

## LA LLAMADA “PRUEBA CIENTIFICA”

Por Jorge A. Rojas

### **1.- INTRODUCCION**

Es importante destacar como punto de partida para analizar la denominada “prueba científica”, que no existe una regulación específica, ni ningún medio de prueba en particular bajo esa denominación, por lo que su caracterización ha motivado distintas interpretaciones.

Sin perjuicio de eso autores de la talla de Falcón consideran que para poder establecer la independencia como un nuevo medio de prueba, se deben establecer sus características, si bien reconoce que es cierto que generalmente viene desarrollada dentro de los pliegues de una prueba pericial tradicional, considera que esta prueba no se trata de conocimientos especiales en alguna ciencia, tal como lo dispone el código, circunstancia que permite que el perito lea e interprete el registro y lo traduzca a un lenguaje natural comprensible tanto para el juez como para las partes, sino que considera que se trata de algo distinto basado en experimentos especiales y particulares, generalmente de alta complejidad.

Además de esos experimentos la prueba científica puede requerir el conocimiento sobre hipótesis, leyes o teorías científicas, información que solo puede ser brindada por instituciones de la más alta calidad, capacidad y prestigio en la investigación científica. Por eso considera que el conjunto de estos conocimientos revelados por esas vías a la jurisdicción constituye la llamada prueba científica, destacando que debería llamarse más adecuadamente medio de prueba científico<sup>1</sup>.

En esa misma línea, es decir, tratando de diferenciar a la prueba llamada “científica” de los medios de prueba tradicionales, Verbic ensaya su conceptualización, pese a reconocer previamente que no existe consenso sobre qué debe entenderse por “prueba científica”, sosteniendo que se puede considerar a ésta como “un resultado probatorio que, a través de la utilización de métodos científicos, se obtiene respecto de enunciados de hecho cuyo análisis y valoración escapan al conocimiento de la cultura media del juez”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Falcón, Enrique M.; Tratado de la Prueba; Ed. Astrea, 2da. ed., Buenos Aires, 2009, T.II, p. 289.

<sup>2</sup> Verbic, Francisco; La prueba científica en el proceso judicial (premio Asociación Argentina de Derecho Procesal 2006-2007), Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 47.

Como se puede apreciar, en general la doctrina gira en derredor de conceptos tradicionales de ciencia, método, investigación y prueba, pero la incidencia que ello provoca dentro del proceso se vincula directamente a través de su incorporación, es decir, la vía que se utiliza a esos fines, de ahí que siga siendo la prueba pericial considerada como el carril adecuado a esos fines.

Por lo tanto, eventualmente dentro de este medio de prueba se podrán gestar divisiones o clasificaciones, según la índole de la pericia a llevar a cabo, pues puede darse el caso que la información que proporcione un determinado experto no se ajuste a cánones científicos, de ahí que esta incompatibilidad, no por exceso sino por insuficiencia no permita su encuadre dentro de la categoría de científica.

No obstante ello, conforme el actual desenvolvimiento del derecho, en especial la rama procesal, este medio de prueba de carácter eminentemente científico, por el experto encargado de su producción y el método o procedimientos observados, sigue desarrollándose dentro de la prueba pericial, por lo cual es importante establecer un deslinde de la voz prueba para obtener mayor precisión respecto a esta temática.

Consecuentemente, resulta importante a esos fines tener en cuenta algunos conceptos fundamentales sobre la prueba, especialmente analizando el sentido multívoco de ese término, y a su vez la incidencia que ha tenido la ciencia en el desarrollo del proceso, entendiendo ésta en sentido amplio, es decir en todas sus gamas, comprendiendo inclusive a la técnica, como manifestación práctica y real de aquella.

De esas aproximaciones es evidente que se podrá advertir la exposición a que de continuo es sometido el proceso judicial para receptar esos avances que son desarrollos científicos que en nada se compadecen con los avances que se pueden advertir dentro del proceso judicial, por lo cual una de las preocupaciones más importantes, consiste precisamente en la forma en que se incorporan esos desarrollos dentro del proceso judicial, no solo para propender a su mejor desenvolvimiento sino además para acercar a la jurisdicción a la determinación de la verdad material como norte final de su cometido<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Véase de Morello, Augusto M.; *Dificultades de la prueba en los procesos complejos*; Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004.

