



Processo e Constituição

Estudos em homenagem ao Professor

José Carlos Barbosa Moreira

75 ANOS



CONTROL JUDICIAL DE LA PERICIA CIENTÍFICA

ROBERTO OMAR BERIZONCE*

Al dilecto amigo y admirado maestro de la ciencia procesal brasileña e iberoamericana, profesor José Carlos Barbosa Moreira."

SUMARIO: 1. Procesos complejos y rol del juez - 2. Libre apreciación probatoria y sumisión de hecho a las conclusiones periciales - 3. Insuficiencia de los conocimientos y decisión judicial. ¿Cosa juzgada "relativa"? - 4. El control judicial sobre los conocimientos y métodos científicos - 5. Carácter y extensión del control judicial - 6. Significancia del principio del contradictorio y del control preventivo de la pericia científica - Conclusiones.

1. PROCESOS COMPLEJOS Y ROL DEL JUEZ

Luis Diez-Picazo alertaba un cuarto de siglo atrás sobre el fenómeno generalizado en nuestra época como consecuencia del incesante avance de los conocimientos científicos y tecnológicos, junto con la cada vez mayor complejidad de los problemas, que confluyen para que se cierre la vía de la accesibilidad del juez, de manera que no es hoy infrecuente que cuando la cuestión decisiva está directamente enraizada con esos conocimientos científicos, lo que a la hora de la verdad se produce, con la llamada de los peritos, es más que la búsqueda de un instrumento auxiliar de la decisión judicial, una *delegación para decidir*. Hay de este modo una línea que no debe dejar de destacarse, de *suplantación de las gentes peritas en funciones que son propiamente judiciales*. Y además, si bien se mira, ellas mismas tienden irremisiblemente a ejercer ese poder de decisión, mediante el carácter arcano y esotérico que es frecuente que atribuyan a su técnica.¹

* Profesor Titular de Derecho Procesal II en la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Presidente Honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

** El presente trabajo es la versión ampliada y actualizada del publicado con el mismo título en *Rev. Der. Proc. (Argentina)*, p. 157-169, Bs. As., 2005-2.

1 DIEZ-PICAZO, L. *Derecho y justificación social. Tecnología y derecho privado* (dos tomos). Madrid: Civitas, 1979. p. 97-98. Sobre los procesos complejos: MORELLO, A. M. *El proceso civil moderno*. La Plata: LEP,

Así planteado el fenómeno, interesa indagar en primer lugar, la certeza del aserto que denuncia el fragante menoscabo de los poderes decisorios del juez y su vaciamiento que sería producto de un simétrico desplazamiento funcional del rol propio de los peritos, que vendrían virtualmente a absorber cometidos propios e indelegables de la función jurisdiccional,² y si la respuesta fuere negativa, cuáles son los medios y procedimientos que aseguran al juez el control del correcto empleo de las nociones técnico-científicas en que se sustenta el perito.

2. LIBRE APRECIACIÓN PROBATORIA Y SUMISIÓN DE HECHO A LAS CONCLUSIONES PERICIALES

En verdad, lo que inicialmente se vislumbra es la paradoja que se da cuando asistimos, por un lado, al reconocimiento del decisivo e incanjeable protagonismo del juez en la valoración probatoria, fruto del principio de la libre apreciación y conse-

2001, p. 413 y ss., especialmente p. 416-419; Idem. *Dificultades de la prueba en procesos complejos*. Bs. As.: Rubinzal-Culzoni, 2004, passim; MORELLO, A. M.; MORELLO, L. A. *Los procesos de alta complejidad*. JA., 1988, v. 4, p. 749. FAIRÉN GUILLEN, V. *Ensayo sobre procesos complejos*. Tecnos: Madrid, 1991.

2 MORELLO, A. M. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. La Ley, 1988, C. p. 780; Idem, *La complejidad de los litigios...* cit., El der, v. 121, p. 964; Idem, *Dificultades...* cit., p. 38, donde alude al perito convertido en "proveedor de un dictamen-sentencia". PEYRANO, J. W. *Lineamientos generales de las nuevas pruebas científicas*, JA., Bs. As., 1983, v. 4, p. 738 y ss.

• Mesmo a prova pericial informática, no es-tado da arte, não fornece critérios seguros quanto à autenticidade do conteúdo da mensagem eletrônica questionada e sua autoria.

