

PRUEBAS CIENTÍFICAS Y VERDAD

EL MITO DEL RAZONAMIENTO INCUESTIONABLE

OSVALDO A. GOZAÍNI *

1. Introducción

Las pruebas científicas son medios de prueba, y así deben considerarse en el aspecto de la producción efectiva ante los estrados judiciales. La diferencia con otros medios de verificación 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 confirmaciones, 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.

Taruffo afirma que la sola denominación de “ciencia” es confusa, porque el razonamiento incuestionable no proviene de la seguridad en los resultados que se obtienen de un medio producido con técnicas especializadas, sino de otros estándares que son la base para conseguir una opinión irrefutable.

Por tanto, el primer problema a resolver estriba en ubicar con exactitud el plano de entendimiento sobre qué es y cuando lo 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.

Algunos sostienen que dentro del primer grupo, el ensayo sobre el origen de ciertas enfermedades puede ser cierto; pero en las matemáticas, el resultado siempre es cierto.

* Profesor titular de Derecho Procesal Civil. Director del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho (UBA). Director de la carrera de especialización en Derecho Procesal Civil (UBA) y de la Maestría Internacional en Derecho Procesal Constitucional (UNLZ). Publicista (www.gozaini.com)

Para Marcelo S. Midón, por ejemplo, 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 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 científicas ⁽²⁾.

Dice Falcón que [...]

“dentro de cada uno de estos capítulos existe subtemas de igual dificultad que han llevado a una jurisprudencia bastante amplia en los Estados Unidos de América, donde además la Corte de ese país ha implementado un Manual sobre Prueba científica ⁽³⁾.”

¹. Ponencia presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal (Mar del Plata, 2007). Idéntica definición puede verse en otras ponencias como las de Bourguignon y Peral (Tucumán), o el concepto formulado por Silvero Fernández, para quien “prueba científica es aquella que por aplicación de técnicas y conocimientos científicos, proveen a un punto de discusión un grado de mayor certeza en sus conclusiones”, comprendiendo –en su opinión– tanto el desarrollo elaborado por las ciencias duras – química, biología, genética, etc.– como las ciencias blandas –psicología, sociología, etc.– (en esto discrepa con Carbone, para quien el calificativo en cuestión aplicado a esta variante probatoria específica se refiere sólo a las primeras). Por todos ver el Relato General de Leandro J. Giannini (www.procesal2007mdp.com.ar).

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, ps. 15 y ss.

³. *Manual de referencia para la evidencia científica*, segunda edición. Publicado en 2000 bajo auspicios del centro judicial federal, Washington, C.C., la segunda edición del manual de referencia es un recurso importante para los litigantes federales. Explora las decisiones principales sobre la admisibilidad del testimonio experto proporciona generalmente una explicación del análisis científico, y después tiene una serie de tratamientos detallados de tipos particulares de evidencia científica, tales como estadística e investigación del examen, epidemiología y toxicología, y evidencia de la DNA. El centro judicial federal proporciona esta edición del manual de referencia a todos los jueces federales para asistirlos en la evaluación de evidencia científica proffered. Debido a los deberes y las responsabilidades que se amplían de las cortes de ensayo en casos la participación de evidencia científica y técnica, y el papel que el manual de referencia para la evidencia científica juega en el ejercicio de esta responsabilidad, el manual de referencia es una herramienta esencial para los abogados que litigan en corte federal. Estos estudios se completan con la regla 702 de la Corte Federal sobre evidencia científica y con dos casos fundamentales que fueron *Daubert. Vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, y *Kumho Tire Company LTD., et. al., vs. Patric Carmichael* (cfr. Falcón, Enrique Manuel, *Pruebas científicas*, XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mar del Plata, 2007).

Hace muchos años Denti planteó el problema de identificar la noción de prueba procesal con la de prueba científica en la medida que se interprete alguno de las siguientes problemas: 1°) si se quiere aplicar la actividad científica como medio probatorio; o 2°) se pretende trabajar el método científico como actividad probatoria en sí misma; o en su caso, 3°) si lo que en realidad se quiere es trabajar con el resultado de la prueba científica para conseguir con ella influir en el ánimo del juez (4).