Todo ello hace al resguardo de los derechos fundamentales de la persona, que en este caso se contemplan como la posibilidad de acceder a la jurisdicción con todas las implicancias que ello importa, es decir, la posibilidad de ser oído, de ofrecer prueba, de producirla, de alegar, de recurrir y de cuantos más actos sean necesarios a fin de obtener una decisión de mérito que precisamente es una de las metas a las que debe apuntar este resguardo de los derechos fundamentales.

Esos derechos fundamentales, en los aspectos que aquí interesan, también contemplan los sistemas o formas metódicas a través de las cuales se resguarda a aquellos, con lo cual desde un punto de vista estrictamente adjetivo, también resultan derechos fundamentales del ser humano, el conjunto de herramientas que brinda un determinado ordenamiento legal para esos fines, de ahí entonces la importancia de la prueba para permitir a la jurisdicción el acceso a esa verdad sustancial que permitirá dirimir los derechos en disputa en un determinado proceso.

Consiguientemente se analizará el sintagma “prueba científica” y su directa influencia en el proceso judicial, para conocer el alcance de esa incidencia en una decisión de mérito para lo cual se tendrán en cuenta las conclusiones obtenidas en el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en el año 2007 en Mar del Plata, en razón que una de las comisiones referentes al proceso civil trabajó precisamente sobre la prueba científica.

## **2.- LA VOZ PRUEBA**

Conviene tener en cuenta, como punto de partida para este análisis, el sentido que se le ha dado a la voz prueba. Obsérvese una de las conclusiones obtenidas en el Congreso antes referido, en este sentido, con directa referencia a la prueba científica.

*“La prueba denominada científica, no constituye un medio de prueba novedoso, sino que por el contrario existe desde antiguo, siendo característica distintiva de su especie entre otros aspectos: su método, su elaboración y la especialidad del experto que la lleve a cabo”.*

Como se puede advertir, aquí se ha tenido en cuenta a la prueba científica evaluándola como un concreto medio de prueba, al señalarse que no reviste tal característica, ya que es un medio de prueba que existe desde hace mucho tiempo.

En este sentido es importante tener en cuenta que –sobre todo en el proceso penal– se han utilizado con mucha mayor frecuencia y por la avidez de perfeccionamiento que reclama la índole de ese proceso, medios de prueba que otrora se consideraban científicos y que hoy se pueden considerar comunes por su reiteración y aceptación uniforme en el tiempo.

Sirva como ejemplo las huellas dactilares, ya que el desarrollo que ha tenido su descubrimiento y su utilización desde comienzos del siglo pasado, ha sido notorio y releva de todo otro comentario, lo mismo ha sucedido con las grabaciones y los estudios sobre la voz, si bien más cercanos en el tiempo permiten obtener una precisión que brinda un máximo grado de certeza a los fines del proceso.

El proceso civil no está exento de esos avances, siendo prueba más que elocuente el método conocido como HLA, que a través de los antígenos permitían un grado extremo de certeza acerca de la paternidad atribuida a una determinada persona en los juicios de filiación.

Sin embargo el desarrollo de la ciencias, y la aceleración de los avances en este terreno, sobre el final de la centuria pasada permitió el descubrimiento de otro sistema mucho más preciso en sus conclusiones –conocido como ADN– a partir del cual la jurisdicción accede a un grado de verdad mucho más afinado y cierto que el anterior.

Por ese motivo en el Congreso Nacional de Derecho Procesal se han señalado estos dos extremos, primero que la prueba científica no es un medio de prueba nuevo ni distinto a los que se conocen y en segundo lugar se señaló que las pautas que permiten identificar una prueba de esa índole, generalmente desarrollada dentro de los pliegos de la prueba pericial, es el método utilizado, su elaboración y la alta especialización del experto que la lleva a cabo, entre otros aspectos que permiten extraer como conclusión la consideración de una prueba como científica.

Es que precisamente la voz prueba tiene un sentido multívoco, de ahí que importa por su propia esencia la necesidad de precisar su concepto, ya que se alude a prueba cuando se demuestra algo, o se alude a prueba cuando se ofrece un medio probatorio, o se alude a prueba cuando se produce la prueba, o se alude a prueba cuando se la evalúa.

Todos estos significados de la voz prueba pueden ser válidos y dependen exclusivamente del contexto en el cual se hallan inmersos, por lo tanto, conviene precisar su concepto a los fines de poder desarrollar algunas conclusiones con relación al sintagma “prueba científica”.

