

La Prueba Científica No es Prueba Pericial

Oswaldo Alfredo Gozaíni*

En la actualidad, la utilización de una prueba científica ha alcanzado grandes niveles de respaldo y aceptación, generando así que su valor como medio de prueba se haya visto incrementado; sin embargo, Oswaldo Gozaíni, a lo largo del presente artículo nos demuestra que la utilización de la ciencia como medio de prueba destinado a verificar los hechos que las partes llevan al proceso, podría generar en realidad cierto temor sobre la influencia que pueda tener en el ánimo del juzgador al producir una convicción superior a los estándares de la libertad probatoria, convirtiendo al resultado conseguido en casi una prueba legal. Frente a ello, el autor enunciará ciertos parámetros necesarios para la valoración de la mencionada prueba, llegando finalmente, a diferenciar aquello concebido como prueba científica de la prueba pericial, connotaciones que podrían confundirse entre sí, generando con ello diversas consecuencias.

1. Introducción

Las pruebas científicas son medios de prueba, y así deben considerarse en el aspecto de la producción efectiva; la diferencia está en el sistema de apreciación que, por el valor intrínseco de las conclusiones, justamente científicas (serias e irrefutables), no permiten utilizar estándares de libertad como en las demás verificaciones, porque se parecen demasiado a las antiguas pruebas legales. Es decir, no obligan a seguirlas, pero apartarse de ellas sin justificación razonable y fundada, puede ser un motivo de arbitrariedad o ilegalidad.

Por tanto, el primer problema a resolver estriba en ubicar con exactitud el plano de entendimiento sobre qué es y cuándo es, prueba científica. Luego, es necesario resolver la aplicación de la actividad, y en su caso, establecer si el parámetro de lo pericial es adecuado o admite un desarrollo particular autorizado por el juez en cada caso concreto; el siguiente inconveniente es entablar la admisibilidad del medio de prueba en la línea de los mecanismos no legislados pero pertinentes o inadmisibles; y finalmente atender los problemas de interpretación y valoración de la prueba, con su impacto en la sentencia y la cosa juzgada.

2. Concepto de prueba científica

Una prueba es científica cuando el procedimiento de obtención exige una experiencia particular en el abordaje

que permite obtener conclusiones muy próximas a la verdad o certidumbre objetiva. El método o sistema aplicado trabaja sobre presupuestos a comprobar, y el análisis sobre la cosa o personas, puede ser racional y falible, o exacto y verificable. En el primer grupo, el ensayo sobre el origen de ciertas enfermedades puede ser cierto; en las matemáticas, el resultado siempre es cierto.

Para Marcelo S. Midón la noción de prueba científica remite a aquellos "(...) elementos de convicción que son el *resultado de avances tecnológicos* y de los más recientes desarrollos en el campo experimental, que se caracterizan por una metodología regida por principios propios y de *estricto rigor científico*, cuyos resultados otorgan una *certeza mayor* que el común de las evidencias" (el resaltado es propio)¹.

Para Taruffo el uso en el proceso civil de las pruebas científicas exige acordar, previamente, qué se interpreta como tal, porque una cosa es la denominación como "ciencias duras" o "no humanas", tales como la física, la química, la matemática, la biología, la genética, etc., que por los conocimientos que proporcionan son relevantes para establecer, valorar e interpretar, hechos que deben ser probados, y que, por eso, no tienen problemas de admisión para que el juez ordene "de plano" que se emitan los informes técnicos; a diferencia de las ciencias humanas o "sociales", como la psicología, la psiquiatría, a sociología, la crítica literaria, la economía, la estética o

* Abogado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Actualmente es profesor titular por concurso del Departamento de Derecho Procesal de esta última Facultad. Ha escrito más de treinta libros propios y varios otros en colaboración. Fue Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano, donde también se desempeñó como Director de la Carrera de Abogacía (1993/2000). Ha sido Investigador Principal del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor honorario de las Universidades Antenor Orrego (Perú) y San Antonio Abad del Cusco (Perú); profesor permanente del plantel de posgrado de la Universidad Panamericana de México; profesor visitante de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (España), entre muchas otras del exterior. Ha dictado más de doscientas conferencias en el país y el exterior (Uruguay, Perú, Colombia, Brasil, Venezuela, Costa Rica, Panamá, México, Estados Unidos, España, Italia y Francia). Miembro del Consejo Consultivo Internacional de la **Asociación Civil Derecho y Sociedad**.

