

Título: Las pericias científicas no rutinarias en los procesos ambientales (o cómo diseñar el "expertise" precautorio)

Autor: Sozzo, Gonzalo

Publicado en: RD Amb 54, 65

Cita: TR LALEY AR/DOC/3023/2018

Sumario: I. Introducción.— II. La ciencia en los procesos ambientales.— III. Delimitar el ámbito de funcionamiento de la pericia científica.— IV. Los arreglos institucionales de la prueba pericial.— V. Reglas de escritura de la pericia científica.— VI. Reglas para evaluar el conocimiento científico.

I. Introducción

Este artículo aborda el problema de la producción de pruebas científicas no rutinarias, en el contexto específico de los casos judiciales en los cuales se discuten riesgos para la salud humana y el ambiente que exigen la aplicación del principio precautorio.

La cuestión es sumamente problemática y obliga a revisar la articulación entre ciencia judicial o producción judicial de conocimiento científico; proceso judicial, en tanto mecanismo de búsqueda de la verdad; y prueba pericial (1) como la principal vía de ingreso del conocimiento especializado en el proceso de decisión judicial.

II. La ciencia en los procesos ambientales

II.1. La ciencia en los procesos ambientales a través del principio precautorio

Referirse a la ciencia en los procesos ambientales en la mayor parte de los casos ambientales importa detenerse a observar qué es lo que ocurre con la aplicación del principio precautorio en el espacio judicial. Hay dos fenómenos.

El primero es que un buen manejo del principio precautorio en el campo de la decisión judicial requiere una cierta tarea de contextualización, que consiste en dar cuenta de las marcas que se encuentran el origen del principio precautorio. En este sentido hay que saber que históricamente el principio precautorio fue concebido como un principio dirigido al poder político, es decir, a que las decisiones del poder ejecutivo fueran precautorias. También hay que recordar que el principio de precaución funciona en un campo acotado: el de las incertidumbres científicas y que en Argentina, el principio precautorio se judicializó tempranamente, como un subproducto de la judicialización de los conflictos ambientales. Por último, conviene tener presente que como consecuencia de lo anterior, el principio de precaución en tanto principio de la decisión judicial, presenta importantes problemas de funcionamiento, algunos de ellos eminentemente prácticos y otros institucionales que requieren practicar adaptaciones al mismo.

El segundo es que la presencia del principio precautorio (a) remodela los instrumentos de prevención del daño; (b) y en los hechos produce una reforma implícita de las vías procesales para la prevención del daño. En efecto, al no contar con "canales procesales" propios, el principio precautorio actúa en el contexto de acciones procesales que canalizan la pretensión de prevención del daño como el amparo ambiental, las medidas cautelares, la acción de daño temido y ahora la acción general de prevención del daño del Cód. Civ. y Com. En todos los casos (a) son necesarios ajustes en los requisitos de procedencia, lo que demanda una importante tarea argumental; y (b) surge el conflicto entre el tiempo del proceso de prevención —su urgencia— con los límites institucionales consecuentes —por ejemplo, para el ofrecimiento y producción de pruebas—, y la exigencia de internalizar en el expediente el conocimiento científico suficiente, adecuado y de excelencia que requiere la tarea de mapear la controversia (c) se va generando progresivamente una zona de contacto entre prevención y precaución que opera sobre la caja de herramientas de la prevención primaria (2).

II.2. Las bases de aplicación del principio precautorio

¿Cuál es la situación de base que justifica la aplicación del principio precautorio? (3).

En una primera aproximación, el principio precautorio se aplica cuando existe incertidumbre científica, es decir cuando el riesgo es posible, mientras que la prevención funciona cuando el riesgo es probable (4). Esta idea sirve solo como comienzo de un razonamiento judicial para dirimir cuando corresponde recurrir a la prevención en sentido estricto y cuándo a la precaución, pero requiere luego de ideas complementarias.

En una segunda aproximación la incertidumbre —entendida como riesgo posible— puede traducirse en una aplicación sustantiva o en una aplicación procedimental del principio precautorio por parte del juez. La primera se da cuando la decisión —en el caso que nos ocupa, la decisión judicial— es precautoria pues el estado del arte del conocimiento no permite sino conocer como posible la existencia del riesgo, su magnitud o la manera de medirlo. La segunda se da cuando el juez ordena medidas de prueba científica para componer el estado del arte científico y poder llegar a la decisión final que ya no va a ser precautoria. Bajo esta mirada la incertidumbre "declina" en la existencia de una controversia científica sobre el riesgo que debe ser acreditada como precondition de base para poder aplicar el principio precautorio. En los hechos esto está ocurriendo en la Argentina aunque usualmente sin recurrir a una "pericia precautoria".

En una tercera aproximación, aparece otra posibilidad de aplicación del principio precautorio, que consiste en utilizarlo "en caso de duda" sobre cuál es el estado del conocimiento científico respecto de la existencia del riesgo o la manera de medirlo. Esta manera de hacer funcionar el principio precautorio lo asocia al principio "pro natura" y en los hechos —sin hacer referencia al principio—, también es empleada por los tribunales sino por la existencia de pruebas diferentes que arrojan resultados "cruzados" o cuando las pruebas no son determinantes.

Las aplicaciones procedimentales del principio precautorio o "en caso de duda" no conllevan necesariamente la existencia de una pericia precautoria. Por ello en este trabajo me concentro en las aplicaciones sustanciales del principio precautorio sobre la base de la existencia de una controversia científica. A mi modo de ver es necesario comenzar a señalar con claridad que el principio de precaución funciona cuando existe una controversia científica, no una controversia judicial ni un conflicto sociotécnico. Son situaciones que se vinculan pero no son lo mismo.

En el Derecho argentino y en particular en la jurisprudencia, falta una traducción clara al campo jurídico de la idea de controversia. Controversia científica existe (a) cuando en una "comunidad científica" determinada (b) hay diferentes opiniones fundadas (c) acerca de la existencia o no de un riesgo social o ambiental o ambos o la manera de medirlo.

El primer problema que implica la definición de la "controversia" en el campo legal es el de la determinación temporal y espacial de la "comunidad científica", lo que presenta una serie de inconvenientes que es necesario explicitar y que han sido ya trabajados en el Derecho en la literatura acerca de los "riesgos del desarrollo".

La controversia puede adquirir diferentes fisonomías, aunque siempre mantiene la forma colectiva de un "parlamento"⁽⁵⁾. Estas "diferentes opiniones" pueden provenir de "diferentes sectores", por ejemplo, uno mayoritario y otro minoritario, pero también puede haber varias "minorías científicas" o simplemente una "opinión predominante" que se corresponde al paradigma científico vigente y una o más opiniones "disidentes". Las opiniones deben ser "fundadas", normalmente a partir de experimentos propios y validados científicamente. Sin claridad sobre este presupuesto de base para el funcionamiento del principio precautorio es imposible obtener como resultado un manejo razonable del mismo en el campo judicial o administrativo.

II.3. El expertise precautorio

Abordar la prueba del principio precautorio requiere —por la circulación que ha tenido el del principio— introducir una visión global de las pruebas que permiten introducir el conocimiento científico en los procesos de toma de decisiones.

El expertise puede ser clasificado en 1) expertise público, que es el que se emplea en el ámbito de la decisión administrativa y el 2) expertise judicial. El primero, originalmente más difuso o menos reglado, es progresivamente diseñado sobre la base del segundo ⁽⁶⁾.

A su tiempo, el judicial puede subdividirse en (2.a) expertise profesional —que es el que en Argentina ha predominado prácticamente de manera absoluta en la cultura judicial y en la letra de los Códigos de Procedimientos Civiles y Comerciales— y (2.b) expertise científico que en la cultura procesal argentina es un epifenómeno del anterior; el canal de ingreso en el proceso judicial del primero es la prueba pericial realizada por un profesional y el segundo, la prueba pericial científica.

Las pericias científicas pueden ser (2.b.1) ordinarias, que son las destinadas a explicar a quién debe decidir el estado del arte aplicado al caso o (2.b.2) complejas, entre las cuales ocupa un lugar destacado la pericia científica precautoria, es decir, una pericia científica que se dirige a acreditar la existencia de una incertidumbre científica.

Esta prueba que sintéticamente puede denominarse "expertise precautorio" es un muy particular tipo de expertise que requiere una organización especial que lo diferencia de los anteriores. En primer lugar, (a) el expertise precautorio está dirigido al público en general, no solo a las partes y el juez; (b) el perito no es solo un asistente, sino que cumple una función normativa; (c) es, en su contenido, una variación del análisis de riesgo, dando entrada a la incertidumbre en la narrativa de la pericia que centralmente consiste en realizar un análisis del riesgo.