En este sentido se interpretará como prueba *“la demostración en juicio de la ocurrencia de un suceso”*<sup>4</sup>. Esto es una actividad de conjunto y compleja que lleva a la necesidad de develar uno o varios acontecimientos a los fines de dejar acreditada su existencia dentro de un proceso judicial, por cierto que con el fin último de que la jurisdicción acceda a su aprehensión y de ese modo a recoger favorablemente una determinada pretensión, o eventualmente para desestimarla.

Cómo se lleva a cabo esa tarea que se señaló que era compleja y que implicaba un conjunto de actividades para propender a la demostración de una determinada circunstancia de hecho en la que se sustenta una pretensión del litigante.

Para ello es necesario tener en cuenta todos los medios de prueba que contempla el legislador de los cuales pueden servirse las partes a esos fines, pero previamente conviene distinguir la forma en que se desarrolla esa actividad dentro del proceso.

### **3.- LA DISTINCION ENTRE FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA**

Qué es lo que se prueba en el proceso. Ya se considera superada la divergencia doctrinaria sobre el particular, siendo conteste la doctrina en sostener que en el proceso se prueban los hechos afirmados por las partes sobre los cuales sustentan sus pretensiones<sup>5</sup>.

Precisamente esas manifestaciones vertidas sobre los hechos dan una impronta muy particular sobre la forma en que acontecieron, su calificación jurídica, la incidencia que tienen en la relación objeto de debate en la causa, y finalmente la valoración que cabe hacer desde el punto de vista legal.

---

<sup>4</sup> Verbic, con apoyo en Taruffo y también en Carnelutti, refiere como noción de prueba a “todo elemento idóneo para fundar una inferencia capaz de ofrecer apoyo a una aserción sobre un hecho” (ob. cit., p. 21).

<sup>5</sup> En virtud del principio dispositivo que rige en materia civil, el objeto de la prueba se halla restringido a los hechos afirmados por los litigantes en la debida oportunidad procesal, toda vez que los que no han sido alegados no pueden ser materia de acreditación, y por ende, también le está vedado al juzgador investigar su existencia (L.L. 1985-A-304).

Pero el punto de partida es la existencia de un hecho, y la pregunta que cabe formular en este sentido es ¿qué es un hecho? Un hecho es un acontecimiento del devenir mundano, y si esto es un hecho ¿cómo se lo prueba? Pues bien, como tal el hecho pasa en el tiempo marca un objeto en donde deja una huella o registro y sigue su curso.

Aquí juega un factor preponderante el tiempo, porque toda la tarea llevada a cabo para el proceso, tiene que ver con una gestión con visión de futuro (es decir para llevar al convencimiento de la jurisdicción de su acaecimiento a los fines del dictado de la sentencia), que se realiza en un determinado presente (que es el momento en que se practica la pericia o si se quiere se lleva a cabo la prueba de carácter científico), pero es evidente que tiene que extraerse del pasado (porque el tiempo fue, siempre es pasado, como decía Borges se trata de un devenir constante).

Estas circunstancias acercan dos conceptos fundamentales a tener en cuenta con relación a la prueba que son las fuentes de prueba y los medios de prueba.

Las primeras son anteriores al proceso y constituyen los registros que dejan los hechos que se suscitan en el devenir mundano. Estas fuentes pueden ser reales (sobre cosas) o personales (sobre personas), por lo tanto el hecho que dejó un registro al pasar en el tiempo, si se trata de un hecho jurígeno, esto es con capacidad suficiente para tener incidencia procesal, puede quedar registrado en una persona, por ejemplo en los sentidos de un testigo, o en una cosa, como las huellas que deja el impacto de un siniestro que se produce entre dos automotores.

Esas fuentes de prueba, que son extraprocesales, porque son anteriores al proceso, se llevan a éste a través de los medios de prueba, es decir a través de los mecanismos que creó específicamente el legislador, con los límites que impone la Constitución Nacional y el propio ordenamiento adjetivo<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> La C.N. consagra el principio de reserva en el art. 19 pero el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone en su art. 378 que “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 no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso. Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez. Además la Corte Suprema de Justicia de la Nación, receptó la teoría del fruto de árbol venenoso, por la cual resulta inadmisibile para el proceso, una prueba obtenida por medios ilícitos o ilegítima. A los fines del análisis de la doctrina sentada por el máximo Tribunal en esta línea, véase Morello, Augusto M.; La Prueba, tendencias modernas, 2da. ed. ampliada, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 327 y ss.

Por lo tanto, es fácil colegir de lo señalado que no existe un medio de prueba en particular que se denomine “prueba pericial científica”, aunque sí por cierto es común su utilización cuando se llevan a cabo estudios muy especiales por su especificidad, a través de métodos convalidados por la comunidad científica, que permiten al juez acceder a un máximo grado de certeza en la resolución de un conflicto.