Parece indudable que el tercer aspecto es el más conflictivo, 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.

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 congreguen las experiencias; diferencia que es la que señala Taruffo al confrontar el proceso con la ciencia.

En efecto, dice nuestro homenajeado 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 controversia” (5).

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 porqué, 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 (6).

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

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

6. Morello anticipó la cuestión y sostuvo que la ciencia [...] responde a una metodología científica que no es la del orbe jurídico, aunque, al momento de sentenciar, habrá de amalgamarse en una síntesis integradora, y en la definitiva lectura que proviene del Derecho (de esa ciencia). Análogamente, ocurre en las técnicas de vanguardia, por ejemplo: los registros informáticos y estadísticos o equiparables, que se gobiernan por sus respectivas metodologías y apoyos fundantes. En esa perspectiva ha de convenirse en que, como ya lo advertía Couture en los años cincuenta, el Derecho, que pertenece a la ciencia de la cultura, suscita el problema a resolver en punto a precisiones, el de sus limitaciones respecto del de las ciencias naturales, lo que debe llevar a manejarnos por los principios de integración sistémica del derecho, recogiendo, al mismo tiempo, en una actividad interpretativa amplia y flexible, las 'razones' que aporten las ciencias naturales, controladas o tamizadas por la óptica jurídica así enriquecida y potenciada por las

3. Admisión y procedencia de la prueba

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 si misma, un instrumento moralmente neutro”⁽⁷⁾.

conquistas científicas, que también son sustentables por el Derecho. Una unidad íntima, envuelta por ese halo de científicidad a través de un pensamiento integrado, merced a una hermenéutica acorde con un mundo jurídico así forjado por los concretos adelantos científicos, que dota a lo jurídico de un nuevo sentido. Porque los operadores aunque continuemos trabajando con concepto normativos referidos a una situación de vida interhumana también lo hacemos con las realidades concretas (este daño, este trasplante, esta clonación, etc.) que se fusiona con otras realidades (convicciones sociales, creencias colectivas vigentes, reglas del arte, valores que preferencia la comunidad, etcétera). Además, las conquistas científicas evidenciadas mediante la prueba en ese particular litigio, no constituyen "derecho", pero necesariamente deben adquirir --en la sentencia-- carta de ciudadanía o naturaleza jurídica al constituirse en uno de los decisivos elementos del juicio. En un engranaje jurídico; al integrarse a la motivación, interpretará esas incorporaciones científicas, con el sentido y alcance peculiar del derecho. Y en ese obrar integrado también el juez le acuerda a su pensar, la lógica axiológica que, congruentemente, en los límites de ese caso le sirven para asignar valor. Acuña lo científico en su versión de derecho (Morello, Augusto Mario, *La prueba científica*, La Ley, 1999-C, 897).

⁷. Savatier, René, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Tomo VIII, Montreal, 1956, p. 618.

Esta idea impregna los sistemas procesales sin que haya variado la legislación pese a las limitaciones fundamentadas que los jueces han dado al sesgado camino de la reglamentación. Obsérvese que Denti señaló la preocupación por atender dichos cánones de valoración ética, afirmando que frente al dilema de resolver la procedencia de una prueba científica [...]

“la conducta del jurista no puede estar condicionada por la incertidumbre de los resultados técnicos y, en consecuencia, por el peligro de errores judiciales debidos al empleo de modernos métodos de indagación. El progreso de la ciencia no garantiza precisamente la obtención de la verdad inmune de errores, y por otra parte, los métodos de investigación se consideran correctos sólo porque son aceptados por la generalidad de los estudiosos en un determinado momento histórico, sin excluir que dichos métodos puedan ser considerados erróneos en un momento sucesivo”⁽⁸⁾.

Más allá de las dudas que siempre tiene la investigación científica, es inevitable sostener que ellas se diluyen conforme el objeto de prueba. La relatividad de las conclusiones es distinta cuando se estudia la *psiquis* que cuando se dan respuestas matemáticas; aquí la diferencia es por las alternativas de ensayo pero nunca por el rigor de la consulta.