Diante disso, extrai-se a total impropriedade da valoração, pura e simples, por parte do julgador, de prova documental apresentada pela parte, na forma de impressos de suspostas mensagens eletrônicas, salvo se reconhecidas pela parte contrária.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2.

ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001, v. 2.

AZENHA, Nívia Aparecida de Souza. *Prova ilícita no processo civil*. Curitiba: Jurea, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 2.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Campinas: Millenium, 2003, v. 2.

PARODI, Cesare; CALICE, Andrea. *Responsabilidade penal e Internet*. Milão: Il Sole 24 ore, 2001.

RIBEIRO, Darcy Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Rita de Cássia Lopes da. *Direito penal e sistema informático*. São Paulo: RT, 2003.

SIRACUSANO, Delfino. *Prova*. *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Treccani, v. 25, p. 1-14, 1989.

TARUFFO, Michele. *A prova dei fatti giuridici*. Milão: Giuffrè, 1992.

Como os servidores dificilmente mantêm arquivados os conteúdos das mensagens eletrônicas remetidas ou recebidas, a prova de autenticidade apresenta-se, via de regra, inviável.

A autenticação de mensagem eletrônica é uma "técnica utilizada para detectar modificações não autorizadas no conteúdo das mensagens transmitidas eletronicamente, ou então corrupção deste conteúdo".¹³ Contudo, ela não se mostra apta a comprovar o conteúdo em si da mensagem eletrônica. Permite verificar se determinada mensagem eletrônica sofreu ou não alterações em seu texto original.

De outra parte, a certeza quanto à autoria da mensagem eletrônica é, igualmente, difícil de ser apurada.

É importante consignar que mesmo devidamente identificado o usuário no servidor, que teria enviado determinado e-mail, por exemplo, não se exclui a possibilidade de outra pessoa ter-se utilizado daqueles dados de usuário e de sua máquina (computador), para remeter mensagem eletrônica a terceiro, em nome daquele.

CONCLUSÕES

• A prova documental não é suficiente para a demonstração de efetivo envio ou recebimento de determinada mensagem eletrônica;

• A prova pericial informática no servidor ou no provedor mostra-se imprescindível para verificação de envio ou recebimento de mensagem eletrônica, possibilitando a constatação de conexão entre os usuários envolvidos, por meio do arquivo log e o endereço IP;

13 Conforme NBR ISO/IEC 17799 da ABNT, item 10.2.3.

cuenta atenuación del régimen de las pruebas legales tasadas, y contradictoriamente, por otro, se perfila aquel supuesto vaciamiento visceral de semejantes potestades precisamente en un terreno, el de la confrontación de los saberes técnico-científicos, de tanta incidencia en la litigación actual.

De cara a ello, se ha de convenir que en realidad, la directriz cardinal de la libre valoración de las pruebas por el juez —bien que sujeta a criterios de atendibilidad, de racionalidad, de controlabilidad y de justificación— no puede admitirse que quede en jaque, ni siquiera de hecho, frente a las pruebas "científicas". Ni el perito puede sustituir con su razonamiento y conclusiones el propio discernir judicial, ni cabe admitir transferencia ni trasvase alguno de los poderes jurisdiccionales. Claro que, como destaca FALCON,³ ciertamente muchas pruebas científicas se transforman prácticamente en pruebas legales, según el estado del avance de la ciencia. Tallo que acontece con el alto grado de certeza de las pruebas biológicas (art. 4.º, ley 23.511).

El problema central se desplaza, entonces, a la cuestión más práctica que teórica de cómo controlar tales pruebas "científicas" para asegurar la reserva del poder de decisión del juez. Interrogante cuya respuesta requiere la previa clarificación de ciertas cuestiones atinentes.

1. Como se ha señalado con agudeza la ciencia se expande en detrimento del "sentido común", aunque el tránsito de las nociones científicas desde la cultura de los especialistas a la cultura media sucede fatigosamente, de modo lento y aún indirecto, con frecuencia no claro y a menudo a través de vulgarizaciones y manipulaciones. Sin olvidar los propios tropiezos de las investigaciones, el apresuramiento y la falta de confirmación suficiente que conduce a la revisión de los resultados, siempre provisionales.⁵

3 FALCON, E. M. *Tratado de la prueba*. Bs. As.: Astrea, 2003. v. 2, p. 96. Asimismo: MIDON, M. S. *Pericias biológicas*. Mendoza: Jur. Cuyo, 2005. p. 177 y ss. PONCE, C. R. Las pericias científicas y biológicas. *Rev. Der. Proc.* (a.), Bs. As., 2005-2, p. 148-150.