El expertise precautorio, originariamente diseñado y debatido en el ámbito del expertise publique, deviene en Argentina, por imperio del especial contexto de judicialización del principio precautorio en un problema del expertise jurisdiccional. El conocimiento necesario para aplicar el principio precautorio se ha transformado en el nudo gordiano de los procesos ambientales complejos. Hay al menos dos razones para ello (a) en primer lugar, la "decisión precautoria" en general y en particular la decisión precautoria judicial, requiere una fuerte base científica. Esto que puede parecer paradójico no lo es pues el principio precautorio no es un principio anticientífico, sino promotor de la producción de conocimiento (7); (b) en segundo lugar, pues el derecho ambiental es un derecho que tiene también un fortísimo componente científico (8) vinculado al conocimiento de las ciencias naturales y la ecología que parecería —junto a otros datos— marcar la existencia de una "deriva científicista" del derecho (9).

II.4. La crisis de la prueba pericial en el expertise precautorio jurisdiccional

¿Por qué la relación entre el principio precautorio y pericia judicial es problemática? o mejor, ¿por qué el esquema institucional de la prueba pericial entra en crisis frente al principio de precaución?

La respuesta general es que esto ocurre porque la prueba pericial fue pensada y diseñada para casos rutinarios, entendiendo por tales aquellos en los cuales no existe una controversia científica; es decir, en los cuales la ciencia no es incierta, donde la causalidad no es incierta.

En efecto, el derecho procesal diseñó la prueba pericial sobre la base de un imaginario de la ciencia que se corresponde con el imaginario predominante en todo el derecho de la primera modernidad (10) y que hoy solo puede permanecer vigente en los casos rutinarios y es altamente disfuncional en los grandes imbrolios socio científicos (11) y en los casos judiciales que los recogen.

Consecuentemente con ello, el derecho moderno diseñó unos arreglos institucionales para la prueba pericial basados en la confianza científica y que también son disfuncionales:

a) El juez puede apartarse fundadamente de la pericia; sociológicamente el principio es el inverso: el juez no se aparta de la pericia salvo en casos excepcionales.

b) El juez no puede por sí mismo producir conocimiento experto.

c) Las víctimas no pueden "construir el riesgo" o reconstruirlo solo la ciencia; lo que es absolutamente contra factico, como lo marca la abundante literatura sobre riesgos en el campo de las ciencias sociales (12).

d) Basta con un "piso mínimo" de conocimiento para ser perito judicial; no se exige un máximo o se establecen mecanismos para asegurar la "excelencia".

e) La regla —legal o sociológicamente— es que un solo perito puede cumplir "suficientemente" su tarea de elaborar la pericia; la pericia colegiada es la excepción. El principio precautorio exige el principio inverso.

f) El perito es "soberano" para elegir el modelo para construir y plasmar por escrito la pericia; no hay una gramática obligada.

g) Los tribunales —me refiero al poder judicial— no cuentan con equipos científicos propios, salvo casos o sectores excepcionales (v.gr., equipos médicos forenses; equipos contables del propio poder judicial; equipos interdisciplinarios de salud mental).

h) No existe una instancia procesal que permita el debate ciudadano de las conclusiones periciales; lo cual constituye una importante limitante al derecho de participación ciudadana en el campo ambiental (existen excepciones en aquellos pocos tribunales que prevén y practican instancias de audiencias públicas).

i) Se parte de la base de que el experto proporciona un conocimiento indiscutible acerca de la verdad de un

hecho (13); lo cual es puesto en crisis cuando existe controversia científica pues allí varios expertos debaten sobre la veracidad o no de un hecho, cada uno fundado en sus propias pruebas.

En fin, hay un doble orden de problemas que producen la crisis: por un lado, el modelo de los códigos procesales es el de la pericia profesional que luego es aplicado a la pericia científica y luego esa pericia requiere importantes adaptaciones cuando se trata de aplicar el principio de precaución. Por otro lado, la experiencia comparada en torno al expertise precautorio esta centralmente referida al expertise público efectuado en el seno de la administración donde las reglas son más difusas, cuando en Argentina, la judicialización de las cuestiones ambientales ha conducido a una judicialización del expertise precautorio.

II.5. El rediseño de la ciencia judicial

El reconocimiento de la existencia de una ciencia bajo situación de controversia que es visibilizada por el principio precautorio en el campo legal, debería conllevar a reconocer que es indispensable rediseñar la manera en que se construye el conocimiento científico en el interior del campo judicial, adaptándolo específicamente a este caso.

¿Cómo rediseñar la construcción judicial de la ciencia en los casos de aplicación del principio precautorio? La tarea implica coordinar varias agendas cruzadas:

- a) reestablecer las reglas de escritura de la pericia;
- b) delimitar el ámbito de funcionamiento de la pericia científica;
- c) revisar los arreglos institucionales que en los Códigos de Procedimientos moldean la prueba pericial;
- d) rediseñar las reglas para evaluar el conocimiento científico.

III. Delimitar el ámbito de funcionamiento de la pericia científica

Los Códigos de Procedimientos en el ámbito civil y comercial al regular la pericia lo hacen considerando fundamentalmente la pericia profesional efectuada por profesionales de diferentes áreas del conocimiento.

En consecuencia, la falta de una regulación específica y la similitud con las pericias profesionales ha hecho que la dogmática en general señale que para regular las pericias científicas debe partirse de la regulación de las pericias (14). Pero bien entendido: es solo un punto de partida.

Es necesario incorporar una regla que diferencie cuándo debe funcionar la pericia científica y cuándo funciona la pericia profesional. El criterio central es, como expliqué, la existencia de una controversia científica; el segundo criterio, es el hecho de que la cuestión en debate no haya ingresado aún en el campo de la "tecnociencia" (15).

En consecuencia, la falta de una regulación específica y la similitud con las pericias profesionales ha hecho que la dogmática en general señale que para regular las pericias científicas debe partirse de la regulación de las pericias (16). Pero bien entendido: es solo un punto de partida.

El perito profesional es elegido pues su título profesional lo habilita para emitir opinión sobre un tema que forma parte de sus incumbencias profesionales. En cambio el perito científico es elegido porque el tema de debate en el proceso judicial es objeto de su trabajo de investigación actual o pasado y porque en ese orden, como parte integrante de una "comunidad científica", puede explicar cuál es el "estado del arte" en esa comunidad respecto del problema sobre el que el tribunal le requiere su opinión. Aquí aparece una segunda cualidad de la pericia científica: la opinión del perito encierra una capacidad crítica de las investigaciones y un cierto posicionamiento personal en este sentido, lo que está fuera del marco de posibilidades del perito profesional.

Las pruebas científicas se caracterizan por convocar el conocimiento científico para verificar un hecho y la frecuencia con la que se requiere recurrir a esta es cada vez mayor (17). Si bien es cierto que ambas coinciden en parte, en ocasiones la prueba pericial es también científica pero en otras no (vgr. efectuar una mensura de un lote de terreno). Ahora bien, existe conocimiento que no es propio de la comunidad de profesionales y sí en cambio por la comunidad científica y es este punto el que debe ser traducido normativamente mediante la puesta en marcha de reformas institucionales pertinentes. La pericia científica, en cambio, en principio debe ser realizada por un científico, lo que interesa es esa calificación, no obstante existen profesionales no científicos que excepcionalmente pueden, por su grado de mayor especialidad, realizar este tipo de pericias. Ello es así debido a

que el científico es quien se encuentra inserto en el "sistema de investigación" y quien, en virtud de dicha inserción, conoce de los avances y discusiones que se desarrollan en el campo de su especialidad.

Una serie de observaciones del mismo tipo merece la cuestión de los laboratorios en los cuáles hacer ciertos estudios que requiere un expertise específico. Por ejemplo, en Argentina es relativamente sencillo realizar una prueba de ADN a una persona viva, pero mucho más reducidas son las posibilidades de efectuar una prueba de ADN sobre "partes duras" de un cadáver o una prueba de "carbono 14".

Algo similar ocurre con respecto a la indispensable garantía de objetividad de la pericia. Es importante desarrollar un sistema de acreditación de laboratorios como ocurre en otros campos.

En fin, la pericia científica, que adquiere particular relevancia en los casos de riesgos controvertidos o inciertos, es diferente de la pericia profesional.

¿En qué consiste entonces una pericia científica precautoria? ¿Cuál es el contenido de la pericia científica precautoria?

La pericia científica vinculada a la aplicación del principio precautorio tiene un contenido muy específico que sintéticamente puede ser definido como una variante de la evaluación de riesgos en la cual el objetivo es establecer la existencia o no de una controversia, cuál es la controversia en torno al riesgo y cuál es ese tipo de controversia.

Es una conclusión clara que surge del análisis de la jurisprudencia en torno al principio precautorio que es necesario mejorar la diferenciación entre la pericia científica y la pericia profesional pues la pericia profesional es insuficiente en estos casos.