Sin embargo, no todo lo científico tiene igual viso de seriedad como para aceptar que sean irrefutables las afirmaciones proyectadas. La asimetría entre ciencias buenas y malas que refiere Taruffo, y apoya buena parte de la doctrina, se refleja en aceptar que el tradicional tópico según el cual, cualquier cosa que tenga algún origen científico es útil y válido, y por tanto, es admisible como medio de prueba en el proceso está en crisis desde hace tiempo por varias razones; por un lado porque hay sectores de la investigación científica, como la grafología, la lectura de las manos, la revelación de los sueños, etc., que son permeables a la subjetividad o a la simple especulación, que como tal, no se pueden recibir como prueba; por otro, en cambio, [...] “el *proprium* de la prueba científica puede encontrarse en el hecho de que ésta implica el empleo de conceptos, informaciones, experimentos y criterios que exceden el ámbito de la cultura media, así como el particular nivel de validez y fiabilidad que habitualmente se le atribuyen a las nociones confirmadas científicamente”⁽⁹⁾.

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.

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*”).

⁸. Denti, *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*, cit., p. 6.

⁹. Taruffo, *La prueba científica*, cit., p. 151.

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. ⁽¹⁰⁾. 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) ⁽¹¹⁾.

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

¹⁰. Falcón, *Prueba científica*, cit., XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal.

¹¹. Falcón, *Prueba científica*, cit., XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal.

<nuevas lógicas que representan fronteras móviles>, que cobran referencia ejemplar, precisamente, en la prueba hematológica y el HLA y el ADN" (¹²).

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 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, 1995), 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 prevalecientes sobre una hipótesis (v.gr.: si el grado de confirmación es del 70% la incertidumbre es del 30%, de modo que la 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 aún 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.

Uno de los ejemplos clásicos que suelen utilizarse para observar cuando la prueba científica puede resultar contraria a un derecho fundamental, se da en el plano del derecho a la intimidad. Éste se podría representar, en forma figurada, cual si fuera una espiral cuyo núcleo contiene la más sagrada de las reservas que la persona quiere mantener. Aparece así una suerte de anillos donde el más expuesto hacia el exterior es el que los demás observan y conocen, y que puede asentar en la esfera de la fama o reputación.

¹². Morello, *La prueba científica*, La Ley, 1999-C, 898.

La dimensión amplia, o *esfera privada*, comprende todos aquellos comportamientos, noticias y expresiones que el sujeto desea que no lleguen al conocimiento público. Se incluye aquí la imagen física de la persona y su comportamiento, aun fuera del domicilio, que no debe ser conocido sino por quienes se encuentran en contacto con él. Le sigue la denominada *esfera confidencial*, que abarca lo que el sujeto participa a otra persona de confianza; de esta esfera quedan excluidos, aparte del público en general, aquellas personas que operan en la vida privada y familiar. Aquí se incluyen correspondencia, memorias, etc. Finalmente, como círculo concéntrico de menor radio, aparece la *esfera del secreto*, que corresponde a las noticias y hechos que por su carácter extremadamente reservado han de quedar inaccesibles a todos los demás.

Cuando en un proceso se ordena investigar las actividades desenvueltas por alguien a cuyo fin se autoriza a penetrar en los reportes de vida personal que proyectan los medios informáticos de cotidiana utilización (prueba científica informática), se ha puesto en duda su admisión ante el test de constitucionalidad.

Las posibilidades se alternan entre la visión patrimonialista que privilegia la atención sobre el daño provocado y, en consecuencia, la reparación a través de una indemnización por el perjuicio sufrido; o bien, la tutela del honor, ya sea en su aspecto interno afirmado en la autoestima, o en su faz externa integrado por el reconocimiento que los demás hacen de la dignidad. En uno la prueba se recibe, en el otro se expulsa.

No existen dudas respecto al derecho a la necesidad de protección jurídica que tienen ambas cuestiones, el punto a esclarecer es si el derecho se apoya en un derecho fundamental, o en su caso, en una solución material sostenida en la reparación de los perjuicios sufridos. Cada profesión tiene códigos deontológicos que previenen las actitudes deshonorosas de los hombres que en el sector se desempeñan. Quienes no responden a esas normas de conducta moral o ética profesional, son sancionados. Una regla no escrita supone que a mayor responsabilidad, mayores son los deberes de conducta, y en consecuencia, más graves debieran ser las sanciones.