4 TARUFFO, M. *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*. Il Mulino: Bologna, 2002. p. 145-146. Igualmente: DONDI, A. Utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile. Alcune ipotesi di carattere generale. *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*. Milano: Giuffrè, 2005. v. 1, p. 857 y ss., donde destaca el distinto paso de marcha de la cultura jurídica y la evolución relativa al modo de pensar en las ciencias en sus diversas disciplinas.

5 Un trabajo de revisión de los estudios médicos más significativos que habían sido publicados entre 1990 y 2003 en las tres revistas científicas más influyentes, estableció

Junto a los desarrollos de las ciencias "naturales", auxiliares principalmente para la verificación de los hechos habitualmente relevantes en el proceso (baste pensar en los análisis genéticos y en particular en los test de DNA,⁶ resulta cada vez más frecuente la recurrencia a los saberes de las ciencias "humanas" y "sociales", como estadística y la sociología, la psicología y la psiquiatría, y otras relativamente nuevas como la epidemiología.

Se verifica, en definitiva una notable expansión de las ocasiones posibles en que un hecho relevante en juicio puede ser comprobado sobre la base de conocimientos científicos. El recurso a la ciencia se presenta entonces como superador de la utilización de las inciertas y vagas nociones del sentido común, y se escinde en al menos dos vertientes en buena medida conexas: el intento de *cientificación del razonamiento probatorio* en base a modelos probabilísticos y —lo que aquí nos interesa— el uso de las *pruebas científicas*, o sea el empleo directo de metodologías, análisis y test científicos como medios para verificar hechos relevantes para la decisión.⁷

que un tercio de aquellos estudios fueron ulteriormente refutados, desde que los avances posteriores los tornaron obsoletos (*Journal of the American Medical Association*, julio 2005). De cuarenta y cinco estudios divulgados en dicho período —poco más de una década—, siete de ellos fueron contradictorios (16%), debilitados otros siete (16%); lo cual ha significado que casi un tercio de los resultados originales cambiaron o fueron sustituidos con nuevos estudios. Los estudios refutados se refieren a una amplia variedad de drogas y tratamientos. Las terapias hormonales de reemplazo, que alguna vez fueron consideradas útiles para proteger a las mujeres menopáusicas de la enfermedad cardiovascular, más tarde demostraron tener el efecto inverso. Tampoco la vitamina E logró prevenir los infartos. Las contradicciones también incluyeron un estudio que halló que el óxido nítrico no aumentaba la sobrevivencia en los pacientes con problemas respiratorios, a pesar de confirmaciones previas. No hubo evidencia de que los estudios posteriores necesariamente eran definitivos. Se destacó que en los 14 casos en los que los resultados eran contradictorios, los nuevos estudios eran más grandes o estaban mejor diseñados. Ninguno de los tratamientos refutados está actualmente recomendado por las guías de práctica clínica (La Nación. Buenos Aires, 15 de julio de 2005).

6 Sobre los saberes de la medicina en general y las distintas especialidades: FALCON, E. M. *Tratado...* cit., p. 33-35. En relación a las pruebas biológicas. DUARTE, Pedro R. Prueba pericial: valoración del dictamen médico en las pruebas biológicas. *La prueba. Homenaje al maestro Hernando Devis Echandía*. Bogotá: Universidad Libre, 2002. p. 335 y ss. MIDON, M. S. Op. cit., p. 145 y ss.