#### **4.- LA INCIDENCIA DE LA CIENCIA EN EL PROCESO**

Resulta innegable que el desarrollo de la ciencia e inclusive de la técnica, como aplicación directa de aquella avanza a pasos agigantados, y se produce un cruce con el desarrollo del derecho, pues de un modo más conservador, por su propia esencia, está siempre alerta a esos desarrollos, por lo cual la importancia en este sentido radica en la influencia que tiene la ciencia en el proceso, pues por su trascendencia, se puede constituir en casos, como por ejemplo hoy serían los de filiación, en la probatio probatissima (o “reina” de las pruebas), ya que un examen de ADN, puede liberar de mayores investigaciones o estudios a la jurisdicción para la decisión de un conflicto.

Sin embargo, no es de pasar por alto que hasta hace poco tiempo atrás existió un método -hoy ya superado- denominado HLA al cual se le atribuían similares bondades.

La cuestión fundamental que se asienta en estos aspectos que hacen a la incidencia de la prueba en el proceso tiene que ver, con dos aspectos fundamentales, uno de ellos con la ascendencia que provocará en el juzgador, y el otro, con la posibilidad de llevar a la modificación (o no) de una determinada decisión, si a través del tiempo los avances de la ciencia dieran lugar a una revisión de aquellas decisiones.

Lo importante a tener en cuenta en estos aspectos es que por un lado, con relación a la primera observación, es decir, la incidencia directa que provoca en el ánimo del juzgador una prueba de carácter científico, la doctrina es conteste, al igual que

la jurisprudencia que no resulta vinculante para el juez, precisamente por aplicación de las reglas de la sana crítica<sup>7</sup>.

Y por otro lado, con relación a su incidencia respecto a una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada, es de señalar que este tipo de situaciones no están legisladas específicamente, aunque no es menos cierto que existe una labor pretoriana que viene desplegando el máximo Tribunal del país, que admite en casos excepcionales la revisión de aquellas sentencias que adquirieron el carácter de cosa juzgada.

En el ámbito del proceso penal, la situación es totalmente distinta, en razón de que existe contemplado en aquél ordenamiento procesal un recurso específico denominado de revisión, que permite este tipo de planteos, y lo importante a tener en cuenta en este aspecto es que a través de los avances de la ciencia se puede afinar mucho más el conocimiento dando lugar a este tipo de situaciones que desde luego resultan sumamente excepcionales.

En este sentido resulta oportuno traer a colación, dos de las conclusiones obtenidas en el último Congreso Nacional de Derecho Procesal, sobre esta temática. Allí se resolvió que:

*“La cosa juzgada frente a los avances de la prueba científica –de lege ferenda- debería merecer un tratamiento legislativo específico, para que frente a casos excepcionales, tal como ha sido receptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se habilite una revisión restringida que permita –merced a esos avances científicos- superar una situación que se hubiera transformado en intolerablemente injusta por irreal o por no haber sido juzgada adecuadamente”.*

*“De lege lata en nuestra legislación resulta viable la revisión en las hipótesis aludidas por aplicación de los Códigos Procesales y normas concordantes a nivel provincial, que contemplan dicha vía. Del mismo modo en el ámbito del proceso civil resultaría admisible, analógicamente, a los fines de resguardar derechos de similar entidad, como el derecho a la identidad, a la filiación, etc., mediante el carril de la acción autónoma de nulidad”.*

Como se advierte, la incidencia de la ciencia dentro del proceso judicial hace que deban dejarse las puertas abiertas para la incorporación de todos aquellos avances

---

<sup>7</sup> En este sentido se pueden ver todos los autores que identifica Verbic en el trabajo antes citado en la nota 142 (ob. cit., p. 79).



que propendan a mejorar el acercamiento a la verdad, que como norte final persigue todo proceso, de ahí entonces la necesaria preparación de los operadores jurídicos para la recepción de todos esos avances que permitan una mejor protección de los que resultan derechos fundamentales de las personas.

## 5.- LA INCORPORACION DE PRUEBA DE INDOLE CIENTIFICA

Otro de los condicionantes para la recepción de prueba de carácter científico es como se lleva a cabo su incorporación dentro del proceso, porque se ha distinguido entre aquella que resulta ciencia aplicable o “sana” y la llamada ciencia basura (junk science), que resulta desestimable<sup>8</sup>.