¹ Ponencia presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal (Mar del Plata, 2007).

la ciencia de las religiones donde, en todas ellas, el saber científico permite discutir las conclusiones porque, aun reconociendo que se trata de “ciencia”, algunos sostienen que forman parte del sentido común y no de específicas áreas científicas².

Parece indudable que el aspecto más conflictivo está en el grado de influencia sobre la decisión judicial pues, cuando se acepta que la actividad probatoria tiene carácter reconstructivo dentro de un método especial de debate (bilateral y contradictorio) en el que el esfuerzo dialéctico de cada parte (carga de la prueba) es una pauta importante para determinar el resultado alcanzado, el peso de la ciencia comprobada supera ese esquema de discusión entre pareceres.

“(...) el proceso se halla limitado a enunciados relativos y a circunstancias de hecho, seleccionadas y determinadas por criterios jurídicos (...)”

Dicho esto en el sentido de advertir que el mundo de la investigación científica gira en una órbita distinta a la que realiza el sistema judicial, aun cuando al tiempo de resolver se congreuen las experiencias; diferencia que es la que señala Taruffo al confrontar el proceso con la ciencia.

En efecto, dice el célebre procesalista italiano que entre ciencia y proceso existen relevantes diferencias que se deben tener en consideración si se desea comprender cómo la ciencia puede ser usada en el contexto del proceso. La ciencia opera a través de varios pasajes, en tiempos largos; teóricamente con recursos y fuentes ilimitadas, conoce de variaciones, evoluciones y revoluciones. Según la postura tradicional, la ciencia está orientada al descubrimiento, la confirmación o la falsificación de enunciados o leyes generales que se refieren a clases o categorías de distintos eventos. Al contrario el proceso se halla limitado a enunciados relativos y a circunstancias de hecho, seleccionadas y determinadas por criterios jurídicos, es decir, referidos a normas aplicables al caso concreto, de modo que el proceso –a diferencia de las ciencias de la naturaleza- se presenta con carácter *ideográfico*. En otras palabras, el proceso trabaja en tiempos relativamente cortos, con fuentes o recursos limitados y está orientado a la producción de una decisión tendencialmente definitiva sobre el específico objeto de la controversia³.

La diferencia de métodos no impide el uso de la ciencia en el proceso, siempre y cuando, la ideología imperante sea la de obtener la verdad, porque, en caso contrario, al juez le resulta suficiente la opinión técnica que proviene de la pericia, como dictamen de quien

tiene un conocimiento especializado. Dicho esto como válido para el proceso civil, porque en materia penal la medicina legal es un ejemplo claro de cuánto se utiliza la ciencia en el proceso.

3. Admisión y procedencia

La prueba científica tiene dos caminos posibles para ser admisible en el proceso civil. Uno es el de los medios de prueba no legislados (art. 378 segundo párrafo, Código Procesal); otro, transita en la senda de la prueba pericial que procede cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada (art. 457 de igual ordenamiento).

Si el centro de atención se mide con la necesidad de prueba, el estándar a verificar se analiza con la regla del medio apropiado que corresponda según la ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos (art. 397, Código Procesal), y siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso (art. 378, Código Procesal). Además, no serán admisibles las pruebas manifiestamente improcedentes, superfluas o meramente dilatorias (art. 364, Código Procesal).

Cabe advertir que en el régimen procesal de nuestro país (sin que haya diferencia entre los veinticuatro códigos procesales) impera el principio del libre convencimiento del juez, que opera excluyendo –por vía de principio- el recurso a reglas de la prueba legal, pese a que los grados de certeza exigidos van cambiando en las modalidades y tipos de procedimientos. Vale decir, en un proceso penal priva el derecho a la certeza moral o íntima convicción, en cuyo caso una prueba científica es posible, por ejemplo, si supera el test de afectar la libertad personal del encartado que se niega a prestar el cuerpo como objeto de prueba; mientras que en los juicios entre particulares, la certidumbre puede conformar con la derivación razonada de las pruebas obrantes sin necesidad de profundizar la investigación. En todo caso, la prueba científica debate en un conflicto entre ideologías, porque a un sector le basta con el convencimiento razonado (certeza subjetiva), y otro pretende que los hechos queden esclarecidos en su verdad jurídica objetiva.