7 TARUFFO, M., *Sui confini...* cit., p. 148-149. DONDI, A. Op. cit., p. 852-853. En los Estados Unidos en las

2. Todavía y con mayor precisión se impone diferenciar (a) la *pericia científica lato sensu*, que integra un área que sobrepasa las posibilidades estándar del conocimiento común, comprensiva de una "competencia" para comprender el fenómeno, "leer" el registro y extraer el hecho de éste,⁸ y (b) la *pericia stricto sensu* de conocimientos u operaciones científicas altamente especializadas —regulada en nuestros ordenamientos como informes (art. 475, CPBA) o consultas científicas o técnicas (art. 476, CPCN).⁹

Naturalmente, la complejidad de las cuestiones que suscita esta última modalidad y especialmente los problemas y dificultades de su control y evaluación, se tornan a menudo críticos. Al margen de su denominación legal —informe o consulta— lo que la caracteriza y la diferencia de la prueba pericial, además de la insita complejidad de las cuestiones, reside en el trámite específico y, especialmente, en el alto valor suatorio que como principio cabe asignarle, al menos en tanto se mantenga dentro de los límites que provienen de su naturaleza y razón de ser.¹⁰

3. INSUFICIENCIA DE LOS CONOCIMIENTOS Y DECISIÓN JUDICIAL. ¿COSA JUZGADA "RELATIVA"?

1. Son todavía numerosísimos los supuestos en que los conocimientos científicos resultan insuficientes o inidóneos para auxiliar al juez en la toma de decisiones. Sin embargo, tal insuficiencia,

últimas décadas el uso de pruebas científicas ha asumido importancia crucial en materia de daños derivados del uso de fármacos dañinos, o de la exposición a materiales cancerígenos (p. 149). Una síntesis esclarecedora de los avances de la química tradicional y los desarrollos sucesivos de la bioquímica y de la biología molecular, puede verse en la obra de Falcon, *Tratado...* cit., p. 36-40.

8 FALCON, E. M. *Tratado...* cit., p. 66. Ha sido a la cultura jurídica procesal —destaca A. Dondi— a la que ha correspondido mayormente realizar la distinción entre conocimiento "normal" y conocimiento "especializado" a los fines del proceso. Una consecuencia de ello es la escatísima atención reservada a los problemas de la determinación de la calidad efectiva de los conocimientos expertos asumidos en el proceso (op. cit., p. 852-853).

9 Aún se alude más específicamente a pruebas informáticas y estadísticas (TARUFFO, M. *La prueba de los hechos*. Trad. J. Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002. p. 468).

10 MORELLO, A. M.; SOSA, G. L.; BERIZONCE, R. O. *Códigos procesales...* Bs. As.: Abeledo-Perrot/LEP, 1992. v. 5-B, p. 470-472. PALACIO, L. E. *Derecho procesal civil*. Bs. As.: Abeledo-Perrot, 1972. v. 4, p. 694-696. FENOCHIETTO, C. E. *Código Procesal...* Bs. As.: Astrea, 1999. p. 688-689.

en un estadio determinado de su evolución, no puede erigirse en obstáculo para el juez cuando se encuentra en juego la adopción de medidas jurisdiccionales tendientes a la preservación de bienes de tutela privilegiada. Así tratándose del medio ambiente y a fin de impedir su degradación, el principio precautorio¹¹ impone el dictado de medidas eficaces "cuando haya peligro de daño grave e irreversible" y aún en "ausencia de información o certeza científica" (art. 4.º, Ley General del Ambiente 25.675). La duda científica, expresada en argumentos razonables, no dispensa la prevención; lo que es lo mismo, ha de prevenirse los efectos negativos contra el ambiente *aunque no exista prueba científica absoluta* de que ocurrirá el daño, si el daño puede ser grave e irreversible.¹²

2. Supuesto singular es el que se plantea cuando se pretende invocar pruebas científicas sobrenormales a la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y que se fundara en una ciencia o técnica conocida en ese entonces, pero luego superada por el avance de los conocimientos. El caso típico es de las acciones de investigación de la paternidad y las nuevas pruebas biológicas (ADN y similares). En el conflicto entre la virtualidad de la cosa juzgada y el derecho a la personalidad, sin duda debe prevalecer este último. La propia naturaleza de la cosa juzgada, que no es absoluta, admite su revisión si bien que excepcionalmente no solo en los supuestos de los procesos simulados o fraudulentos, sino también en aquellos otros típicos que acuerdan sustento a las acciones revocatorias. Así, entre otros, si después de pronunciada y firme la sentencia, se hallasen o recobrasen documentos decisivos o ignorados, extraviados o detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiese dictado (LEC española de 1881, art. 1796, inc. 1; LEC 1/2000, art. 510, inc. 1; Ley Federal Argentina 50, art. 241, inc. 3, entre otros ordenamientos). Una interpretación flexible, funcional y sobre todo valorativa del concepto de los nuevos "documentos decisivos", permite salvaguardar el