La cuestión que se generaría en este sentido es cuándo el operador jurídico, entendiéndose por tal no sólo al abogado y al juez, sino a todos los intervinientes procesales que de algún modo coadyuvan al desarrollo del sistema judicial, resulten adecuadamente preparados para sostener que determinada ciencia es válida o apta, y cual no lo sería<sup>9</sup>.

Lo cierto es que esto lleva a un terreno mucho más específico y resbaladizo aún sobre todo para la persona formada en derecho, que desde luego no es un científico, ni puede tener una formación de esa índole más allá que posea conocimientos especiales por su propia formación.

En este aspecto la doctrina ha distinguido que la ciencia de la que se trate, en tanto se asiente en postulados verificables que hayan sido convalidados por la comunidad científica, podrá ser apta para llevar al conocimiento de la jurisdicción a un grado de certeza suficiente para coadyuvar con la formación de su juicio de valor para resolver un conflicto.

Pero ese juicio de valor ¿cómo se conforma? Claro que no es lo mismo obtener conclusiones de una ciencia blanda, como es una ciencia humana, como la psicología, que de una ciencia exacta, considerada dura, como la química o la física.

---

<sup>8</sup> Ver en este sentido el desarrollo que hace Falcón sobre la ciencia y la falsa ciencia, inclusive con remisión a doctrina extranjera (Falcón, Enrique M.; Tratado cit., p. 267 y ss.).

<sup>9</sup> Véase en este sentido los caracteres que distinguen a una ciencia, o mejor al conocimiento científico, que están representados por su carácter racional, sistemático, exacto y sobre todo verificable, y como consecuencia de ello falible en Bunge, Mario; La ciencia, su método y su filosofía, Ed. Siglo Veinte, Buenos Aires, 1973.

A tal punto llega la conflictividad en esta materia, que existen algunos autores que por ejemplo, ni siquiera consideran una ciencia a la psicología. Es el caso de Bunge citado en la última nota al pie, ya que no permite acreditar los requisitos allí señalados para acceder a un verdadero conocimiento científico. Por lo tanto, la pregunta que cabría formularse es si únicamente deben quedar comprendidas las ciencias duras dentro de esta concepción.

En este sentido es importante registrar otra de las conclusiones obtenidas en el Congreso Nacional de Derecho Procesal, en el cual se señaló lo siguiente:

*“La preparación de los operadores jurídicos resulta fundamental, no sólo para el funcionamiento del sistema, sino además para ejercer el adecuado contralor de la producción de prueba científica, toda vez que los conflictos que puede generar su lenguaje, su tecnicismo, su alta especialización, y en definitiva su valoración, no deben ir en desmedro del legítimo derecho de defensa en juicio de los justiciables”.*

Es importante que se tenga en cuenta que no se puede pretender ni que cada abogado sea un científico, ni menos aún que lo sea el juez, pese a que alguna línea de la doctrina sostiene la importancia de que el juez esté formado en algunos principios liminares del conocimiento científico, aspecto que no se circunscribe solo a los jueces sino que debe tener acceso a esa información todo aquél que haya tenido una sólida formación.

Es evidente que la preparación del operador jurídico para la incorporación de todos estos elementos de índole científica que se pueden obtener a lo largo del proceso, resulta esencial desde un doble punto de vista, por un lado, para acceder al máximo grado de certeza que es la meta final que se persigue en todo proceso judicial, pero por otro lado para dejar a resguardo el derecho a la jurisdicción como derecho fundamental de toda persona, como se señalara al comienzo de este trabajo.

Esto tiene que ver con la forma en que se presenta la información de carácter científico en el proceso y con la posibilidad de ejercer el debido contralor por los interesados.

Es evidente que si se persigue la determinación de componentes cancerígenos en aguas servidas que surgen como efluentes de una determinada planta industrial, o por caso agua pesada producto de la combustión de determinados minerales o

materiales radiactivos, en una zona en donde la población aparece con signos contaminantes en su estado de salud, que pueden provocar una enfermedad grave, la preparación de los operadores jurídicos, no será suficiente para la aprehensión de determinada información proporcionada por los especialistas, por ejemplo a través de una pericia química.

De ahí la necesidad y la importancia que cobran figuras esenciales dentro del proceso conforme el desarrollo de las ciencias en la actualidad, como la constituida por el consultor técnico, para asistir a las partes, pues en definitiva de eso se trata, de un patrocinante técnico de la parte, como se lo ha caracterizado que sirve para resguardar su legítimo derecho de defensa en juicio, baluarte esencial del derecho a la jurisdicción.

