵

Desde luego que la profundización en el tema desnudaría diferencias, atributos y peculiaridades que no es ahora la oportunidad de subrayar, sino más bien lo otro, lo cercano y parecido, que contribuye a una más conveniente actividad compartida en ambos márgenes del Plata.

IV. CRITERIOS QUE PREDICA LA CORTE SUPREMA ARGENTINA

Luego de ese elemental vuelo de posición quisiéramos presentar un agrupamiento de directivas de nuestro alto tribunal federal que puedan resultar de alguna utilidad para los profesionales del país hermano en cuanto a la doctrina de despliegue del tema, en sus repercusiones prácticas.

a) En primer lugar —y es válido para el resultado de la totalidad de la gestión probatoria— los jueces no están obligados a valorar todas las pruebas idóneas y conducentes.⁶

De tal premisa se deriva inmediatamente que la circunstancia de que el juez haya dado preferencia a determinado hecho probatorio respecto del invocado por el recurrente no configura causal atendible de arbitrariedad,⁷ porque en tan quebradizo y nada manso cometido jurisdiccional (el de ponderar la prueba) priva una conjunción de razonables exigencias para el juez, y una dúctil libertad de selección y otorgamiento (sanamente fundado) de registros y *orden de preferencias*.

Concurrentemente, con el plafón selectivo el órgano jurisdiccional tiene que asumir en una labor abarcadora —global, sin indebidas pretermisiones— el análisis de cada uno de los medios probatorios practicados que, como regla, no operan “en solitario”, desgajados de la fuerza *acumulativa* de la totalidad.

⁵ *Corte Suprema*, S.60.XX, “Stanci SRL vs. Universidad de Buenos Aires”, noviembre 17 de 1987.

⁶ *Corte Suprema*, B.376.XXII, “Balzarotti G. y otros”, abril 23 de 1991.

⁷ *Corte Suprema*, 791.XXI, “Clan SACIFI vs. Ferrocarriles Argentinos”, mayo 16 de 1989.

Ello no lleva, sin embargo, a estar constreñidos a tratar una por una todas las producidas, sino que basta que mencionen aquellas que, a su juicio, sean decisivas para fundar la solución que adoptan.⁸

La construcción de la posición dialogal del juez ante la prueba se asienta en el norte de que el examen del “block totalizador” es la concatenación, en la perspectiva que cobran cada una de las practicadas en el trasluz de las demás; en una secuencia articulada de acuerdo con la sana crítica racional y atendiendo a las reglas de la lógica y la experiencia.⁹

b) Al cobijo de ese entramado de apoyatura general, deslicémosnos a lo que ha sido tratamiento particularizado con lo pericial. Desarrollos que se soportan en la evidencia de que resultará irrazonable —con la derivación técnica a la descalificación del fallo con arreglo a la doctrina de la sentencia arbitraria, originante de cuestión federal por traducir una falla de inconstitucionalidad —la motivación que en el desemboque valorativo (de la prueba) quebranta la garantía del debido proceso legal adjetivo.

1º No se sustenta un examen *parcializado* del peritaje médico que sólo hace referencia a las conclusiones del experto con relación a la “hernia inguinal izquierda” —que no habría sido motivo de reclamo— pero guardó silencio en lo referente a la “hernia inguinal derecha”, sobre la cual el perito habría aceptado su carácter concausal amén de la posibilidad de admitir como científicamente cierto que hubiera surgido por causa del accidente *in itinere*.¹⁰

El reproche de estarse ante un *deficiente estudio* del dictamen se extiende al fallo que al referirse a los peritajes no mencionó las *ampliaciones* que éstos hicieron a pesar de que en ellas se efectuaron consideraciones de importancia para la dilucidación de la litis.¹¹

Nuestra corte controla, igualmente, que no se prive arbitrariamente de mérito a una prueba de engorroso trámite y, normalmente onerosa, que incide en proporción principal en el costo del proceso. De allí que habiéndome admitido la realización de la pericia no cabe a

⁸ Ver disidencia de los doctores José Severo Caballero y Augusto César Belluscio en *Corte Suprema*, C.547.XXI, “Causa iniciada en virtud del decreto 280/84 del P.E.N.”, junio 22 de 1987.

⁹ *Cfr. Corte Suprema*, G.32.XXII, “Gordon, Aníbal y otros”, octubre 4 de 1988.

¹⁰ Voto del doctor Carlos S. Fayt, en *Corte Suprema*, S. 290.XXI, “Félix, Juan vs. Pirelli SAIC”, junio 2 de 1987.

¹¹ Disidencia de los doctores Carlos S. Fayt y Jorge Antonio Bacqué *in re* S.438.XXI, “Sulfacid SA vs. Cap. y/o Arm. y/o Prop. Buque Río Bravo y otros”, junio 16 de 1989.

los jueces apartarse de su resultado sobre la base de razonamientos *subjetivos* que no consultan la realidad de las constancias de la causa y llevan ínsito un *claro voluntarismo*.¹²

Desde lo que vamos desarrollando ha de quedar reflejado que para el logro de la suficiencia técnica de la pericia, la faena ha debido ser cabalmente objetiva además de exhaustiva y responsable. De lo contrario, si aquello que mostraba una endeblez argumental y avaros o erróneos —insuficientes— fundamentos contaminará la eficacia del fallo en sí: ¿qué valor tendría la sentencia si la indemnización otorgada por la misma fue establecida sobre la base de un informe pericial que se *limitó a enunciar pautas genéricas* (en el controvertido tema de la depreciación monetaria), *sin apoyo de elemento técnico alguno* que permita determinar (y hacer controlable) su cuantificación?; habida cuenta que el perito se circunscribió a enumerar una serie de factores negativos que, a su juicio, habrían determinado la desvalorización del inmueble, sin especificar concretamente la magnitud de cada uno de los perjuicios y el grado de su incidencia.¹³