IV. Los arreglos institucionales de la prueba pericial

La regulación e institucionalidad del expertise debe ser reestructurada revisitando los principios que regulan las pericias pues no se adaptan bien a las pericias científicas y sus requerimientos, particularmente, en contextos en los que imperan altos grados de disputas entre posicionamientos e hipótesis diversas.

En dicho marco se requiere de una reinención o revisión de los principios que serían adecuados para gobernar las pericias científicas (18).

IV.1. Para la selección de los expertos

IV.1.a. La necesidad de reglas institucionales de selección específicas para la pericia científica

Pese a que algunos Códigos Procesales Civiles y Comerciales regulan la pericia científica —superando el "informe de expertos" que traían los Códigos más clásicos—, esta regulación no contempla reglas específicas acerca de cómo seleccionar los expertos científicos ni existe un mecanismo institucional que lo viabilice. En otras palabras: si se quiere efectuar una pericia con científicos hay que implementar un procedimiento de selección ad hoc pues no hay reglas propias.

Debería haber dos premisas para la selección de los expertos de una pericia científica: los científicos elegidos deberían ser del más alto nivel posible (principio de excelencia) y no debería limitarse el "circulo de expertos" a listas institucionales ni a científicos, sino admitir también el ingreso en ocasiones del "conocimiento profano".

La posibilidad de que la pericia sea efectuada con la participación de profanos que tienen un conocimiento particular sobre el punto pero sin título procesional habilitante, tiene que tener cabida; por ejemplo, los miembros de asociaciones de enfermos de una determinada patología que luego de años de militancia son grandes conocedores de la enfermedad, podrían ser peritos.

Veamos cómo funciona el "sistema de listas" para la selección de expertos en las pericias profesionales. El principio es que juez es libre para elegir el experto, lo que incluye su poder de elegir al o a los expertos que van a efectuar la pericia. Sin embargo esta potestad en los hechos está limitada por las reglas institucionales que rigen las pericias en los poderes judiciales y ha terminado instalando otra cultura. Me refiero a que las leyes orgánicas de tribunales suelen instituir "Listas de peritos" organizadas por profesión y por especialidad en las cuales los profesionales se "inscriben" y luego frente a cada proceso judicial en el cual las partes ofrecen e impulsan la producción de una prueba de expertos, el tribunal ordena un sorteo entre los miembros de la lista. Este mecanismo

es la regla cultural largamente instalada en la práctica de los tribunales, que constituye una importante limitante para la libertad del juez de elegir el perito (19).

Es usual que los Códigos de procedimientos y las leyes orgánicas de tribunales requieran como potenciales peritos a personas que posean títulos habilitantes, es decir, profesionales (20); esta es la regla, cuando se admite que sean peritos "...en caso de no existir peritos matriculados" "idóneos en la materia" (Ley Orgánica del Poder Judicial Provincia de Santa Fe [10.160), art. 521] parecería que se trata de una regla de excepción. Esta intuición se confirma cuando se leen las leyes orgánicas del poder judicial que prevén una regulación de la pericia desde la perspectiva institucional. En efecto si se atiende a (a) cómo se institucionaliza la pericia, (b) cómo se organizan las "listas de peritos", (c) cuáles son los requisitos que se exigen para inscribirse en las mismas, para ser "perito", se evidencia que los sujetos protagonistas de esta prueba —la pericial— son preferentemente los profesionales (21). Puede sostenerse que estas regulaciones se basan en el principio de que son los profesionales los que pueden ser peritos. Sobre qué se entiende por profesionales en el campo legal existe una discusión de larga data que no corresponde traer aquí ahora pero sí basta para decir que en principio se considera profesional a quien tiene un título universitario que le permite desarrollar una actividad para la cual ha adquirido especiales conocimientos (22).

La pericia científica no cuenta con un régimen especial diferenciado en los Códigos de Procedimiento. El Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación prevé en el art. 476 las "Consultas científicas o técnicas" que consiste en la facultad del juez de requerir de oficio a proposición de parte una "opinión a universidades, académicas, corporaciones, institutos y entidades públicas o privadas de carácter científico o técnico, cuando el dictamen pericial requiriese operaciones o conocimientos de alta especialización" o el Código de procedimientos de la Provincia de Santa Fe en su art. 197 prevé: "El juez podrá de oficio o a solicitud de parte, pedir informes a las oficinas técnicas cuando lo crea necesario"; se trata de un pedido de informes no propiamente de una prueba pericial científica, que no permite desarrollar los principios que deben guiar la producción del conocimiento científico que requiere el principio precautorio como se verá en seguida.

IV.1.b. Principio de excelencia

Los expertos deben poseer el más alto nivel científico posible, lo que se acredita a través de una reconocida trayectoria nacional e internacional.

Una forma adecuada para garantizar la calidad de los expertos es efectuar una selección entre los centros universitarios de reconocida trayectoria en la especialidad (23) y los institutos de investigación, v.gr, dependientes del CONICET.

A fines de no correr el peligro del "aislamiento del investigador" que se traduciría en una pericia de carácter fragmentada, se puede imponer como regla que la pericia realice una apreciación global del problema (24), incorporando —como está ocurriendo con los estudios de impacto ambiental que configuran el "costado experto" de los procedimientos de evaluación de impacto ambiental— aspectos sociales, políticos, culturales, etc.

Además hay que evitar que el alto nivel de los expertos conspire contra la comunicabilidad del expertise hacia la comunidad interesada. Los peritos suelen emplear "tecno-lenguajes" y fórmulas cuyas explicaciones la mayor parte de las veces no se explicitan, todo lo cual puede volver inaccesible su contenido para su comprensión y entendimiento por los "profanos".

Hay varias maneras de mejorar esta situación:

a) obligar a que la pericia se presente en términos que puedan equipararse al de una publicación de "difusión científica";

b) regulando la participación en la pericia de un experto en periodismo científico o en comunicación social de la ciencia;

c) estableciendo que el juez puede ordenar los "justos y adecuaciones" necesarias para la comunicación de la pericia, que es una regla ya conocida en el ámbito de los procesos de declaración de restricciones de la capacidad (art. 35 CCC) y que obedece a un principio de adecuación ya reconocido en relación a la información en campos como el derecho del consumidor (art. 4º ley 24.240).

Esta transparencia del lenguaje es indispensable si luego se pretende la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones.

IV.1.c. Principio de independencia

Conforme el principio de independencia no deben existir conflictos de intereses entre el interés general comprometido en la tarea encomendada e intereses individuales, ya sea económicos, políticos o de otro tipo.

Las reglas de los Códigos de Procedimientos Civiles y Comerciales existentes en Argentina no garantizan adecuadamente este principio; en efecto, allí suele preverse que los peritos pueden ser recusados por las mismas razones que lo son los jueces, lo que se torna insuficiente en estos casos (25).

En efecto, las reglas de recusación y excusación (26) deben ser revisadas y sometidas a crítica pues resultan insuficientes para garantizar la independencia cuando se trata de pericias científicas en las cuales la comunidad de expertos es muy pequeña o tiene fuertes relaciones con el mercado.

Existen varios mecanismos para mejorar esto:

a) la implementación de la práctica de las "declaraciones de interés"(27). En estas declaraciones los peritos explicitan todos sus antecedentes, incluso las relaciones que han tenido o poseen con la industria o el mercado vinculado al caso o a la comunidad científica implicada; asimismo, manifiestan bajo juramento carecer de intereses en el resultado de la pericia y en el caso en sí.

b) La independencia también se garantiza mejor a través de las agencias especializadas autónomas (28).

c) O recurriendo a la colegiación de la pericia lo cual es factible, por ejemplo, en la Provincia de Santa Fe en la cual el C. P. C. y C. prevé como regla la pericia colegiada, lo cual si bien ha sido desvirtuado en la práctica como regla general, debería ser nuevamente promovido (vid. nota 29).

IV.2. Para el desarrollo de la pericia

IV.2.a. El ensamble experto: reglas mínimas de funcionamiento

En los casos de controversia científica la regla debería ser la colegiación de la pericia pues refleja mejor el estado del campo científico que quedaría de esta manera mejor mapeado.

Es necesario también que la colegiación incluya diferentes disciplinas científicas, inclusive las ciencias sociales.

La regulación de la colegiación de la pericia requiere: (a) dirimir la actividad que debía llevar adelante cada una de las instituciones o expertos; (b) si las decisiones debían adoptarse por unanimidad o mayoría; (c) si las posiciones minoritarias o los contra expertos debían estar representados; (d) cómo debía integrar la institución a la que se encomienda la pericia el ensamble de expertos.