Inclusive promediando el siglo XX (1952) René Savatier afirmó que “(...) no se debe creer que las técnicas sean necesariamente empleadas en beneficio de la verdad; pueden serlo también en pro del error o de la mentira. La técnica es, en sí misma, un instrumento moralmente neutro”⁴.

Estas diferencias se consideran al tiempo de disponer la admisibilidad probatoria, teniendo presente que la prueba científica, sin ser específicamente una prueba pericial, responde en su práctica a éste procedimiento (por ser el modelo semejante) o al que el juez disponga conforme su leal saber y entender.

2 Taruffo, Michele, *La prueba científica en el proceso civil*, traducción de Mercedes Fernández López y Daniel González Lagier, p. 46, *passim*; también en “Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal”, Universidad de Medellín, pp. 15 y ss.

3 Taruffo, *Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal*, cit., p. 16.

4 Savatier, René, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Tomo VIII, Montreal, 1956, p. 618.

La procedencia de la prueba científica corresponde al de los medios no legislados, interpretando como tales a las pruebas que el Código Procesal no tiene prevista, sin abarcar a aquellas que pueden tener origen legal para situaciones concretas (v.gr.: El art. 4 de la Ley 23.511 que crea el Banco Nacional de Registros Genéticos, dice: "*Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia, la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente. Los jueces nacionales requerirán ese examen al BNDG admitiéndose el control de las partes y la designación de consultores técnicos. El BNDG también evacuará los requerimientos que formulen los jueces provinciales según sus propias leyes procesales.*")

Corresponde aclarar que cuando la práctica de la prueba no sea suficientemente correcta con el trámite de la pericia, el juez tendrá que ordenar las modalidades especiales, teniendo en cuenta que existen particularidades de la prueba científica que impiden mantener la singularidad de la técnica pericial.

Por ejemplo, en los tipos de pericia que el código autoriza, la llamada "*pericia simple*" es la que se produce en audiencia o mediante la emisión de un informe inmediato a la verificación de los hechos (art. 474, Código Procesal); este caso se muestra con la explicación de un resultado estadístico sobre datos matemáticos proporcionados en el expediente, etc.⁵. Pero este tipo de procedimiento no es habitual, porque la práctica común exige conocer el objeto de prueba, evaluarlo, tomar muestras, ensayar sobre ellas, y tras un desarrollo completo, formular conclusiones.

Bien explica Falcón que cuando se trata de *prueba científica*, no hay un salto de calidad, sino de cualidad, que se compone de dos grupos de cuestiones. Un primer grupo está constituido por: *a) Exámenes que requieren conocimientos científicos especiales de expertos, producidos mediante experimentos, o la utilización de instrumentos de alta tecnología* (que pueden ser químicos, físicos, de ingeniería, etc.). Estos exámenes que vemos ahora regularmente acompañando los exámenes médicos (resonancia magnética, tomografía computada, centellograma, etc.), tienen que ser realizados sobre elementos propuestos en el proceso. El otro grupo lo forman: *b) las informaciones científicas sobre hipótesis, leyes o teorías científicas, pedidas a instituciones de la más alta calidad, capacidad y prestigio de investigación* (art. 476, Código Procesal)⁶.

En síntesis, la admisión de la prueba científica es discrecional para el juez; pero admitida, tiene que saber que la dinámica de producción exige mayor fiscalización (bilateralidad) que el control facultativo de la prueba pericial, cuando sea este el camino que se adopte para la actividad.

4. Límites para admitir la prueba científica

Con singular precisión destacó Morello que no todas son buenas para el avance y permisión de la prueba científica en el proceso civil "(...) porque, en pleno proceso de avances y contenciones, dudas y experimentación (clonación, tratamiento del Sida, etc.), además de no tener muchas veces una calidad autónoma y definitiva para crear certeza, en razón de esas causas a las que suman las que provienen de problemas técnicos o científicos de comprobación, es decir, aprehendida la cuestión desde el punto de vista de las ciencias con relación a sus propias fronteras y la incidencia que pueden tener sobre el campo probatorio, se agrava la tópica porque la lógica que siempre está presente, sufre, en la actividad, su propia transmutación, el avance de las <nuevas lógicas que representan fronteras móviles>, que cobran referencia ejemplar, precisamente, en la prueba hematológica y el HLA y el ADN"⁷. La potencial relevancia de la prueba científica para esclarecer el hecho o, para expresarlo mejor, "establecer la convicción sobre la verdad del hecho", no es, desde luego, absoluta. Hay veces que la prueba científica viene impuesta por la ley, como cuando se trata de determinar la incapacidad de las personas, o respecto a la prueba de la filiación o nexo biológico, que de conformidad con lo previsto por el art. 253 del Código Civil, aun siendo admisibles todos los medios de prueba, no se sobreponen a la necesidad de una prueba biológica.