No podrá extrañar, por ende, que habrá de fallar *ab initio* un presupuesto significativo de la procedencia del reclamo indemnizatorio efectuado por el contratista, si los cálculos formulados *in abstracto* por el perito se hallan muy lejos de demostrar la realidad del perjuicio invocado, en función de la rentabilidad natural que la empresa es capaz de obtener y produjo comparativamente durante el periodo de ejecución de la obra.¹⁴

También es de interés subrayar la significación integrativa —casi siempre de peso superior y en verdad decisiva— del *complemento* del dictamen pericial que acaece a consecuencia del pedido de explicaciones; y, con mayor razón, de las *impugnaciones* fundadas, a sus conclusiones.

¹² *Corte Suprema*, J.29.XXI, “Jalil, Antonio Aníbal vs. Provincia de Catamarca”, abril 25 de 1989. Desde luego que los magistrados podrán (*rectius*, tienen el *deber* de) corregir una defectuosa apreciación de los expertos (por ejemplo del tribunal de tasaciones), toda vez que concurren circunstancias demostrativas de error u omisión, indicativas de que resulta justificado apartarse de su dictamen (*Corte Suprema*, S.148.XXII, “Servicio Nacional de Parques Nacionales-Fisco Nacional vs. Amelia García del Río de Calero y otro”, diciembre 12 de 1990).

¹³ *Corte Suprema*, C.473.XXII, “Carril de Martínez, Josefa y otros vs. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, mayo 11 de 1989.

¹⁴ *Corte Suprema*, G.188.XXI, “Graziani SA vs. Comisión Nacional de Energía Atómica”, septiembre 7 de 1989 (voto de los doctores Augusto César Belluscio y Enrique Santiago Petracchi).

Si las falencias de juzgador radican en ese tramo, la sanción del control es, por cierto, enérgica, porque corresponde dejar sin efecto la sentencia (que denegó el beneficio de pensión) que no se hizo cargo de las críticas formuladas por la peticionaria en oportunidad de contratar el traslado del dictamen del cuerpo médico forense, a pesar de que tendía al esclarecimiento de la real situación de aquella y de los efectos que la incapacidad podría producir en relación a sus limitaciones de reinserción en el mercado laboral.¹⁵

Obviamente que las particularidades de cada litigio y sus intransferibles matices determinan adecuada *adaptación*, queremos decir, la relativización del rigor de los principios procesales que deban gobernar —o guiar— la tarea de apreciación probatoria en general, y en lo que concierne a la pericial en particular.

Si lo insuficientemente demostrado nos arrima a las situaciones fronterizas con “los dilemas probatorios”, se recorre un amplísimo espectro que presiona, condicionando los márgenes del operador jurídico, que en muchas definiciones no logra superar “el desconcierto”. Entonces, se podrán justificar razonablemente las *dudas* del tribunal. Así acontece cuando la existencia de dos exámenes periciales, en el transcurso de un lapso relativamente breve, otorga a la supuesta lesión una naturaleza distinta.¹⁶

Empero —y regresamos a una de las coordinadas mayores que apuntalan, al mismo tiempo, la conjugación equilibrada del valor y eficacia de la prueba pericial y el *comportamiento* debido del intérprete— para atribuir carácter controvertido a los informes periciales, los jueces deben dar las *razones* por las cuales se apartan de sus conclusiones asertivas.¹⁷

V. TERMINACIÓN

Fue grato mostrar, en el *racconto* que precede, las homogéneas experiencias normativas de ambos países en el aspecto del sugerente

¹⁵ *Corte Suprema*, V.280.XXII, “Vergara, Bertha Candelaria”, septiembre 4 de 1990. En materias que circulan por el denominado modelo de justicia de protección (o de acompañamiento), la sensibilidad del Tribunal en la flexibilización de los resultados probatorios en miras de que no se frustren derechos de la seguridad social, alimentarios o de muy preferente tutela, es *muy acentuada* (para el Uruguay véase la similar elastización consagrada a través de “reglas especiales para ciertas pretensiones”, por el artículo 350, CGP).

¹⁶ Disidencia de los doctores Mariano Augusto Cavagna Martínez y Augusto César Belluscio, *Corte Suprema*, V.328.XXII, “Veira, Héctor R.”, abril 24 de 1991.

¹⁷ Disidencia de los doctores Ricardo Levene (h.) y Augusto César Belluscio, *in re*, S.129.XXIII, “Sofovich, Gustavo M.”, agosto 13 de 1991.

cuadrante de la prueba pericial y los comunes enriquecimientos en las paralelas experiencias *vivas*, del derecho judicial.

Son ellos los despliegues jurisdiccionales, en el devenir de simétricos modos de pensar y actuar las normas, de los principios y los estándares de la interpretación jurídico procesal.

Debemos proseguir esa estimulante y abierta empresa —compartida— pues la evaluación correcta que realicen los jueces en sus fallos permitirá, de manera funcional, que la prueba pericial adquiera especial significación colaborando decididamente a hacer que, en *concreto*, el servicio de justicia sea mejor.

El estudio se ciñó a los ordenamientos procesales vigentes en los dos países. La idea es ir trabajando —doctrinariamente— sobre los textos y principios contenidos en el Proyecto de Código Modelo para Hispanoamérica, en tarea de exploración y, lo más significativo, de una valiosa y necesaria armonización que nos ponga en situación de utilizar sin graves agrietamientos hermenéuticos las normas uniformes que requieran de un inteligente y sostenido apoyo de los operadores jurídicos.