Ahora bien, los archivos de información personal que se forman en los *cookies* de los computadores, son generadores de perfiles y elementos de fácil captura para un experto en informática. Es evidente que entrar en un archivo así mostraría buena parte de las costumbres y preferencias cuya revelación podría lesionar la honorabilidad de una persona, o al menos, su reputación personal o profesional.

Las inclinaciones sexuales, por ejemplo, son datos sensibles (en la voz que utiliza la Ley de Protección de Datos Personales n° 25.326) que tienen prohibida su difusión. Este sería un derecho al secreto; en cambio, divulgar que la fama de un autor literario se debe a que contrata servicios de otros para sus ediciones, es un hecho inconveniente para esa notoriedad alcanzada; aquí, la revelación de los servicios prestados afectaría el crédito logrado, aun cuando lo fuese mediando un intelecto que no le es propio y se vale de esa ocultación. Aun cuando parezca incómodo decirlo, el hecho no es delictual (aunque pueda ser cuasidelictual), y recobra aquella máxima que ponía en práctica “Anibal” en su lucha contra los romanos: “*Se debe luchar con la astucia cuando no se puede ser igual con las armas*”.

En términos similares se plantean otras diferencias sensibles que inciden en la reputación como “estigmas o descréditos”, aunque de hecho no lo sean, y el individuo

desea conservar en su más sagrada reserva; por ejemplo: los atributos físicos diferentes (v.gr.: enfermedades crónicas); las capacidades diferenciadas (v.gr.: sordera, tartamudez, etc.); las costumbres sociales o sexuales; el comportamiento doméstico, etc. En cada caso, existe una relación entre el encubrimiento y la intimidad. La revelación se produce cuando la confidencia se hace pública; ese acto, además, agrede la fama o reputación.

En estos casos, y con la vara de la prudencia judicial, la prueba científica puede quedar obstruida. Pero así como se preserva la moral y libertad personal del afectado contra o con quien se ordena una prueba científica, también resulta ineludible su práctica cuando de ella se desprenderá una verdad seria e incontrastable, cuya omisión significará una renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva que del proceso se debe desprender.

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”⁽¹³⁾.

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.

¹³. Denti, *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*, cit., p. 7.

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” (14).

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.

Recordaba Giannini, que [...]

“no es lo mismo, la coerción efectuada sobre las cosas (v.gr.: allanamiento de una oficina para secuestrar un disco rígido sobre el que se producirá una pericia informática) que sobre las personas (por ej., la *inspectio corporis*, o el recurrente problema de la extracción de muestras humanas, tejidos, sangre, cabellos, saliva, etc.). Tampoco es parangonable automáticamente la situación de quien es parte en el proceso (actor o demandado, en el proceso civil, imputado en el proceso penal) frente a quien es tercero a su respecto (15).

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

15. Cfr. la conocida causa “Vázquez Ferrá” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la que se rechazó la práctica compulsiva de la prueba hemática, cuando la colaboración necesaria a tales efectos debía ser prestada por la hija reconocida en un proceso penal en el que se imputaba a su padre por la sustracción ilegítima de su identidad, en uno de los tantos fatídicos casos suscitados durante el último gobierno de facto. La Cámara, confirmando lo resuelto por la magistrada de primera instancia, había dispuesto retener los documentos filiatorios de una persona, a la que se la considera presunta hija de desaparecidos durante el denominado Proceso de Reorganización Nacional, y ordenar la realización del estudio aludido sobre la misma a fin de determinar su verdadera identidad; asimismo, había determinado

La dicotomía entre proceso civil y penal asimismo, no debe ser descartada, si la coacción debe realizarse contra el imputado (¹⁶). En todos los casos, resulta trascendente además el análisis de la proporcionalidad del medio ofrecido, es decir, el balance que para su admisión debe formularse de acuerdo a parámetros como:

- i) la gravedad del hecho;
- ii) la verosimilitud de la pretensión;
- iii) la relevancia de la prueba para acreditar la hipótesis fáctica (que no es sólo su pertinencia, concepto obvio, sino especialmente la estimación *-prima facie-* de su eficacia o fuerza probatoria, de la existencia de otros medios para lograr similar resultado, etc.);
- iv) la intensidad de la invasión corporal que es necesaria para la extracción (no es lo mismo un hisopado bucal para extraer saliva que la intervención quirúrgica para remover una bala receptada en el cráneo a efectos de realizar una pericia balística);
- v) el riesgo a la salud derivado de la práctica respectiva, etc.” (¹⁷).