La articulación interna del ensamble de expertos debe ser adecuadamente establecida por el juez al convocar la pericia científica. La constitución de un ensamble de expertos no puede quedar sujeta a sus propias reglas de juego; es necesario prever la articulación entre los expertises conjugados; cuando digo esto no estoy pensando en lo que en el campo jurídico llamaríamos un "reglamento de funcionamiento" sino en algunas reglas principales mínimas; v.gr., una regla que determine el rol que se espera de cada una de las partes del ensamble experto.

Es necesario establecer en estos casos de situaciones controversiales el principio de que tiene que ser todo lo interdisciplinar que sea posible. Para lograrlo es también necesario recuperar el principio de la colegiación de las pericias (29).

IV.2.b. Reglas de funcionamiento para las pericias científicas

Además de las reglas que rigen cómo debe funcionar la colegiación de pericia, deberían establecerse una serie de deberes:

a) deber de cooperación de buena fe entre los expertos;

b) un deber de amplitud de los peritos a la hora de considerar las diferentes opiniones existentes evitando sesgos profesionales, disciplinares, científicos, etc.;

c) establecer un deber de sinceridad, que le permita expresar sus dudas, reconocer sus limitaciones, etc.

IV.2.c. Los foros híbridos

En el campo de los sciences studies se denomina forum híbrido a "las controversias que toman lugar en el espacio público... Fóruns, porque se trata de espacios abiertos en los cuales los grupos se pueden movilizar para debatir sobre objetos técnicos que involucran lo colectivo. Híbridos, porque esos grupos involucrados y los portadores de la palabra que pretenden representarlos son heterogéneos: se encuentran al mismo tiempo los expertos, políticos, tecnócratas y profanos que se estiman pertinentes: Híbridos igualmente porque las cuestiones abordadas y los problemas relevados se inscriben en los registros variados que van desde la ética a la economía, pasando por la psique atómica y el electromagnetismo"⁽³⁰⁾.

La integración de los ciudadanos en las decisiones es esencial en el ámbito de las grandes controversias científico-técnicas y lo mismo ocurre cuando estas controversias ingresan el ámbito del Poder Judicial; el sentido común no debe estar ausente en la toma de la decisión.

La integración de los foros híbridos con portadores del sentido común se vincula con la participación y el principio de transparencia que debe regir las pericias científicas precautorias. A los fines de asegurar la transparencia del proceso pericial —además del "control de las partes"— un método para lograrlo es que el juez instrumente instancias de participación ciudadana, v.gr., una o varias audiencias públicas (amplió en la sección siguiente al tratar el "principio de transparencia").

V. Reglas de escritura de la pericia científica

V.1. La falta de reglas para escribir la pericia

La experiencia demuestra que los peritos son "libres" a la hora de escribir la pericia simplemente porque el derecho no les establece reglas para ello. Ello es en realidad una consecuencia de la sumisión del derecho a la ciencia que marcó al derecho de la primera modernidad y, en particular, de la falta de un canon científico exigido al perito a la hora de elaborar la pericia. Esta situación no es más admisible en general, y menos aun cuando se trata de aplicar el principio precautorio y requiere mayor atención.

Si en su propio campo natural —el de la ciencia— una afirmación requiere de condiciones de validación, esas mismas condiciones deben darse al interior el campo legal. Por el contrario las reglas de producción de las pericias con las que contamos se preocupan por asegurar la "bilateralidad del proceso", el "derecho de defensa", es decir, principios que son caros al Estado de derecho, pero que no aseguran que la pericia sea de calidad. Así por ejemplo, si un perito emplea una fórmula matemática para efectuar un cálculo que ya ha sido superada o está contestada en el campo científico o si solamente existen otras fórmulas, no está obligado a explicar su elección y por qué motivos descarta las otras; si en el campo científico un paper requiere gráficos o simulaciones computacionales o dibujos a escala, no puede presentar la pericia haciendo gráficos o croquis a "a mano"; tampoco hay obligación de explicar cuál ha sido la bibliografía empleada; ni reglas para efectuar las citas; ni que obliguen a indicar si emplean fuentes primarias o cuándo se utilizan fuentes secundarias; si las revistas que se utilizan son científicas o de difusión científica; etc.

Además de lo anterior, en este mismo sentido, resulta también importante que el perito realice una breve explicación del "estado del arte" del campo científico en relación a la cuestión y en particular cómo ha evolucionado y, de existir, cuál es la controversia científica.

En realidad, la falta de reglas acerca de cómo estructurar la pericia y qué recaudos mínimos considerar es una consecuencia de la falta de una regla para determinar la calidad mínima que el conocimiento científico debe tener para ser considerado en el marco de un proceso judicial.

V.2. Una gramática de la pericia científica

Es necesario establecer con claridad las reglas de escritura de la pericia. Estas reglas deben favorecer la comunicabilidad de los resultados y el diálogo crítico en torno a ellos en las comunidades científicas implicadas y entre los actores sociales legos, por lo que sería conveniente que al regular la pericia científica o al ordenarla se establezca que la misma debe ser escrita como si se tratase de un texto de difusión científica.

Es importante también regular los siguientes aspectos —entre otros— (a) si la pericia es colegiada y las conclusiones se exponen de manera conjunta, explicar si ello obedece al hecho de haber seguido un criterio de

mayoría o de unanimidad o de la existencia de consensos; (b) explicitar cuál ha sido el método elegido para realizar las tomas de las muestras de evidencia; (b) explicitar cuál ha sido el método elegido para realizar las pruebas de laboratorio o los experimentos o, en su caso, si los estudios empíricos que se emplean fueron producidos ad hoc para la pericia; (c) explicitar que se emplearon estudios empíricos ya realizados con anterioridad y si estos estudios precedentes fueron realizados por los mismos investigadores que efectúan la pericia o se trata de estudios basados en experimentos ajenos; (d) explicitar los criterios de selección de los estudios preexistentes y toda otra decisión que implique seleccionar materiales o "focalizar" el estudio.

Tratándose de una pericia referida a la aplicabilidad del principio precautorio el contenido centralmente será —como dije— la evaluación de los riesgos, más como se trata de un riesgo controvertido, la evaluación sufrirá adaptaciones. Por ello, un punto central del contenido de la pericia debe ser la controversia científica que es la que determina las variaciones en el análisis y evaluación del riesgo. En este orden es importante que el ensamble de peritos explique cuál es "el estado de las controversias existentes" y que la pericia sea "organizada de tal forma que las controversias y contradicciones aparezcan y que el responsable de la decisión pueda trabajar con ellas"[\(31\)](#).

V.3. Principio de confiabilidad

La confiabilidad del expertise científico debe asegurarse, "la pericia debe ser llevada a cabo con conciencia y objetividad"[\(32\)](#). La confiabilidad no debe confundirse con la creencia generalmente aceptada acerca de que el perito debe ofrecer una explicación monolítica, indubitable y definitoria, ya que esta exigencia equivaldría a incentivar al científico a una actuación política en el sentido de materializar un comportamiento práctico o estratégico que impida ataques futuros más que señalar lo que científicamente corresponde. Esto último adquiere especial relevancia en casos controvertidos o inciertos en los que la producción de saberes en el ámbito científico es permanente y la modificación y reemplazo de hipótesis continua.

En este sentido, podría regularse un "deber de sinceridad" en virtud del cual el perito debe: a) reconocer sus limitaciones; b) expresar sus dudas; c) hacer referencia a la existencia de varias hipótesis y diferentes posibles soluciones así como a los diferentes posicionamientos en relación a la problemática y su propia postura en dicho campo; d) matizar sus conclusiones; e) producir una reflexión que proponga tanto respuestas como nuevos cuestionamientos; f) no dudar en reconocer el pluralismo de verdades; g) presentar las diferentes hipótesis científicas, analizándolas e incorporándolas en busca de un eventual consenso estimulando el contradictorio y el debate [\(33\)](#).

Lo expuesto se puede fortalecer mediante 1) la composición interdisciplinaria del grupo de expertos que se encargan de la pericia; 2) el establecimiento de un "deber de amplitud" al efectuar en el dictamen pericial, considerando de manera global e integral de la problemática sometida a consideración de los peritos, haciéndose cargo de los aspectos científicos, socio-políticos, culturales y económicos, lo cual se traduce en un deber de evitar las exposiciones parciales o sesgadas —en un sentido profesional, científico o disciplinar [\(3\)](#); el deber para los peritos de reconocer la existencia de diferentes hipótesis posibles, las que deberán ser adecuadamente expuestas, aclarando si se trata de posturas teóricas unánimes, mayoritarias, minoritarias o aisladas indicando el fundamento de cada una; 4) el "deber de estar actualizados", lo que se traduce en la obligación de dar cuenta en el dictamen de los avances científicos más recientes en el campo internacional [5](#)); y en su caso, el reconocimiento de la necesidad de asumir una actitud prudencial frente a cuestiones inciertas.