Sin embargo, el límite de la decisión personal (someter el cuerpo a la investigación científica) puede balancear la eficacia probatoria entre dos polaridades. O las presunciones que operan por aplicación del art. 4º, primera parte de la Ley 23.511, donde la negativa a someterse a la extracción de muestras obedece al temor fundado de que los estudios revelen una paternidad probable y el peso del indicio es directamente proporcional a la certidumbre que podrían arrojar esos estudios; o la justificación de la negativa a someterse al examen sanguíneo cuando la oposición tenga argumentos serios y debidamente justificados.

Es decir que para admitir prueba científica, o expresado en los términos como concluye el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fe, 195), respecto a que no corresponde hablar de prueba científica sino más bien de pruebas en las que se aplican tales conocimientos de disciplinas no jurídicas -por cuanto no corresponde privilegiar algunas ciencias en relación con las restantes-, la posibilidad de expulsión por rechazo al ofrecimiento, o por oposición a la dispuesta, puede llegar desde puntos de vista distintos.

Uno versa sobre la científicidad de la prueba, donde la elección depende del grado de verosimilitud fáctica que se pueda desprender del estudio, teniendo en cuenta los puntos de mayor o menor probabilidad que conduzcan a resultados ciertos o prevalencias sobre una hipótesis (v.gr.: si el grado de confirmación es del 70% la incertidumbre es del 30%, de modo que la

5 Falcón, *Prueba científica*, cit., XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal.

6 Falcón, *Prueba científica*, cit., XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal.

7 Morello, *La prueba científica*, La Ley, 1999-C, 898.

probabilidad prevaleciente es alta, pero la duda no es menor ni insignificante).

Otro reparo es la moral implícita en la procedencia del estudio científico, ya sea por la etapa en la cual la ciencia se encuentra (experimentación, provisionalidad de las conclusiones), o bien por la afectación del principio del bien común que se altera cuando se permite probar pese a dicho estándar. En el primer caso, la tensión surge entre aceptar que la tesis en ensayo sea bastante para constituir una prueba científica que aun no está “aprobada”; o eliminar esa posibilidad mientras la prueba no alcance el grado de irrefutable. En el otro, la mirada se pone en la persona que tiene un interés jurídico superior que proteger, en cuyo caso, la admisión o rechazo de la prueba queda en el marco de las potestades jurisdiccionales.

La sumatoria indica que cualquiera que sea el valor que se atribuya a la prueba científica, ella podrá ser dispuesta en el proceso mientras cumpla los estándares y principios de la legalidad, licitud, admisibilidad, trascendencia y confiabilidad en los asertos.

5. Naturaleza de la prueba científica

La prueba científica como medio no legislado expresamente pero apto para resolver cuestiones de hecho controvertidos, en el proceso tiene manifestaciones muy importantes que asientan en el tiempo de la apreciación o valoración de la prueba.

Cuando se la considera como un medio *complementario*, las conclusiones se consideran conforme las reglas de la sana crítica; pero hay veces que, por la trascendencia de las afirmaciones, el desenlace puede llevar a que trabaje como una verdadera *prueba legal*.

Si es complementaria, la producción participa de las características de la prueba más adecuada y semejante (v.gr: pericial); pero una cosa es el trámite y otra la naturaleza, porque “(...) en realidad, la intervención de técnicas modernas, tanto en la formación de las pruebas como en el control de su veracidad, no da lugar a la creación de pruebas que no pertenezcan a las dos categorías fundamentales: los documentos y el testimonio”⁸.

De aplicar este criterio, la admisión de la prueba documental se acota al contradictorio eventual y, en suma, queda implícita en la valoración que se realice al dictar sentencia; pero si es documento, le falta producción para ser tal, en cuyo caso el enunciado se comprende en el espacio de la utilidad y trascendencia de la prueba, que lleva al campo de la idoneidad del medio para demostrar o confirmar los hechos que se encuentren controvertidos, y como éstos, aun son eventuales, dejan a la prueba científica a la espera de la contradicción y del poder de instrucción judicial.