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 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).

que la prueba mencionada se llevaría a cabo con el auxilio de la fuerza pública en el hipotético caso de que aquélla no prestara su consentimiento. Recurrida esta decisión, la Corte -por mayoría- declaró admisible el recurso y dejó sin efecto la resolución recurrida (CS, “*Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/inc. de apelación*”, 2003/09/30, Fallos, 326:3758).

¹⁶. Contra: Bidart Campos, que se muestra contrario a las extracciones compulsivas de sangre, sea cual fuere el ámbito (civil o penal) en el que se pretenda dicha invasión corporal. Entiende el autor que en tal hipótesis la garantía que protege al individuo contra la autoincriminación rige por igual en ambos tipos de enjuiciamiento: “si en ningún proceso es viable obligar a declarar contra sí mismo, y si tampoco es viable inferir presunciones en contra de quien se niega a esa declaración, no es demasiado extravagante ni difícil aseverar que tampoco es válido exigir que alguien se preste a una prueba para la cual tenga que ofrecer su cuerpo. Desde esta perspectiva la garantía constitucional que prohíbe la autoinculpación rige indistinta sea la naturaleza del proceso. Si bien la Corte limita al proceso penal la operatividad de susodicha garantía, la constitución no distingue a ese fin la clase de sumario (penal o no penal). Por ende, inferir de la negativa del demandado a soportar una prueba tan íntima como es prestar su cuerpo a una prueba, que la prueba omitida acredita algo en su contra, es tanto como volver en contra del justiciable la análoga negativa a declarar contra sí mismo, o como tener por absueltas las posiciones en rebeldía” (Bidart Campos, Germán, “*Medios probatorios que requieren prestar el cuerpo propio*”, ED, 150-524).

¹⁷. Giannini, ob. cit., Relato General, XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal.

Tomemos el ejemplo de las pruebas biológicas, estos aspectos son:

a) *Reconocimiento y toma de los indicios de naturaleza biológica*. Esta debe hacerse por personas expertas e instruidas en estas tareas (Policía científica, Guardia Civil, etc.), que dejen constancia escrita y fotográfica de la locación de estos en el lugar de los hechos.

b) *Conservación embalaje y transporte*. Son también de suma importancia tanto en sus aspectos prácticos como por el deber de control y custodia. En general las muestras biológicas se conservan bien cuando están desecadas mientras que la humedad y la colonización por hongos y gérmenes desnaturalizan y deterioran a las proteínas.

c) *Estudio científico de los mismos*. La recomendación N° (92) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre "Uso del Análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) dentro del marco "judicial", en ella se señalaba la importancia del control científico sobre los laboratorios en los que se realizaran estos estudios, su acreditación oficio la estandarización de las técnicas, los controles de calidad de los resultados o la elaboración y custodia de las bases de datos. No era una normativa vinculante pero venía a señalar la necesidad de que los diferentes países regularan a título particular este importante aspecto procesal.

Desde el punto de vista científico, los propios grupos que trabajaban en la investigación de ADN pusieron en marcha estas tareas de control de calidad del trabajo que realizaban. Así surgieron en EE.UU. y Canadá el TWGDAM (*Technical Work Group for DNA Analysis and Methods*) y el EDNAP (*European DNA Profiling Group*) en Europa, siendo el grupo japonés uno de los últimos en incorporarse muy preparados técnicamente y con gran sentido crítico.

d) *Cadena de custodia y contrapericia*. Las garantías científicas de la pericia, deben integrarse con las garantías jurídicas comprendiendo estas a la llamada "cadena de custodia" y a la contrapericia.

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 celebración (¹⁸).

Ello nos sugiere la necesidad de implementar un sistema probatorio distinto, que es factible merced a las potestades judiciales de adaptación.