V.4. Principio de transparencia

La actividad pericial debe ser factible de seguimiento por parte de los implicados o interesados en el problema y la ciudadanía en general para lo cual debe estar guiada por el principio de transparencia.

Esto excede las clásicas reglas que desarrollan el principio de contradictorio y bilateralidad del proceso permitiendo el "control de las partes" a través de su notificación y participación de las partes en las instancias del desarrollo de la pericia [\(34\)](#).

Una práctica combinada con lo anterior que podría implementarse es la obligación del perito de redactar y presentar a la discusión de las partes de un "pre-informe" de la pericia [\(35\)](#).

Para implementar un desarrollo transparente de la pericia que implica la participación no solo de las partes del

proceso sino también de los afectados, las ONG, y la ciudadanía en general que tenga un interés, se pueden utilizar como herramientas: (a) la circulación en forma ágil de la información, por ejemplo, poniéndola disponible en internet a través de la página del Poder Judicial; (b) la transparencia de la información que se asegura mediante los requisitos de adecuación y claridad que obligan a considerar los diferentes destinatarios; (c) centralmente mediante la construcción de instancias de participación que permitan la interacción entre el conocimiento experto y la experiencia común. Las instancias de participación pueden en principio organizarse recurriendo a las facultades que los tribunales tienen de convocar a las partes a audiencias cuando lo consideren necesario y que suelen figurar en todos los códigos de procedimientos, con los debidos "ajustes" que requieren estas audiencias para que cumplan con la finalidad de "abrir" la decisión a la ciudadanía; sin dudas el resorte mejor adaptado a estos fines es el sistema de audiencias que fija la Acordada 30/2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

V.5. Principio de confidencialidad

Si bien este principio puede establecerse convencionalmente, además de la cobertura que brinda el secreto profesional, existen casos en los que el mismo debe ceder al convertirse el perito en un "alertante social", pues allí está en juego el interés general.

Por otra parte, en el campo administrativo y judicial es necesario contractualizar las relaciones con los expertos pautando claramente cuáles son las obligaciones y derechos que regulan tal relacionamiento. Esto significa, en el campo de la administración pública, recurrir a la contratación dentro del sector universitario y sistema científico que es donde se encuentran los grupos de expertos especializados en las temáticas requeridas en cada caso. En el ámbito jurisdiccional ocurre algo similar dado que, como sugerí, el espectro de posibilidades no debería quedar limitado a la lista de peritos oficiales.

V.6. Principio de cooperación

Si se establece que la regla es la colegiación de la pericia precautoria, los peritos deberán cooperar de buena fe entre sí en la mayor medida posible de manera estrecha, a los fines de permitir arribar a un consenso respecto del dictamen pericial o bien de aclarar en dicho dictamen los posicionamientos encontrados de manera debidamente fundada.

La interdisciplina como práctica de investigación debería funcionar como el "método de trabajo interno" del ensamble de expertos. La experiencia en materia de salud mental y restricción de capacidad podría ser empleada en este punto.

V.7. El financiamiento del expertise

Es necesario garantizar expertise adecuado a la complejidad que presentan las controversias sociotécnicas contemporáneas.

En Argentina las Universidades públicas, fundamentalmente a través de sus grupos de investigación consolidados y los centros de investigación pertenecientes al CONICET, son los que podrían por sus propias capacidades técnicas y humanas instaladas y por su capital reputacional llevar adelante la investigación en casos que involucren controversias científicas. Lo mismo ocurre con algunos centros e institutos privados y agencias independientes.

Si la pericia precautoria se desarrolla y, se desarrolla una cultura en la cual las universidades y centros de investigación públicos se transforman en el expertise de las grandes controversias sociotécnicas, será necesario pensar los aspectos organizacionales, particularmente los aspectos económicos entendidos en un sentido amplio.

Al mismo tiempo hay que contemplar la sustentabilidad del sistema; en efecto, una inversión de recursos humanos y técnicos como la que requieren estos casos controvertidos importa una aplicación de recursos de todo tipo que puede transformarse en una carga económica insostenible para las universidades e institutos de investigación.

Las reglas de distribución de "costas judiciales" como se las denomina en el ámbito judicial [\(36\)](#) no resultan adecuadas para prevenir este riesgo, pues las universidades e institutos deberían correr con el alea de que la controversia sea decidida de manera favorable a quien ha solicitado la prueba experta para poder recuperar las inversiones efectuadas.

Además ello no cubre la hipótesis de que sea el juez quien solicitó la pericia a partir de una "medida para mejor proveer".

En definitiva aún resta por regular un mecanismo que, previendo la difusión de esta técnica de organizar pericias colegiadas de alto nivel en el ámbito universitario en casos en los cuales asuntos ambientales controversiales giran en torno a la aplicación —o no— del principio precautorio, asegure el financiamiento de este tipo de expertise y su sostenibilidad en el mediano y largo plazo.

En este punto, la constitución de fondos destinados a financiar la litigación en estos temas puede ser un factor importante, acompañado de un mecanismo para establecer costos y honorarios adecuados que asegure su continuidad y permanencia en el tiempo.

VI. Reglas para evaluar el conocimiento científico

VI.1. Evaluar la calidad del conocimiento: el test "Daubert": evaluar la calidad del conocimiento científico

En Argentina como en general en Europa no existe un test para evaluar si una determinada prueba científica ofrecida por las partes debe ingresar o no al proceso judicial (37). ¿Cuándo debe ser admitida y cuando no? Esto no se evalúa pues se parte de la base —como derivación del principio de sumisión del derecho a la ciencia— que todo conocimiento científico es bueno para determinar de la verdad de los hechos siempre que cuplé con un "sócalo mínimo".

Las situaciones de controversia científica, que exigen la aplicación del principio de precaución remueven del su sitio de privilegio a la ciencia moderna y requieren este tipo de análisis para dirimir qué conocimientos deben considerarse y cuáles no.

En los EE. UU. la Corte Suprema de Justicia ha elaborado un test para establecer cuándo existe good science y cuándo bad science a los fines de permitir —o no— su ingreso y consecuente valoración como prueba en el proceso judicial. El precedente más renombrado de la Corte en la materia es "Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. de 1993"(38). En este caso la Corte cambió el estándar que había fijado con anterioridad en el precedente Frie (1923) que se basaba en señalar que son aceptables los expertises que emplean conocimientos generalmente admitidos por la comunidad científica. En el caso Daubert se debatía acerca de la responsabilidad por daños de un laboratorio farmacéutico que producía un medicamento denominado Bendectin para las náuseas durante el embarazo era o no la causa de malformaciones en los niños recién nacidos; en el proceso judicial la actora había ofrecido una serie de ocho expert witness de muy importantes personalidades del mundo de la filosofía, la física, etc., lo que por tanto despertó el debate acerca de la pertinencia y la aceptabilidad de este tipo de expertos considerando el objeto del debate. En fin, se trata de establecer cuáles son las condiciones bajo las cuales un experto puede —o no— ser escuchado por el tribunal.

Como adelanté no existen reglas equivalentes en el derecho argentino. Se trata de un déficit de impostergable solución, más aún en un contexto en el cual la ciencia se ha vuelto "parlamentaria"(39); es decir que se encuentra —frente a muchísimos temas— dividida en "partidos" que como en la política defienden "su verdad" y procuran vencer al resto; incluso se habla de "guerras científicas" en otro sentido aunque vinculado.

Los hombres de derecho en general no hemos preparado el terreno que requiere este tipo de ciencia. Seguimos, por el contrario, aferrados a lo que hoy es solo una representación caricatural que ve en la ciencia una fuente monolítica, objetiva y políticamente neutral de conocimiento. Esta visión del conocimiento científico es francamente naif. La realidad que describen los estudios sociales de la ciencia es bien diferente y el derecho debe tomar nota de esto y diseñar reglas adaptadas a esta nueva fisonomía de la ciencia.

El test Daubert está en esta línea: intenta dotar a los jueces de un elemento de "selección" del conocimiento científico; el test se basa en la idea de que good science es aquella ciencia que resulta válida pues sobre pasa una serie de indicadores: en primer lugar, (a) ha sido testada científicamente, es decir, elaborada a través de un método científico probado como adecuado por la comunidad científica; en segundo lugar (b) el conocimiento ha sido evaluado por pares (peer review) para su publicación en una revista científica; (c) en tercer lugar, se informa cuál es el margen de error de las técnicas científicas empleadas para obtener los conocimientos. Y por último (d) se trata de un conocimiento aceptado por la generalidad de la comunidad científica.

Luego este test propone un segundo análisis: la ciencia que se produzca en el proceso debe ser adecuada y pertinente al punto o los puntos en debate en el juicio y no regular.