11 ANDORNO, R. *El principio de precaución...* La Ley, 2002-D, p. 1.326 y ss.; CAFFERATA, N. A. *Principio precautorio...* La Ley, 2004-A, p. 1.202 y ss. MORELLO, A. M., CAFFERATA, N. A. *Visión procesal de cuestiones ambientales*. Bs. As.: Rubinzal Culzoni, 2004. p. 72-73.

12 Cám. Fed. La Plata, Sala 3, 06.04.2004, "Asociación para la Protección Medioambiental y educación Ecológica, c. Edelap S.A.s, s/Amparo", *Lexis Nexis Buenos Aires*, n. 4, oct. 2005, p. 501, con nota de A. J. S. C. Mendoza, Sala I, 11-3-2005, "Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A.", en La Ley, 2005-D, p. 451, con nota de A. G. Moules.

derecho superior de la personalidad. Es lo que se preconiza en la doctrina brasileña.¹³

3. Un fenómeno no menos especial acontece en los procesos colectivos en general, en los que se admite que cuando surgiera nueva prueba sobreviniendo que no hubiera podido ser producida en el proceso fenecido con rechazo de la demanda basada en insuficiencia probatoria, no se configura cosa juzgada en sentido material (Cód. Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, art. 33, par. 1).¹⁴

4. EL CONTROL JUDICIAL SOBRE LOS CONOCIMIENTOS Y MÉTODOS CIENTÍFICOS

El problema más relevante resulta ser el uso correcto de los conocimientos y de los métodos científicos, y en particular de la selección de conocimientos y métodos que estén verdaderamente dotados de validez científica.

Se trata de evitar el riesgo de que la decisión judicial se provea y sustente en "mala ciencia" (*junk science* en el derecho norteamericano), o en pseudociencia privada de validez efectiva.

El juez —expresa DENTI— como exponente e intérprete de la comunidad, ejerce el mismo control que ésta. Si bien no puede exigirse que posea una ciencia superior a la del perito, en cambio debe controlar el grado de aceptabilidad en el plano del conocimiento común de los nuevos métodos científicos, o bien la racionalidad del procedimiento seguido por el perito. De lo contrario, la regla de la no vincula-

13 BARBOSA MOREIRA, J. C. Considerações sobre a chamada "relativização da coisa julgada material". *Genesis*, Riv. Dir. Proc. Civ. 34/738-739, Curitiba, 2004. Se menciona allí la doctrina del STJ que sustenta la admisión de la acción rescisoria de la sentencia recaída en proceso de investigación de paternidad con invocación de "documento nuevo". "Es que tal examen revela prueba ya existente pero desconocida hasta entonces. La prueba del parentesco existe en el interior de la célula. Su obtención es que tan solo se tornó posible cuando la evolución científica concibió el examen intracitológico" (p. 750, nota 50).

14 GIDI, A. Cosa juzgada en acciones colectivas. In: GIDI, A.; MAC-GREGOR, E. Ferrer (Coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...*, México: Porrúa, 2003. p. 261 y ss., especialmente p. 267. Como señala J. C. Hitters, si la acción es repelida estamos en presencia de res *judicata* formal que permite a los afectados impetrar su alteración a través de otra vía, en un proceso diferente (*Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos*, Ponencia en XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, 2005. Disponible en: <www/procesal2005.com.ar>; también, en *La Ley*, 2005, supl. 24.10.2005).

relación directa con el caso a decidir. Precisamente en el precedente que motivara la doctrina de referencia, faltaba esa relación directa desde que estaban en discusión los efectos dañinos de determinadas sustancias químicas en relación a la salud de los recién nacidos, y el conocimiento científico traído como demostración eran solamente pruebas epidemiológicas, insuficientes para establecer la causa eficiente entre el uso directo de un fármaco y sus efectos negativos en los pacientes.¹⁵

6. SIGNIFICANCIA DEL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO Y DEL CONTROL PREVENTIVO DE LA PERICIA CIENTÍFICA

Claro que existen, y tienen importancia decisiva a la hora de evaluar la fuerza convictiva del dictamen científico, modos y procedimientos tendientes a asegurar, en el iter probatorio, la regularidad de su producción tanto como el principio axial del contradictorio. Precisamente el legislador ha puesto particular empeño en la regulación de la prueba pericial y de los denominados informes científicos o técnicos a cargo de academias, corporaciones, institutos y entidades públicas o privadas de carácter científico o técnico.