No obstante, en el *common law* se entiende que la contraposición entre *law* y *fact* se justifica sobre todo

en función de las distintas esferas de atribución del juez y del jurado, que consideran como una cuestión de derecho la admisión la valoración sobre la admisibilidad de la prueba que implique conocimientos científicos, los que quedan en manos del primero y no de las facultades del restante.

Indudablemente –dice Denti–, la valoración de los tipos de prueba documentales que han sido posible merced al progreso científico, requiere técnicas de interpretación que no tienen nada que ver con las tradicionales relativas a los documentos directos o indirectos. “(...) Si la reproducción de la huella de un pie, e incluso, la de una huella digital, pueden ser operaciones relativamente simples, la interpretación de los resultados de los métodos de análisis, particularmente complejos, pueden requerir el auxilio de nociones complementarias de no fácil obtención...Volvemos, pues, a subrayar que desde el punto de vista de la incorporación de la prueba al proceso, se permanece siempre en el campo de la prueba documental, en donde el problema fundamental, que es anterior a la valoración del juzgador, continúa siendo el de la autenticidad de la prueba; problema éste que en orden a los procedimientos ordinarios de verificación puede complicarse, pero no transformarse, por la complejidad técnica de la formación del documento”⁹.

Si, en cambio, se interpreta que la prueba tiene naturaleza testimonial también la cuestión se detiene en la etapa de admisión, respecto al control de veracidad que puede llegar de una prueba técnica que aporta, antes que un nuevo mecanismo, una forma diferente de conseguir verdades.

6. Producción de la prueba

El Código Procesal es suficientemente claro al establecer que la prueba no legislada se diligenciará aplicando por analogía las disposiciones de los medios probatorios semejantes, o en la forma que establezca el juez (art. 378).

La cuestión a dilucidar consiste en relacionar la actividad probatoria con la naturaleza de la prueba científica (que no es igual a prueba no legislada) teniendo presente lo dicho precedentemente respecto a considerar que ella puede estar en el carril de los documentos o de los testimonios.

En realidad, cualquiera sea el mecanismo, todos siguen el principio de utilidad y adquisición de la prueba, de manera que, antes que una cuestión de esencia, debe quedar resuelto el tema de la admisión y la forma como se desarrollará.

Ahora bien, la prueba científica tiene un método especial que depende de la práctica a realizar; no es incorrecto señalar que la prueba pericial sea el medio más semejante por el cual canalizar la producción, pero igualmente nos parece que son exigibles algunas pautas más. Si la correspondencia se traza respecto a la prueba documental, la cuestión primera es la autenticidad, y como la prueba científica es “resultado”, solamente

8 Denti, Vittorio, *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*, Ponencia General presentada en el V Congreso Internacional de Derecho Procesal, México, 1972, p. 7.

9 Denti, *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*, cit., p. 8.

en la etapa de observaciones y/o impugnaciones se podrán ellas formular. Cuando el carril se encamina por el testimonio, la idoneidad del medio y el control de la práctica convierten típica la producción, con la salvedad que, tanto en la formación de la prueba (documental, testimonial o pericial) la fiscalización (control) es facultativo de la parte.

Para nosotros la prueba científica genera un valor probatorio muy vinculado con el rigor científico del método con el que sean tratados. Para que las conclusiones sean útiles y pertinentes, es preciso que el juez ordene prácticas complementarias que prevenga eventuales nulidades y aseguren el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos (art. 36 inciso 4°, Código Procesal).

Si la prueba científica no se aísla de la prueba pericial, puede ocurrir que la especialidad del medio quede atrapado en las redes de la experticia, caracterizada con la emisión de un dictamen simple de evaluación, o de conclusiones elaboradas después de la celebración¹⁰.

Ello nos sugiere la necesidad de implementar un sistema probatorio distinto, que es factible merced al párrafo final del art. 378 del Código Procesal.

El sistema tiene que resguardar el objeto de prueba, de forma que la cadena de custodia debe garantizar que el camino que recorren los indicios o muestras, desde que se recogen hasta que se conocen los resultados se ha hecho en las condiciones de seguridad y de rigor adecuadas, lo cual permite asegurar que el indicio que se estudia en el laboratorio es el que se recogió en el lugar de los hechos y que las condiciones en las que se ha mantenido son las más adecuadas para llegar a buenos resultados.

La contrapericia es la posibilidad de realizar un doble análisis sobre una misma muestra por dos peritos diferentes y/o en dos Centros diferentes, esta es una garantía irrenunciable para el buen hacer de la Justicia, y una necesidad evidente cuando la prueba puede tener métodos de investigación alternativos.