Muchísimo se ha debatido no solo en los EE.UU. sobre este test y no es el caso tratar esa cuestión ahora, solo diré que tengo para mí que se adecua bien al campo de las ciencias experimentales, en particular a las ciencias naturales. Sin embargo su aplicabilidad a las ciencias sociales y humanas en Argentina debe ser al menos puesto entre paréntesis dado el bajísimo nivel de presencia de revistas con referato de pares evaluadores y de revistas que al mismo tiempo se encuentren indexadas en lengua española. Por otro lado existe contemporáneamente un importantísimo debate al respecto en las instituciones de investigación en ciencias sociales que discurren en torno a esto y al uso de la bibliometría. En el fondo el test, si es empleado sin los debidos ajustes, podría contribuir a ampliar la brecha entre ciencias sociales y humanas y ciencias experimentales que ya existe.

Este tipo de test presupone que la ciencia que en ocasiones se practica en el ámbito judicial no reúne las condiciones que el campo científico exige a los mismos científicos para validar y reconocer sus resultados. La respuesta: solo se admite en el campo jurídico una ciencia que respeta sus propios cánones de producción de conocimiento.

VI.2. ¿Cómo se valora el conocimiento científico?

Sí existen criterios de valoración de las pruebas científicas. Estos criterios no deben ser confundidos con los criterios de admisión científica de la prueba [\(40\)](#).

Es necesario controlar adecuadamente el proceso de valoración del conocimiento científico en el ámbito de la toma de decisiones. En el campo de la decisión judicial esto se realiza en el momento de la valoración de las pruebas que no puede consistir en una absoluta "libre valoración" debido a que las situaciones de incerteza exceden el "conocimiento medio".

Por el contrario, deben plantearse y considerarse tres aspectos: a) la validez del conocimiento que el juez ha empleado; para lo cual es necesario verificar si ha utilizado y valorado un conocimiento elaborado y comprobado a partir de métodos científicos aceptados; b) la adecuación del conocimiento científico que utiliza para decidir los hechos del caso lo que significa que se debe controlar que el conocimiento científico que emplea tenga una pertinencia directa con el conocimiento científico que es necesario para verificar los hechos del caso concreto respecto del que se debe decidir; c) la articulación con otras formas de producción de saberes.

En este último sentido, en el "Proyecto Principio Precautorio de Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN)", se presentó un documento denominado Pautas para aplicar el Principio Precautorio a la conservación de la biodiversidad y la gestión de los recursos naturales en el que se señaló como Pauta 5: "Use la mejor información disponible", a lo que agrega la necesidad de incorporar los conocimientos tradicionales y de las comunidades indígenas, lo cual se condice con la revalorización de todas las formas de conocimiento existentes, no sólo la proveniente de la ciencia positiva. Ello, por otra parte, no equivale a reestablecer el gobierno de la magia, la religión o el mito, pero sí a aceptar que existen otras formas de conocimiento alternativas a la de la ciencia moderna que pueden aportar informaciones relevantes, tales como a) las biografías y experiencias de vida [\(41\)](#); b) el sentido común; c) el conocimiento de los pueblos originarios.

VI.3. La relación entre juez y expertise

VI.3.a. La regla procesal que permite el apartamiento de la pericia y la cultura del no apartamiento

Los códigos procesales invariablemente establecen la regla de que el juez puede apartarse de la pericia a lo que suman que en caso de producirse el apartamiento debe ser fundado [\(42\)](#).

La regulación de las impugnaciones a la pericia que sistematizan estos Códigos es sólo para los casos en los cuales el perito no hubiera respetado las reglas científicas, pero no puede consistir en una crítica política ni jurídica a la pericia.

Ahora bien, en la práctica cotidiana los tribunales —que podría ser leída como una de las tantas manifestaciones de la relación de subordinación del derecho respecto de la ciencia— esta regla funciona a la inversa: los jueces nunca se apartan de la pericia; hay una razón para ello: la imposibilidad de apartamiento por no contar —el juez— con un conocimiento alternativo al que proporciona el perito. En efecto, los jueces y los

operadores del campo jurídico en general, frente a las cuestiones científicas se encuentran en una posición que no les permite apartarse del conocimiento producido según los cánones del sistema científico.

A ello se agrega el problema que les genera la internalización de la complejidad del sistema científico, traduciéndola hacia el sistema jurídico (43). Esta traducción tiene que ser capaz de reducir la complejidad del entorno, el problema está dado en que la simplificación requiere un previo grado de comprensión elevado que no puede obtenerse si en el mismo campo científico existen discusiones, incertezas e inestabilidad.

VI.3.b. El juez frente al conocimiento científico: las particularidades de los procesos ambientales

El derecho incorpora el conocimiento científico en la toma de decisiones; en particular esto ocurre en los procesos judiciales. El principio es que el juez no puede apartarse de la pericia y si lo hace debe justificarlo.

Atento a que (a) el científico tiene un nivel de conocimiento muy elevado en su campo y el juez no; (b) que el juez no tiene otras fuentes para obtener el conocimiento —salvo cuando existen pruebas científicas contradictorias o un *amicus curiae* (en los tribunales que los admiten)— y que (c) en general no se acepta que el juez pueda recurrir directamente a la ciencia (44), es previsible que ocurra lo que generalmente acontece: que el juez no se aparte de la pericia.

A esto se suman una serie de hechos: que (a) en el marco del juicio de amparo o las medidas cautelares —en tanto que procesos urgentes—, las posibilidades que las normas institucionales brindan para generar pruebas es acotada; que (b) el juez tiene la obligación de decidir (art. 3° CCC), lo que hace que el conocimiento científico cumpla una "función" diferente en el marco de los procesos judiciales que aquella que tiene en el campo científico y que el afán de conocer que los científicos tienen no se corresponda con la "necesidad" del juez de conocer (45).

Sin embargo, un abanico de posibilidades son reabiertas a partir de la regla del art. 32 de la ley 25.675 General del Ambiente que contribuye a dar al juez en los amparos ambientales un perfil más comprometido con la verdad real y por tanto, un margen de maniobra mayor a nivel de las pruebas y su apreciación.

En fin, si bien el juez dispone de un cierto nivel de activismo no solo a la hora de apreciar las pruebas sino también al momento de solicitarlas, al mismo tiempo el carácter científico de las pruebas "cierra" las posibilidades.

VI.3.c. Recrear el espacio de independencia del juez

El estudio de los casos jurisprudenciales en materia de aplicación del principio precautorio muestra que es necesario recrear un espacio para que los jueces recuperen un cierto margen de maniobra y distanciamiento respecto de la prueba pericial.

Así como es necesario asegurar la independencia de los expertos, también es necesario que quienes deciden cuenten con un margen adecuado de autonomía para poder opinar y decidir o, si fuere el caso, ordenar un contra-expertise.

En el caso de los jueces la agenda para llevar adelante esta tarea posee connotaciones muy particulares y por ello su puesta en práctica requiere de algunos ajustes específicos.

Entiendo que existen tres aspectos que constituyen la trama que pueden contribuir a la edificación de este espacio: (a) el ya invocado principio de que el juez puede apartarse de la pericial, proveniente del derecho Procesal; (b) las enormes facultades que el derecho ambiental otorga a los jueces en el marco de procesos ambientales (art. 32 LGA, 25.675); (c) la facultad que los jueces tienen para solicitar medidas para mejor proveer.

Los problemas concretos que enfrenta el magistrado en los casos que plantean la necesidad de recurrir al conocimiento científico en el ámbito de una controversia son: (a) por un lado que el juez tiene un escaso o nulo margen para lograr encontrar conocimiento científico alternativo y (b) que no existen reglas jurídicas para seleccionar e internalizar el conocimiento experto.

Veamos qué ocurre con el primero de los pilares para el espacio de independencia. El principio jurídico del ámbito judicial que permite al juez apartarse de la pericia podría ser reivindicado en los procesos que involucran decisiones precautorias. Pero para que esta estrategia de construcción de un espacio de discrecionalidad sea efectiva debería, al mismo tiempo, facilitarse al juez la vía para obtener conocimientos científicos alternativos y

provenientes de otras formas de producción de saberes. El canal más adecuado por el momento y hasta tanto se configure la reforma institucional necesaria, parecen ser las medidas para mejor proveer o la facultad que otorga, v.gr., el Cód. Proc. Civ. y Com. de la Provincia de Santa Fe al juez que puede "de oficio o a solicitud de parte, pedir informes a las oficinas técnicas cuando lo crea necesario" (art. 97 Cód. Proc. Civ. y Com.).