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.¹⁶

Precisamente, los ordenamientos procesales y orgánicos vigentes estatuyen no solo sobre las condiciones y requisitos tendientes a asegurar la

18 *Cinco lecciones...*, cit., p. 100-101.

19 Para la ampliación de estos principios remitimos a: BERZONCE, R. O. El principio del contradictorio y su operatividad en la prueba. *Rev. Der. Proc.* 2005-1, p. 131 y ss., y bibliografía allí señalada.

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 provisiones orientadas todas ellas al logro del objetivo esencial, cual es asegurar la atendididad y el valor científico-técnico de la pericia y su pertinencia y utilidad para auxiliar al juez en el conocimiento de los hechos en debate, y con ello la justicia intrínseca de la sentencia.

Comenzando por la selección del perito, que sin un buen experto no se tendrá un dictamen valioso. Lo que conduce a examinar los diversos sistemas de designación,²⁰ sus ventajas e inconvenientes, tanto como los mecanismos tutelares de su imparcialidad. La correcta y conducente formulación de los puntos de pericia (y aún la presentación de informes o dictámenes extrajudiciales orientadores), su claridad y pertinencia, carga de las partes pero también concurrente poder-deber del juez al cabo del contradictorio, interesado como ha de estar en el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Tanto como la participación de los interesados, con sus consultores, en los exámenes y operaciones técnicas antecedentes, y su control. Por fin, frente al dictamen (o el informe-consulta de las entidades científicas), el juego dialéctico que conduce a las partes a su

20 MORELLO, A. M.; SOSA, G. L.; BERZONCE, R. O. *Códigos procesales*, cit., v. 5-B, p. 352-358. Como destaca Domí, el adecuado funcionamiento de los mecanismos procesales de adquisición de informaciones "expertas" resulta crucial en términos de justicia sustancial de las decisiones (op. cit., p. 850-851). Existe una conexión muy estrecha entre la elección del experto "bueno" y el resultado correlativamente bueno y verdadero de su verificación a los fines de la decisión (p. 855-856).

apoyo o refutación en sus diversas variantes de la observación, impugnación o tacha de nulidad. En el centro de la escena, el juez con poderes-deberes de actuación oficiosa para conducir o reconducir el dictamen o el informe técnico especializado, para el logro de su fructividad.

En suma, los protagonistas del proceso vienen munidos de la posibilidad de activar peticiones y procedimientos tendientes a prevenir, y al mismo tiempo controlar, los desarrollos que culminan con el dictamen o consulta de los expertos.

Al cabo de ello, el juez en la sentencia va a apreciar el valor probatorio de la pericia o del informe-consulta, teniendo en cuenta los distintos cartabones y parámetros indicativos que el propio ordenamiento señala en el marco de la sana crítica: el dato prevalente de la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se fundan, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos y demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca (art. 477, CPCN). Claro que —como subraya Falcon— el primer paso para la valoración es la comunicación. El perito debe dar razones y fundamentos entendibles, en lenguaje natural, de modo que pueda ser comprendida la elaboración mental del dictamen y su apoyo en la realidad, aunque no se pudiera comprender totalmente el alcance de las cuestiones científicas.²¹ Y de su lado, en correspondencia, viene pregonada la necesidad de una especial preparación de los jueces,²² premisa naturalmente compartida; siempre será un desafío entender cabalmente el lenguaje, así fuere natural, de los expertos.

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 antaño,²³ 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. Ello nos da pie para, con sustento en todo lo antes analizado y razonado, pasar derechamente a formular las conclusiones.