De lo expuesto, estamos diciendo que son pruebas procesales que se pueden utilizar en el proceso merced a ciertos resguardos que no son totalmente insertos en

la garantía de la defensa en juicio, sino en la legalidad del medio de prueba, de manera tal que para ser útil y efectivo, debe garantizar la seguridad¹¹.

7. Valoración de la prueba científica

La utilización de la ciencia como medio de prueba destinado a verificar los hechos que las partes llevan al proceso, produce cierto temor sobre la influencia que pueda tener en el ánimo del juzgador al producir una convicción superior a los estándares de la libertad probatoria, convirtiendo al resultado conseguido en casi una prueba legal.

Desde hace tiempo la doctrina reitera la distinción que se suele hacer entre el beneplácito que tiene la llamada "ciencia buena" respecto de la fluctuación que puede traer el opuesto o "ciencia mala", a cuyo fin se trae al estudio el caso *Daubert* fallado por la Suprema Corte federal de Estados Unidos en el año 1993, cuando establece las previsiones que han de tenerse para aceptar el dictamen técnico altamente especializado:

- 1) Que respecto del conocimiento de que se trata, exista un consenso general por parte de la comunidad científica; es decir, se excluye su utilización cuando medien dudas acerca de su validez epistemológica.
- 2) Que de alguna manera sea empíricamente verificable.
- 3) Que, en su caso, se conozca el margen de error que lo condiciona.
- 4) Que haya sido revisado por parte de un comité o consejo, de probada jerarquía científica.
- 5) Que se haya publicado en revistas especializadas que aplican el sistema de control preventivo por parte de científicos especializados en la rama del saber de que se trate a fin de que certifiquen su valor científico (referato).
- 6) Además, claro está, se requiere la condición de pertenencia que presupone la existencia de una relación directa con el caso¹².

Estos parámetros se establecen como una guía que persigue dar tranquilidad al que juzga sobre la seguridad

10 Recuérdese que el art. 471 (Práctica de la pericia) del Código Procesal dispone que: "La pericia estará a cargo del perito designado por el juez. Los consultores técnicos, las partes y sus letrados podrán presenciar las operaciones técnicas que se realicen y formular las observaciones que se consideren pertinentes".

11 En un logrado trabajo de síntesis sobre esta problemática, ha dicho Berizonce que "(...) La bilateralidad se despliega en todos y cada uno de los estadios probatorios que conducen al dictamen de los peritos. Ningún elemento de hecho puede ser llevado válidamente a la decisión si las partes no han sido puestas en la posición de previamente conocerlo y discutirlo. La valoración judicial de las pruebas culmina el iter procedimental comprensivo de las anteriores etapas de admisibilidad y producción-adquisición, pero todos esos desarrollos están prefigurados sin excepción por la estricta observancia del contradictorio entre las partes. De ahí que los controles tendientes a evitar su infracción o menoscabo no se limiten a verificar la fundamentación del propio decisorio (criterios de racionalidad), sino que se articulan y operan como técnicas normativas en los estadios anteriores de la admisibilidad y de los procedimientos de formación de las pruebas, en buena parte dirigidos a garantizar *in itinere* su atendibilidad. Precisamente, los ordenamientos procesales y orgánicos vigentes estatuyen no solo sobre las condiciones y requisitos tendientes a asegurar la idoneidad de los peritos (art. 464 CPCN), sino también los procedimientos para su nombramiento como auxiliar judicial, su recusación y remoción (arts. 458, 465, 466, 470); la fijación de los puntos periciales en el juego del contradictorio de las partes y bajo el poder decisorio del juez (arts. 459, 460); la admisión de los consultores técnicos de parte (art. 458); el modo de practicar las operaciones técnicas (art. 471); la forma y contenido del dictamen y de los informes de los consultores técnicos (art. 472); las atribuciones del juez y de las partes a la vista del dictamen, para el requerimiento de explicaciones, la formulación de observaciones y aún la disposición de la práctica de otra pericia. Sin perjuicio de la posibilidad de que se soliciten informes o consultas científicas o técnicas, cuando el dictamen requiriese operaciones o conocimientos de alta especialización (art. 476) y aún, que se ordene la ejecución de planos, exámenes científicos y reconstrucción de los hechos, como medidas auxiliares y complementarias (art. 475). En fin, una batería de previsiones orientadas todas ellas al logro del objetivo esencial, cual es asegurar la atendibilidad y el valor científico-técnico de la pericia y su pertenencia y utilidad para auxiliar al juez en el conocimiento de los hechos en debate, y con ello la justicia intrínseca de la sentencia. (...) La potestad judicial de apartarse de las conclusiones periciales a condición de expresar los fundamentos de su convicción contraria, principio que la doctrina y la jurisprudencia han asentado pacíficamente desde antaño¹¹, nos conduce sin embargo al punto inicial de nuestra indagación: cómo puede el juez controlar la correcta aplicación de la ciencia en que se apoya la pericia o consulta y, en su caso, fundamentar su apartamiento (Berizonce, Roberto Omar, *Control judicial de la prueba científica*, Revista de Derecho Procesal, 2005-2, Rubinzal, Buenos Aires, ps. 157 y ss.).