En el particular caso de los conflictos ambientales que se enmarcan en un contexto científico controversial —hasta tanto se cuente con una reforma de las instituciones en este punto— el juez debe observar algunas reglas adicionales a las típicas de "valoración de las pruebas" debido a que decide en una situación de precaución. Básicamente el principio de libre valoración probatoria podría quedar reformulado analizando si se trata de conocimiento científico aceptable lo que implica, a su vez, dos operaciones: (a) verificar si se está frente a un conocimiento científico válido, que ha sido obtenido y comprobado científicamente a través de métodos y mecanismos de validación aceptados; en otras palabras, determinar cuál es la ciencia que merece ser admitida y usada en los procesos judiciales (46); (b) que el conocimiento sea ajustado al caso, lo que implica indagar si es adecuado y relevante en relación a los hechos involucrados.

VI.4. El rol de los jueces en los procesos ambientales y la formación del rol del juez precautorio

VI.4.a. Hacia el perfil del juez precautorio

En Argentina la jurisprudencia ha avanzado muchísimo a instancias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, otros tribunales y la doctrina en la edificación del perfil del juez ambiental.

Es necesario dar un paso más: es hora de reflexionar y perfilar al juez precautorio, es decir, al juez que en los procesos ambientales o en los que se ventilan problemas de salud humana relacionados —o no— a la cuestión ambiental, se ve enfrentado a un conocimiento científico parlamentario a la hora de decidir.

Me parece entrever en diferentes sentencias de nuestro medio la búsqueda de ese perfil cuando se recurre a invocar la "apreciación de la prueba" a partir de la sana crítica que no es otra cosa que una manera de referir a la prudencia. Pero prudencia no es precaución —aunque tienen vinculaciones que no es momento de tratar aquí—. En la apreciación prudencial el juez se reserva una cuota de subjetividad para su íntima convicción; guarda así una cierta distancia y gana un margen de maniobra. En el manejo del principio precautorio la actitud es diferente: hay una búsqueda de la verdad científica y en esa búsqueda, al no poder encontrar sino incertidumbre, el juez decide —porque está obligado, no puede esperar— pero intentando preservar los bienes más preciados en juego.

VI.4.b. La verdad científica, la procesal y la jurídica

Un tópico inevitable para encontrar el perfil de un juez precautorio es definir la función de la ciencia y la verdad en el campo legal y judicial.

Muchos autores en el campo del derecho procesal y la filosofía del derecho se han ocupado de esta cuestión de la verdad y la verdad procesal y en general se las entiende como verdades diferentes. Y lo mismo ocurre entre la verdad jurídica y la verdad científica.

La verdad en el proceso ambiental está directamente vinculada al conocimiento científico en una gran cantidad de casos lo que se debe, como ya señalé, a que existe una profunda imbricación entre ciencias naturales y derecho ambiental. Algo muy similar ocurre cuando se trata de daños o riesgos derivados de productos o sustancias tóxicas. Son en general casos en los cuales la verdad científica resulta determinante de la "verdad procesal" y de la verdad legal.

Esta situación de intersección en términos sistémicos, hace que el operador del campo jurídico tenga hoy la función de traducir, internalizando en términos técnicos para el derecho los contenidos de otros sistemas sociales que para el sistema legal son su entorno. Esta operación de traducción, desde el sistema científico tecnológico, se efectúa mediante herramientas de vehiculización y mediación. Sin dudas las herramientas más directamente relevantes son las pruebas pericial e informativa. Es necesario revisar críticamente estos mediadores pues la operación de traducción desde el sistema científico hacia el derecho no está funcionando en forma adecuada en el sentido que aquella verdad científica que el derecho daba como presupuesta ya no se produce, ni presenta hacia el exterior del sistema científico como lo imaginó el derecho moderno y, en particular, el derecho procesal.

La verdad judicial está moldeada en estos casos por un contexto y fundamentalmente por una obligación del

juez de decidir el caso. Como muy bien explica Alain Supiot, el juez a diferencia del científico no puede dejar decidir y por tanto busca la verdad como un medio para cumplir su obligación. El científico la busca porque ese es su trabajo (47). El Código Civil y Comercial de la Nación lo dice en otras palabras: la decisión judicial tiene que ser razonablemente fundada (art. 3º) es decir, no ser arbitraria, y no lo es cuando —entre otras tipologías— se apoya en las pruebas de la causa; con eso basta, no interesa que las pruebas sean pruebas de la verdad desde una perspectiva estrictamente científica. Y allí, de esta manera, valiéndose de los recursos más antiguos de la labor judicial, el juez tiene la oportunidad de transformarse en el juez precautorio.

- (1) VÁZQUEZ ROJAS, Carmen, "De la prueba científica a la prueba pericial", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 37.
- (2) SOZZO, Gonzalo, "La protección del consumidor a través del principio precautorio", en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), Tratado de derecho del consumidor, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. III, p. 226. Puede verse también: SOZZO, Gonzalo - BERROS, Valeria, "Una agenda para el principio precautorio" publicado en Revista Crítica de Derecho Privado, Ed. La ley Uruguay, nro. 6/2009; SOZZO, Gonzalo - BERROS, Valeria, "Principio precautorio", en CAFFERATA, Néstor, "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario sobre Derecho Ambiental", Ed. La ley, Buenos Aires, 2012. ps. 100 - 120; BERROS, M. Valeria, "Apreciaciones en torno a la aplicación del principio precautorio y la prueba: circulación de saberes y aperturas de agendas para el derecho", en Revista de Derecho Ambiental, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, nro. 34, ps. 155-168.
- (3) Comunicación de la Comisión Europea sobre el recurso al Principio de Precaución, punto 5.1. Para un análisis, vid. SOZZO, Gonzalo, ob. cit., ps. 216 y ss.
- (4) Amplio en SOZZO, Gonzalo, "La prevención del daño al consumidor", en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), ob. cit., ps. 79-196.
- (5) LATOUR, Bruno, "Nous n'avons jamais été modernes", Ed. La Decouverte, París, 1997.
- (6) ENCINAS DE MUNAGORRI, Rafael, "Extertise scientifique et decisión de précaution", en Revue Juridique de l'environnement, 2000, número especial, ps. 67 y ss.
- (7) Esto es muy claro cuando se hace un uso procedimental del principio precautorio. NOIVILLE, Christine, "Ciencia, decisión, acción: tres observaciones en torno al principio de precaución", en SOZZO, Gonzalo (coord.), El gobierno de los riesgos, Ed. UNL, 2007, ps. 52-53.
- (8) PRIEUR, Michel, "Droit de l'environnement", París, 2016, 7ª ed., p. 6.
- (9) ESTEVE PARDO, José, "El desconcierto del Leviatán", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, ps. 125 y ss.
- (10) Sobre esto, ver SOZZO, Gonzalo, "Contratantes científicos (cuando el contrato reenvía al conocimiento científico)", en Libro Homenaje al Dr. Padilla, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010.
- (11) LATOUR, Bruno, ob. cit., cap. 1, p. 9.
- (12) Los estudios sociales de la ciencia desde hace años se ocupan del problema del conflicto entre científicos y legos, puntualizando la necesidad de atender al conocimiento de las víctimas; los trabajos en este campo se han dirigido en la dirección de puntualizar la necesidad de permitir la participación de los ciudadanos en la construcción del conocimiento pues son los expertos los que tienen la última palabra. El debate entre expertos, científicos y profesionales por un lado, y jueces por otro que suele darse en los procesos judiciales, es una muy particular subespecie de diálogo entre conocimiento científico y conocimiento profano pues en este ámbito —excepcional de los tribunales— son los profanos —los jueces— quienes tienen la última palabra.
- (13) ENCINAS de MUNAGORRI, Rafael, "Les problèmes de preuve posés par l'évolution des sciences et des technologies", 2001, p. 14.
- (14) MORAND-DEVILLER, Jacqueline, "El sistema pericial. Pericia científica y gestión del medioambiente", en SOZZO, Gonzalo (coord.), El gobierno de los riesgos, ob. cit., p. 71.
- (15) Cód. Proc. Civ. y Com.: art. 476 "cuando el dictamen pericial requiriese conocimientos u operaciones técnicas de alta especialización".
- (16) MORAND-DEVILLER, Jacqueline, ob. cit., p. 71.
- (17) TARUFFO, Michele, "La prueba", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 97.
- (18) Jacqueline Morand-Deviller sostiene que existen tres principios generalmente aplicables que se encuentran inspirados en la pericia judicial, "...Se trata de los principios de la independencia, de la objetividad y de lo contradictorio, o principios de la cualidad, de la abertura y de la eficiencia, conforme el Comunicado de la Unión

Europea sobre la obtención y la utilización de la pericia, en 2002, o principios de la excelencia, de la independencia y del pluralismo, según el Libro Blanco de la Gouvernance Europea, adoptado en julio de 2001..." (MORAND-DEVILLER, Jacqueline, ob. cit., p. 71). Sobre los Principios del expertise, vid también NOIVILLE, Christine, "Du bon gouvernement des risques", Ed. PUF, 2003, p. 63.