CONCLUSIONES

1. Los incesantes progresos de la ciencia y la técnica, en un contexto de litigiosidad crecientemente compleja, producto de las características que son propias en general de las relaciones intersubjetivas, genera una escalada siempre ascendente del rol que los expertos asesores técnico-científicos (peritos, academias científicas) desempeñan en el proceso judicial (y arbitral), penal y civil. Prácticamente puede afirmarse son cada vez más escasos los conflictos que se dirimen sin recurrir a los conocimientos científicos.

2. Ello no puede implicar, sin embargo, una dejación o trasvasamiento, ni siquiera un menoscabo, de los poderes jurisdiccionales de decisión, que desnaturalizaría la garantía del debido proceso. No cabe tolerar un desplazamiento, aun de hecho de tales potestades hacia los auxiliares que manejan los saberes científico-técnicos, cualesquiera fuese el grado de complejidad de tales conocimientos. No sólo por la indelegabilidad de la función jurisdiccional, que excluye cualquier sumisión del juez a pautas distintas de las que la propia ley estatuye para asegurar la justicia intrínseca de las decisiones, sino también y no menos principalmente, porque semejante vaciamiento implicaría consagrar una suerte de "autoritarismo tecnocrático", a partir del montaje de un inabarcable "laboratorio" dominado por la técnica y neutro respecto de los valores que están en juego y en los cuales, a través del incanjeable pronunciamiento del juez, se reflejan las valoraciones de la sociedad entera (Denti).

3. Por un lado, el ordenamiento procesal estatuve formalidades extrínsecas para ser observadas en el trámite de las pruebas periciales y los informes

23 Por todos, ahora: FALCON, E. M. *Tratado...* cit., p. 85-93. PONCE, C. R. Op. cit., p. 148 y ss. Sobre la subjetividad del perito para interpretar o "leer" los resultados obtenidos, como factor significativo en la valoración judicial: CARBONE, C. A. La subjetividad del experto en las pruebas que aplican conocimientos científicos de disciplinas no jurídicas. *El Der.* 194/1.007 y ss.

o consultas a entidades científicas especializadas. Además, y en cuanto al aspecto intrínseco, el juez tiene a su alcance diversos métodos y procedimientos conducentes a distinguir la "ciencia verdadera" y descartar la que no lo es. Se trata de mecanismos de control judicial sobre los conocimientos científicos y tecnológicos.

4. Los mecanismos procedimentales tendientes a asegurar en el iter probatorio la regularidad de la producción de las pruebas y la *par conditio*, descansan en el principio del contradictorio que posibilita a las partes actuar las técnicas normativas de control de la pericia científica o técnica en los diversos estadios de la admisibilidad —incluyendo la selección del experto— y de los procedimientos de formación, producción y adquisición, dirigidos a garantizar *in itinere* su atendibilidad. En correlato con lo anterior y con el mismo objetivo, el juez viene dotado de singulares poderes-deberes para ejercer también oficiosamente (declarar la admisibilidad de la pericia o informe científico-técnico, fijar los puntos de pericia o de informe-consulta; asistir a los actos preparatorios; requerir explicaciones en relación al dictamen; designar nuevos peritos, y ejercer en general todas las atribuciones tendientes a asegurar el "resultado" esperado).

5. La correcta evaluación de la prueba científica presupone el poder de discernir sobre

la "ciencia verdadera", y aplicarla excluyendo aquella que no lo sea. El juez, que no tiene conocimientos científicos equivalentes a los que maneja el experto, y a menudo ni siquiera superiores al saber común, dispone de todos modos de diversas posibilidades y herramientas para controlar la racionalidad de los métodos y procedimientos utilizados por el perito. Con esa finalidad, debe cotejar el grado de consenso general que existe en la comunidad científica en relación a los conocimientos aplicados en la experticia; atender la verificabilidad de tales conocimientos; el margen de error que los condiciona; la revisión o revisiones científicas de esos conocimientos y sus resultados. El juez ha de verificar, asimismo, la pertinencia de la aplicación de los conocimientos que sustentan la pericia en el caso concreto, por la necesaria relación directa que ha de existir entre ellos como condición de su aplicabilidad. El análisis y confrontación por el juez de todos y cada uno de tales presupuestos implica no sólo el control de la racionalidad de los procedimientos periciales sino, también, la elaboración de su propia hipótesis científica, diversa si fuere el caso de la construida por el experto, a condición de su fundamentación racional y en correspondencia con los valores prevalecientes en el seno de la sociedad.