12 Taruffo, Michele, *La prueba científica en el proceso civil*, en "Estudios sobre la prueba", Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, México, 2006, ps. 135 y ss. Cfr. Freyre de De la Rúa, Angelina - Bella, Gabriela María, *Prueba científica. Examen de ADN y otros analogos. Inspección corporal*, en "Prueba ilícita y prueba científica", AAVV (Director Roland Arazí), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 37.

del procedimiento científico aplicado y la garantía del resultado que consigue; pero el debate estricto se posiciona sobre el sistema de apreciación de la prueba, donde anida la libertad de consideración de todos los medios de confirmación, bajo reglas predispuestas como la “sana crítica”, “la íntima convicción”, “la apreciación en conciencia”, “las máximas de experiencia”, por citar solamente los usos más habituales de racionalización.

La prueba científica, estimada con el balance de confiabilidad que merece el método, a veces convierte las conclusiones en verdades incuestionables; en estos casos, posiblemente la prueba sea única y determinante; pero en ocasiones la evidencia científica admite cuestionamientos (ideológicos o de competencia) que tornan el dictamen complementario de las demás pruebas. En uno y otro caso, el sistema de apreciación es el mismo, pero el peso específico trasciende el mero asesoramiento.

Según Taruffo, cuando de la ciencia se hace un uso epistémico al igual que se realiza con la prueba, o sea el medio con el que en el proceso se adquieren las informaciones necesarias para la determinación de la verdad de los hechos, significa que en ambos se aportan elementos de conocimientos de los hechos que se sustraen a la ciencia común que se dispone. “(...) Por lo que se refiere a la valoración de las pruebas, la adopción de la perspectiva racionalista que aquí se sigue, no implica la negación de la libertad y de la discrecionalidad en la valoración del juez, que representa el núcleo del principio de la libre convicción, pero implica que el juez efectúe sus valoraciones según una *discrecionalidad guiada* por las reglas de la ciencia, de la lógica y de la argumentación racional. Por decirlo así, el principio de la libre convicción ha liberado al juez de las reglas de la prueba legal, pero no lo ha desvinculado de las reglas de la razón”¹³.

Surge entonces el peso de la ciencia o de la verdad judicial prevalente, que puede asegurar el resultado verdadero con una mínima chance de error, que de existir, es justificable con las pautas de la razonabilidad y certeza objetiva. En los hechos, antes que una contradicción entre el sistema de la libertad para valorar la prueba y el criterio de la determinación anticipada de la convicción (prueba legal), en realidad es un contrasentido adoptar el estándar más inseguro, un verdadero disparate que sólo puede resultar del juego con las teorías.

En el procedimiento penal suele afinar la cuestión en resolver “*más allá de toda duda razonable*”, que por su cercanía con la exigencia de convicción plena que se pide para el uso de la prueba científica, puede tener íntima relación.

En efecto, el primer escalón que presenta trabajar con estándares de prueba muestra la asimetría entre la necesidad probatoria del proceso penal respecto al civil; por ejemplo, en el sistema judicial anglosajón, del que se importa la regla, la declaración de culpabilidad penal impone la prueba más allá de toda duda razonable

(*beyond a reasonable doubt*), sin que esté delimitada con precisión dónde está el límite de la incertidumbre. Se consiente sí que la sentencia no arroje “sombra de dudas”. En el proceso civil, el grado de seguridad es inferior pero no lo bastante errática como para sostener que carezca de veracidad suficiente o de evidencia preponderante (*preponderance evidence*), esto es, se exige que la existencia del hecho quede más acreditada que su inexistencia.