(19) Solo cuando no hay expertos de la especialidad que se requiere se puede "proponer" una terna de peritos. Para el caso francés, vid., VERGÈS, Etienne - VIAL, Géraldine - LECLERC, Olivier, "Droit de la preuve", Ed. Thémis Droit, PUF, París, 2015, ps. 678 y ss.

(20) Cód. Proc. Civ. y Com. de Santa Fe, art. 188 2º párrafo "La lista se formará de personas que tengan título en la ciencia, arte u oficio de que se trate, emanado de instituciones argentinas, si la profesión u oficio estuviere reglamentada. Si no lo estuviere o, si estándolo, no hubiere perito en el lugar del juicio, podrá formarse con personas entendidas o prácticas". Cód. Proc. Civ. y Com., art. 464: "Si la profesión estuviere reglamentada, el perito deberá tener título habilitante en la ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada a que pertenezcan las cuestiones acerca de las cuales deba expedirse".

(21) Incluso las leyes orgánicas al institucionalizar a "los peritos" permiten que estos sean personas que no poseen título habilitante pero que demuestren ser "expertos" en una determinada materia.

(22) Un panorama sobre el debate acerca de quiénes son "Profesionales" en el campo del derecho privado puede verse en SOZZO, Gonzalo, "Los contratos que vinculan a profesionales con consumidores (sobre la aplicación del microsistema de defensa del consumidor)", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2011-3, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, comentarios a fallos, sección de Jurisprudencia sobre contratos de la.

(23) MORAND DEVILLER, Jacqueline, ob. cit., ps. 71 a 73.

(24) Ibidem, ps. 73 a 75.

(25) El art. 190 del Cód. Proc. Civ. y Com. de Santa Fe afirma "[l]os peritos nombrados de común acuerdo pueden ser recusados por causas posteriores a su nombramiento y los que hubieren sido nombrados de oficio, también por causa anterior, todo de acuerdo con lo establecido para las recusaciones". Vid también el art. 458 del Cód. Proc. Civ. y Com., que por el contrario, establece como regla que la pericia es realizada por un solo perito.

(26) Es un punto común en los códigos de procedimientos aceptar que los peritos puedan ser recusados por las mismas razones que los magistrados (v.gr. Cód. Proc. Civ. y Com. de Santa Fe, art. 190; Cód. Proc. Civ. y Com., arts. 465 y 466).

(27) MORAND DEVILLER, Jacqueline, ob. cit., p. 74; NOIVILLE, Christine, "Du bon gouvernement des risques", Ed. PUF, París, ps. 66 y ss.; VERGÈS, Etienne - VIAL, Géraldine - LECLERC, Olivier, "Droit de la preuve", Ed. Thémis Droit, PUF, París, 2015, p. 688.

(28) MORAND DEVILLER, Jacqueline, ob. cit., p. 74.

(29) En efecto, en la provincia de Santa Fe el principio que establece el Código de Procedimiento civil y Comercial es el de que la pericia debe ser colegiada (art. 186 del Cód. Proc. Civ. y Com. de Santa Fe) son embargo en la práctica de los tribunales prevalece ampliamente la pericia individual; ello podría atribuirse a diferentes razones pero sin dudas una que milita en favor de la individualización de la pericia es la regla de que el perito judicial percibe honorarios que son regulados en relación con los honorarios de los profesionales que a su vez son básicamente un porcentaje del monto de la demanda y está aceptado que la regla se aplica así existan diez peritos, lo que multiplica las costas de manera exorbitante; el límite a esto fue establecido en el art. 505 del Cód. Civ. derogado que percibe que el monto total en concepto de honorarios no puede superar el 25% (art. 505 último párrafo, conf. ley 24.432). De todas formas, aún con este último atenuante, se trata de una regla que no se adapta bien a la construcción de una prueba pericial científica lo más interdisciplinaria posible dados los altos costos que genera.

(30) CALLON, Michel - LASCOUMES, Pierre - BARTHE, Yannick, "Agir dans un monde incertain", Ed. Seuil, Francia, 2001, p. 36.

(31) HERMITTE, Marie Angéle - DAVID, Virginie, "Avaliação dos riscos e principio da precaução", en DIAS VARELA, Marcelo - BARROS PLATIAU, Ana F. (orgs.), Principio da precaução, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2004, p. 146.

(32) MORAND DEVILLER, Jacqueline, ob. cit., p. 75.

(33) MORAND DEVILLER, Jacqueline, ob. cit., p. 76.

(34) La pericia está sujeta como todo el proceso al principio de contradictorio por lo que las partes tienen derecho

a ser notificadas y a asistir a las instancias de la pericia; sugerir puntos de pericia al juez; realizar observaciones al perito sobre la pericia; etc. Sobre esto Ver, LECLERC, Olivier, "Le juge et l'expert", en LGDJ, ps. 312 1 327.

(35) VERGÈS, Etienne - VIAL, Géraldine - LECLERC, Olivier, "Droit de la preuve", Ed. Thémis Droit, PUF, París, 2015, p. 677.

(36) En general se aplican las normas de honorarios para abogados a los peritos (v.gr. en la Prov. de Santa Fe, ley orgánica del Poder Judicial, art. 522). Vid. art. 478 Cód. Proc. Civ. y Com.

(37) GASCÓN ABELLÁN, "Prueba científica. Un mapa de retos", en VÁZQUEZ, Carmen (ed.), Estándares de prueba y prueba científica, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, ps. 181 y ss.

(38) Existen muchísimos escritos jurídicos que comentan el caso "Daubert". Entre ellos para una perspectiva de derecho continental, ENCINAS DE MUNAGORRI, Rafael, "La recevabilité d'une expertise scientifique aux Etats Unis", en Revue Internationale de Droit Comparé, julio-septiembre 1999, vol. 51, nro. 3, ps. 621-632.

(39) LATOUR, Bruno, ob. cit., ps. 194 y ss.

(40) GASCÓN ABELLÁN, ob. cit., p. 191.

(41) Los estudios de tipo antropológico o sociológico en relación a la percepción del riesgo son fundamentales para ser considerados en los procesos de toma de decisiones sobre riesgos que, por otra parte, son vividos cotidianamente por grupos de personas que, muchas veces no son tenidas en consideración a la hora de construir "soluciones" a problemáticas que afectan su salud y el medioambiente en que trasuntan sus días.

(42) V.gr. el Código de Procedimientos de la Provincia de Santa Fe, art. 199 dice "El juez no estará obligado a seguir el dictamen pericial y deberá apreciar el mérito de la prueba según su criterio". El Código de procedimiento Civil y Comercial de la Nación por su parte, con una fórmula mucho más "abierta", dispone: "La fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez, teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científico técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la san crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados, conforme a los arts. 473 y 373 y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca". GONZALO-BERROS, Valeria, "Principio precautorio", en CAFFERATA, Néstor, "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario sobre Derecho Ambiental", Ed. La ley, Buenos Aires, 2012, ps. 100 - 120.

(43) Se puede profundizar sobre sociología de los sistemas en las teorizaciones de Niklas Luhmann así como en el trabajo "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno" de TEUBNER, Gunther, "La fuerza del derecho", Ed. Siglo del Hombre, Bogotá, 2003.

(44) Sobre la posibilidad de que los jueces actúen como peritos científicos ver, SOZZO, Gonzalo, "El error en la teoría del contrato (la factualidad científica del error esencial y la pedagogía de las acciones contractuales)", en Sección de Jurisprudencia sobre contratos de la Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, nro. 2014-1, ps. 463-485, y la jurisprudencia allí citada.

(45) SUPIOT, Alain, en ROSANVALLON, Pierre (dir.), "Science et démocratie", Ed. Odile-Jacob, París, 2014, p. 85. La observación es relevante pues significa que la ciencia en el proceso judicial tiene un carácter singular que proviene del contexto en el cual ese conocimiento actúa. en una palabra: hay una "ciencia judicial".

(46) Sobre este tema existe un pronunciamiento judicial de la Corte Suprema de Estados Unidos de 1993 "Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, inc." 113 S. Ct 2786 en el que se diseña el luego denominado "Daubert test" que no es otra cosa que un test a los efectos de delinear los contornos de los criterios de admisibilidad de la prueba científica en el proceso judicial. Este tema fue trabajado en BERGER, Margaret, "Procedural paradigms for applying the Daubert test" y SANDERS, Joseph, "Scientific validity, admissibility and mass tort after Daubert", en Minnesota Law Review, junio 1994, vol. 78; TARUFFO, Michele, ob. cit., p. 98.

(47) SUPIOT, Alain, ob. cit, ps. 84 a 86.