Estos aspectos que surgen como una de las conclusiones del Congreso antes referido, hacen que resulte esencial para la incorporación de la prueba llamada científica, la forma en que se introduce en el proceso, esto es a través de un lenguaje adaptable para el conocimiento del común de las personas, y a través de un método que si bien ha tenido convalidación y recepción en la comunidad científica como para dar cuenta de su validez, también tiene que ser expuesto de modo tal de ser interpretado, ya que lo contrario importaría descolocar a las partes del proceso a través de un lenguaje de alta especialización que desvirtuaría los fines del proceso mismo, por más que proporcione información cierta y precisa<sup>10</sup>.

Como se advierte se trata de dos situaciones claramente diferenciables, una la que transita por el acceso al máximo grado de certeza posible, que constituye un estadio mucho más desarrollado que la simple probabilidad, esto es aquello que puede acontecer porque existen medios de prueba que normalmente interpretados dan cuenta de que un suceso pudo haber acontecido.

Otro es aquél que permite brindar a la jurisdicción un acceso casi preciso a la verdad, de ahí que se sostenga para no caer en la distinción entre verdad formal y material, máximo grado de certeza posible, no sólo por el método utilizado sino por la posibilidad de exponerlo en el proceso de modo tal que resulte accesible para los intervinientes procesales.

---

<sup>10</sup> La exigencia de un lenguaje claro, no solo está contemplada en el ordenamiento procesal (art. 163 para toda resolución judicial, señalando que debe ser clara, precisa y positiva), sino que además constituye otro eslabón que hace al desenvolvimiento del debido proceso legal, como una exigencia constitucional que permita al justiciable conocer el contenido de lo actuado, como valor inherente a la seguridad jurídica de las personas.

## **6.- INCIDENCIA Y VALORACION DE LA PRUEBA LLAMADA CIENTIFICA**

Esto que se acaba de señalar es trascendental para el adecuado desarrollo del proceso, toda vez que no corresponde restringir la mirada únicamente a las partes intervinientes, que pueden contar con la asistencia de sus consultores técnicos. Sirva como ejemplo de ello, que es harto difícil que un abogado sepa determinar la existencia de una mala praxis médica en una operación de alta complejidad –por ejemplo cerebral- en donde el desarrollo científico sigue siendo paulatino más allá de su constancia.

El inconveniente principal que presenta esta figura, en el proceso se advierte cuando el juez debe laborar con ese medio de prueba especial ofrecido por alguna de las partes, en este caso a través de su valoración.

No se puede pasar por alto que existen facetas en la etapa probatoria, una de las cuales está constituida por el ofrecimiento, la otra por la resolución judicial que ordena su producción, pero entre ambas se pueden producir incidencias que se vinculen con la posible improcedencia de algunos puntos de pericia ofrecidos por alguna de las partes, o bien por la especialidad del experto escogido para esos fines.

Sirva como ejemplo la necesidad de determinar la conveniencia de llevar a cabo una explotación entre empresas que se han vinculado para desarrollar un emprendimiento común porque existen divergencias si la explotación que conviene hacer es sobre un yacimiento de petróleo o sobre otro, y estas diferencias se asientan en estudios de carácter complejo por la alta especialización que requiere esa determinación.

Si esto fuera materia de prueba y evidentemente el emprendimiento común desarrollado por ambas empresas vinculadas a través de una unión transitoria de empresas, podría provocar el colapso de la contratación efectuada, y la responsabilidad que se imputan recíprocamente ambas compañías en la investigación del área para la cual se vincularon y su consiguiente explotación.

Si por vía de hipótesis se sostiene un ejemplo de esta índole para analizar la función que le cabe al juez, llegada la etapa del ofrecimiento de la prueba una parte

solicita la designación de un geólogo y la otra solicita la designación de un perito ingeniero especialista en petróleo. Frente a esta situación es evidente que la información de las partes resulta vital para la jurisdicción con lo cual como se advierte la incorporación de una pericia de carácter científico y su posterior incidencia sobre la “suerte” definitiva del pleito aquí se puede apreciar en toda su intensidad.

Mientras tanto el juez es una persona formada en derecho, que no sólo es dable suponer que no posee conocimientos especializados en esa materia, sino que además, se encuentra inmerso en una situación por demás incierta, no sólo porque tiene que ordenar la producción de la prueba, sino porque además marca la suerte futura de su desempeño posterior, y con ello la del proceso en sí mismo, porque luego tendrá que valorarla.