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.

¹⁸. 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"

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 seguridad (¹⁹).

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

¹⁹. En un logrado trabajo de síntesis sobre ésta 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 auxiliaorias 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 antaño¹⁹, 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.).

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:

1º) 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.

2º) Que de alguna manera sea empíricamente verificable.

3º) Que, en su caso, se conozca el margen de error que lo condiciona.

4º) Que haya sido revisado por parte de un comité o consejo, de probada jerarquía científica.

5º) 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).

6º) Además, claro está, se requiere la condición de pertenencia que presupone la existencia de una relación directa con el caso (²⁰).

Estos parámetros se establecen como una guía que persigue dar tranquilidad al que juzga sobre la seguridad 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 (²¹).

²⁰. 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. Ferreyra de De la Rúa, Angelina - Bella, Gabriela María, *Prueba científica. Examen de ADN y otros análogos. Inspección corporal*, en “Prueba ilícita y prueba científica”, AAVV (Director Roland Arazi), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 37.

21. Indica Montero Aroca que [...] “debe tenerse en cuenta que existen medios de prueba o, por lo menos, aspectos concretos de esos medios, respecto de los que difícilmente puede hablarse de verdadera valoración, por lo que la distinción entre sistemas de valoración carece de sentido útil en esos aspectos. 1. Desde luego la prueba pericial está sujeta al sistema de la prueba libre, pero cuando en esa prueba pericial se trata del peritaje que podemos llamar *percipiente*, en el que el objeto del medio de prueba consiste simplemente en verificar la exactitud de alguna afirmación de hecho efectuada por la parte, esto es, de adquirir certeza sobre hechos, puede darse el caso de que no llegue a entrar en juego sistema alguno de valoración. Por ejemplo si trata de comparar el ADN de dos personas para establecer la filiación. En estos casos: 1) No pueden lógicamente existir dictámenes contradictorios, pues el ADN de una persona es el que es y no caben dos opiniones, y 2) No puede sostenerse que el peritaje se pueda propiamente valorar por el juez, pues el juez no podría afirmar en la sentencia algo diferente de lo afirmado por el perito, a riesgo de incurrir en mera arbitrariedad. 2. De la misma manera en la prueba de reconocimiento judicial (o *ispezione*

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”⁽²²⁾.

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.

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

giudiziale) y atendiendo a los casos en que el mismo juez que realiza el reconocimiento dicta la sentencia y en los que en el reconocimiento se han constatado datos objetivos (no valoraciones o apreciaciones), como por ejemplo si en el terreno existen o no árboles, si la plaza de garaje está en el primer o segundo sótano del edificio, etc. En estos casos tampoco cabe encuadrar este medio de prueba en sistema alguno de valoración. Desaparece en estos dos casos, por tanto, la distinción entre sistemas de valoración y sucede así porque en ellos no se está propiamente ante la valoración de un medio de prueba en sentido estricto, por lo menos en el sentido tradicional en que se entiende la valoración; esto es, primero no puede decirse que se esté ante medios de prueba de valoración legal y, después, no puede existir una operación mental del juez relativa a la credibilidad de la fuente de prueba” (Montero Aroca, Juan, *Valoración de la prueba, reglas legales, garantía y libertad en el proceso civil*, Revista de Derecho Procesal Garantista, 2007, p. 4).

²². Taruffo, Michele, *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie año XXXVIII, n° 114, México, 2005, p. 1297.

convincientes, 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”⁽²³⁾.

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

²³. Morello, *La prueba científica*, La Ley, 1999-C, 899.

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” (24).

En consecuencia, el problema sigue siendo el recorrido que tiene la verdad dentro de los pasillos de los tribunales. Cuanto más se enfatice la idea de luchar para ganar, el proceso en sí mismo es un conjunto de reglas que el juez aplica como árbitro de la pelea sin intervenir ni comprometerse; pero si la ciencia viene empujando nuevos estándares será necesario revisar el modelo de la apreciación racional o de la valoración objetiva.

Este es el punto central del debate que trae la prueba científica.

²⁴. Midón, Marcelo S., *Pericias biológicas*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005, p. 217.