“(...) el único límite (de la prueba científica) es la moral, las buenas costumbres y que no se afecte la libertad individual ni la dignidad de las personas.”

Inclusive, en materia de probabilidades científicas que arrojen convicción, existe otro nivel a ponderar que es una zona de penumbra entre la alta verosimilitud penal y la certeza civil, que se instala en la actividad probatoria que obtiene resultados claros y convincentes, habitualmente aplicado en la determinación de responsabilidades profesionales, o ante situaciones que se deducen de probabilidades y presunciones.

En cada caso, la fehaciencia de la prueba científica confronta con la posibilidad de duda que puede tener quien ha de resolver, contingencia que frente a la calidad del medio probatorio lleva a utilizar un nuevo estándar: el de la *duda razonable*.

Se regresa con ello a un punto de inicio donde el acento se tiene que poner en esclarecer si los sistemas de valoración de la prueba pueden regir con su impronta cultural en los mecanismos judiciales de apreciación científica. La racionalidad está siempre presente, con la comprensión que la regla de la sana crítica no se encuentra afectada; pero es menester ajustar el calibre de la prueba científica ante la calificada conclusión de sus trabajos sobre las cosas, las personas y los hechos. Podríamos afirmar que el único límite es la moral, las buenas costumbres y que no se afecte la libertad individual ni la dignidad de las personas.

En suma, como dice Morello “(...) dando en todos los casos motivación razonable y plausible, embretado el juez por líneas maestras que se dibujan en este esquema: 1º) si los hechos, científicamente establecidos, no son contradichos o impugnados, vendrán a ser determinantes y, virtualmente, vinculante para los jueces; 2º) éstos deben valorar razonablemente dichas pruebas, en relación con las restantes, reconociendo, si correspondiere, el valor de prueba científica; y cuando se expida por el rechazo o la devaluación, esa decisión se sustentará en razones existentes y de entidad que así los justifiquen. Empero, será siempre el juez el que expresará la última palabra sobre la procedencia y el mérito de la prueba científica, porque sólo él es quien juzga y decide”¹⁴.

13 Taruffo, Michele, *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie año XXXVIII, n° 114, México, 2005, p. 1297.

14 Morello, *La prueba científica*, La Ley, 1999-C, 899.

8. Revisión de los criterios probatorios

La decisión adoptada sobre la base de las conclusiones elaboradas por una prueba científica hace cosa juzgada como cualquier otra sentencia. Sin embargo, el relevamiento esencial y la influencia preferente que tiene para incidir en el juez, supone que la convicción aportada ha sido bastante y convincente. En consecuencia, el principio general es la no revisión de la prueba, y la inimpugnabilidad de la sentencia, cuando queda consentida y ejecutoriada.

Pero ¿qué sucedería si el trabajo científico adoptado por su evidencia preponderante renueva y cambia las conclusiones ante nuevos hallazgos? ¿No sería revisable la sentencia?

Es evidente que el problema asienta en la naturaleza de la cosa juzgada, porque en cuestiones de estado, por ejemplo, las pruebas biológicas fueron variando su índice de certeza en proporciones que fueron en aumento desde las pruebas de histocompatibilidad

inmunogenética (HLA) hasta el reconocimiento actual hacia las pruebas de ADN.

Es cierto lo que afirma Marcelo Midón, al decir que "(...) en la vorágine del progreso y la tecnología, de dudas y experimentación, no es de profanos inferir que mañana, tal vez pasado, aparecerá una nueva técnica, más sobresalientes que las actuales... y cuando la verdad aparente es método generalizado y aceptado, debe ponérsele coto cuando la ficción creada priva a alguien de aquello que compone su propia personalidad o compromete sus más elementales derechos. De lo contrario, so pretexto de conservar incólume el místico principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada, socavaríamos las bases sobre las que se apoya nuestro sistema. No tal solo pasaríamos por alto enhiestos derechos constitucionales o de jerarquía equiparada, léase el derecho a conocer la propia identidad (Convención sobre los derechos del niño, artículos 7 y 8), la dignidad, la libertad, el honor, etc., sino que además, por abdicar de la verdad, haríamos sucumbir a la buena administración de justicia que el Preámbulo (que la Corte dice operativo) impone afianzar"¹⁵

15 Midón, Marcelo S., *Pericias biológicas*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005, p. 217.