Para analizar estos aspectos conviene tener en cuenta otra de las conclusiones que se obtuvieron en el Congreso de Derecho Procesal que antes se refirió en donde se concluyó que: *“Es importante tener en cuenta cómo se incorporan al proceso los avances que se producen a nivel científico y advertir la crisis de gestión dentro del sistema actual a los fines de la designación de los expertos, de modo de crear los mecanismos adecuados para regularizar estas situaciones y supervisarlas en el futuro de un modo apropiado por vía del control que debería depender de oficinas específicas a esos fines”*.

Conforme el ejemplo tomado a simple modo de ejercicio que desde luego no tiene porqué resultar irreal, la cuestión que se genera es quien asiste a la jurisdicción para que reciba el mismo apoyo técnico que recibió cada una de las partes de sus consultores técnicos, no sólo a los fines del ofrecimiento de la prueba, sino desde luego de su producción, y su futura valoración.

En este sentido, no solamente se debe propender a la preparación de la jurisdicción para poder interpretar y manejar este tipo de situaciones complejas, sino que además el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, brinda en su art. 476 le brinda la posibilidad de que requiera de oficio información técnica o científica que resulte indispensable para la resolución del litigio, pero aquí en el ejemplo

utilizado, la consulta a la que alude el Código debería apuntar a proporcionar la información que necesita la jurisdicción para resolver<sup>11</sup>.

Esta no se trata de otra prueba, como podría presumirse que consiste en una de informes, ya que no se solicitan estos sobre hechos que resulten de asientos, registros o documentos, sino que se efectúa una consulta, o, si se prefiere, se requiere información que se reputa conocida intelectualmente por la versación científica o técnica de la entidad consultada<sup>12</sup>.

De ahí que resulte atinada la conclusión antes referida, en el sentido que la gestión que conviene desarrollar, para permitir un armónico desenvolvimiento del proceso judicial, apunte a que dentro de la órbita del poder judicial, existan no solo escuelas judiciales de capacitación aptas para cubrir estas necesidades sino además oficinas periciales, como las que existen pero con un amplio componente a nivel científico para poder asistir a la jurisdicción en situaciones como las que se han tomado a modo de ejemplo.

Precisamente este aspecto es de vital importancia para encontrar una limitación a la incidencia que puede tener la valoración de una prueba que resulte de carácter científico, toda vez que superada la controversia sobre la validez e importancia de la prueba, y admitiendo su carácter científico por el método utilizado, y la alta especialización del o los expertos que intervengan, como asimismo su legítima incorporación al proceso, queda al juez un resquicio lo suficientemente importante a través de la norma antes mencionada, como asimismo de las previsiones del art. 475 y eventualmente también del 474, para no quedar restringido su ámbito de libertad en la decisión.

Esto en razón que indirectamente podría convertirse al experto o expertos que intervengan en un sustituto de la jurisdicción por restringir su decisión a la decisión que hubiera recaído en ese medio de prueba, que se convertiría así en esencial y desvirtuaría la incidencia de cualquier otro.

Ni esto es así, ni menos aún se lo puede interpretar de ese modo, no sólo porque rige en el proceso el régimen de carga de la prueba, en virtud del cual cada una de

---

<sup>11</sup> El art. 476 dispone que “a petición de parte o de oficio, el juez podrá requerir opinión a universidades, academias, corporaciones, institutos y entidades públicas o privadas de carácter científico o técnico, cuando el dictamen pericial requiriese operaciones o conocimientos de alta especialización”.

<sup>12</sup> Kielmanovich, Jorge L.; Teoría de la prueba y medios probatorios, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 578.

las partes deberá probar los presupuestos de hecho de las pretensiones que hubiera ejercido, sino porque además existe la posibilidad para la jurisdicción que brinda el propio ordenamiento adjetivo, que a modo de ejemplo antes se ha citado.

Por lo tanto, en tanto y en cuanto existan dudas para la jurisdicción, o no exista un convencimiento total de su parte, o bien exista la necesidad de perfeccionar la información obtenida en el proceso, el ordenamiento adjetivo le brinda la posibilidad de auscultar por sí, aún sin pedido de parte, aquellos extremos que resulten necesarios para acceder a la verdad material como meta final que se persigue en todo proceso judicial, más allá que como fuera señalado, no tiene carácter vinculante la información obtenida por vía de una pericia en el proceso.

Lo contrario importaría entrar en otro terreno que no por ser menos explorado existe y brinda a las partes la posibilidad de dejar en manos de un experto o un especialista en una determinada materia la decisión final sobre una determinada cuestión de hecho, si ésta constituyera el objeto central del conflicto.

Esta posibilidad la brinda el art. 773 del Código Procesal que consagra la denominada pericial arbitral, al cual se puede acceder en forma directa por esa norma, o bien en forma indirecta, luego de concluido el proceso, conforme las previsiones del art., 516 del Código Procesal.

En el primer supuesto cuando se tratara de una cuestión de hecho para cuya resolución se requiriera el auxilio de un experto o especialista en una determinada materia, no restringiéndose la cuestión aquí únicamente a una profesión, y por ende tampoco a una ciencia, se podrán sujetar las partes al juicio de un árbitro arbitrador para atribuirle facultades para resolver esa cuestión de hecho.

Nada más apropiado para el caso que se ha tomado como ejemplo que las partes se pongan de acuerdo en un árbitro para conocer científicamente la decisión que más conviene a sus intereses por las diferencias que la separan en la explotación que pretenden llevar a cabo.

Eso pondría finiquito a la cuestión, y esa decisión se asimila a la decisión de un árbitro amigable componedor, con lo cual el conflicto quedo superado para las partes, aún sin necesidad, si así se hubiera planteado el caso, de acceder a sede judicial.

Por el contrario, señala el art. 516 del Código Procesal, que cuando se tratare de liquidaciones especiales, o de cuentas que resultaran muy dificultosas o complicadas o se requirieran conocimientos especiales, si existiere conformidad de partes se podrá someter la cuestión a la decisión de peritos árbitros o de amigables compondores.

Aquí se puede repetir el ejemplo anterior, pues si se tratara de un simple juicio de divorcio, en el cual luego de concluido con la sentencia de estilo en donde el juez declaro la disolución de la sociedad conyugal en los términos del art. 1306 del Código Civil, las partes no pueden llegar a un acuerdo porque existen bienes sumamente valiosos integrantes del acervo conyugal entre los que se encuentran empresas que están en pleno desarrollo de sus actividades ¿quién resulta idóneo para llevar a cabo esta liquidación de la sociedad conyugal?

Tal vez se piense casi de inmediato en un perito contador con la intención de partir lo que a cada una de las partes le corresponda, pero el problema que se plantea es – por ejemplo- la valuación que corresponde hacer de esas empresas para saber determinar en definitiva como se adjudicaran y eventualmente compensaran las cuotas partes de modo de no transformar en antieconómica la liquidación.

Para ello no es idóneo un perito contador, lo será tal vez un economista, o también un ingeniero industrial, pero no un perito contador, que tal vez resulte útil a los fines de una eventual auditoría en esas empresas, pero no a los fines de su valuación, y esto quizás exceda las posibilidades de la jurisdicción y si bien se tratará en algunos casos de ciencias que utilizarán una metodología que es susceptible de ser contrastada con otras, porque no es única la vía al efecto, también estará el juez frente a pericias que tienen un carácter científico en la determinación de los valores que permitirán llevar a cabo esa liquidación.

Pero aquí es importante tener en cuenta, que no sólo las partes son las que disponen de la posibilidad de someter su conflicto en forma directa al juicio de peritos árbitros, sino que además es otra manifestación a través de la cual se puede incorporar una prueba de carácter científico al proceso.

Como se advierte estos sistemas, vinculándose la causa a la decisión sobre una cuestión de hecho, son distintos a la pericia científica aquí abordada, y al alcance que tiene la decisión de un experto.



Lo importante de esta distinción radica en la utilización de otro tipo de sistema dentro de un proceso de conocimiento, que es la posibilidad que brinda el ordenamiento adjetivo para no sujetar al juez a la “suerte” de lo que se informe en una pericia, sino por el contrario que utilice las reglas de la sana crítica cuando le toque resolver una cuestión de esta índole.

Estas reglas importan la posibilidad de determinar cuál de las dos posiciones en un pleito es la correcta y verdadera, libre de error o de vicio, ese y no otro es el significado del sintagma sana crítica<sup>13</sup>, y para eso el juez puede valerse de los medios de prueba que estime más conveniente conforme el ofrecimiento que hayan efectuado las partes a esos fines, a la luz desde luego de las pretensiones esgrimidas.

---

<sup>13</sup> Ver Falcón, Enrique M.; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, concordado y anotado, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, T. III, p. 970.