

56

COLECCIÓN
MATERIALES
DOCENTES

Peritajes en procedimientos reformados: análisis y valoración

Gonzalo Andrés Aguilera Chaparro
Héctor Flavio Galleguillos Carmona

2022



Gonzalo Andrés Aguilera Chaparro

Abogado. Magíster en Derecho con especialización en Litigación Oral por la California Western School of Law de San Diego, Estados Unidos. Abogado jefe de la Oficina de Defensa Laboral de Valparaíso. Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

Héctor Flavio Galleguillos Carmona

Abogado. Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Ex defensor penal público y exabogado de la Unidad de Estudios de la Defensoría Penal Pública de la Región de Valparaíso. Investigador del Centro de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile.



Peritajes en procedimientos reformados: análisis y valoración

MATERIALES DOCENTES 56

© Gonzalo Andrés Aguilera Chaparro y Héctor Flavio Galleguillos Carmona, por los textos, 2022

© Academia Judicial de Chile, por esta edición, 2022

Amunátegui 465, Santiago de Chile

academiajudicial.cl • info@academiajudicial.cl

EDICIÓN Y DISEÑO: Tipografía (tipografica.io)

Todos los derechos reservados.

Resumen

En este libro se analiza la regulación de la prueba pericial en los tres procedimientos reformados en Chile. En todos ellos, pese a reinar una mayor libertad probatoria, el legislador mantuvo un celo en la regulación de determinados medios de prueba y estableció reglas procedimentales específicas para su admisión y producción, lo que acontece con mayor fuerza en los peritajes. Por esto, se explican tanto las finalidades de garantía de dichas regulaciones como los peligros que la doctrina señala. Se estudian los aspectos comunes a la admisibilidad y los problemas más habituales en los debates de exclusión probatoria; se exploran los aspectos más debatidos sobre admisibilidad, rendición y valoración de la prueba pericial en los procedimientos penales, laborales y de familia; y se procura profundizar en sus facetas diferenciadoras, sin dejar de atender los elementos comunes, en consideración a los fines del conocimiento experto en el proceso y a los peligros en una errónea utilización.

Contenido

5	CAPÍTULO 1 Aspectos generales sobre la prueba pericial
31	CAPÍTULO 2 Aspectos comunes en la admisibilidad de la prueba pericial
63	CAPÍTULO 3 Regulación de la prueba pericial en el proceso penal
94	CAPÍTULO 4 Aspectos problemáticos en la regulación de la prueba pericial en los procesos de familia y laboral
124	CAPÍTULO 5 La valoración del conocimiento experto y otros asuntos finales
160	<i>Referencias</i>

Capítulo 1

Aspectos generales sobre la prueba pericial

—Gonzalo Aguilera Chaparro

Introducción

Ya casi un siglo ha transcurrido desde el famoso caso *Frye* en Estados Unidos —en la década del veinte del siglo pasado y que precede a la denominada Trilogía Daubert—¹ en que se debatió por primera vez de manera relevante sobre la admisibilidad o exclusión del conocimiento experto que podía aportar una prueba pericial. Aquella prueba se trataba de un novedoso detector de mentiras, por medio del análisis de la presión sanguínea, con que la defensa técnica pretendía contrarrestar una confesión judicial inculpativa previa de un acusado de asesinato. El testigo experto que fue ofrecido por la defensa era William Moulton Marston.² Se debatió sobre el testimonio científico novel y sobre el estándar de aceptación general en el área relevante del conocimiento experto que se pretende utilizar judicialmente, entre otros tópicos. En dicho paradigmático debate judicial³ se puso sobre la mesa el cuestionamiento de la científicidad de la prueba pericial, un asunto que no ha sido pacífico hasta nuestros días y no solo en la cultura jurídica anglosajona.

1 En dicha trilogía, como se referirá en el capítulo pertinente, el precedente central deriva del famoso caso *Duber con Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.* En su estudio se suele complementar, para conformar dicho trío, con los casos *General Electric con Joiner* y *Kumho Tire Co. con Carmichael*.

2 Dicho testigo experto, además de ser de un destacado psicólogo e inventor en su época, ha mantenido fama por su rol de creador de historietas, entre las que destaca la conocida *Wonder Woman* (Mujer Maravilla) que anecdóticamente utilizaba un lazo que obligaba a decir la verdad, muy en sintonía con el citado detector de mentiras inventado por el mismo autor.

3 Obviamente antecede incluso a las expresas reglas de evidencia sobre prueba pericial para el sistema federal estadounidense, en especial la famosa Regla 702 de las Reglas Federales de Evidencia (F.R.E). No obstante, el caso *Frye* tiene su mayor impacto en la década del setenta en que tiene un mayor uso tanto a nivel federal como estatal (Vásquez, 2015: 95).

Pero en una mirada incluso más panorámica, la científicidad de la prueba pericial se inserta en un derrotero más amplio sobre la racionalidad en el juicio de los hechos en la actividad jurisdiccional. No siempre el conocimiento o determinación de los hechos para la resolución de un caso judicial ha estado en la tradición de ser argumentados y fundados racionalmente en evidencia fiable, toda vez que, de antiguo y no pocas veces, el establecimiento de los hechos se sustentó en ritos o en procedimientos litúrgicos, como ocurría por antonomasia con las ordalías,⁴ con un camino largo desde una suerte de conocimiento mágico de los hechos hacia un conocimiento racional de los mismos (Gascón, 2010: 11 y ss.). Como señala Gascón, por ello no es sorprendente que, en las etapas primitivas dominadas por lo mágico o sobrenatural, el derecho se considerase un trasunto de fuerzas ocultas, el fruto de resortes misteriosos o la exteriorización de una voluntad divina no accesible por completo a la razón humana y en cualquier caso indiscutible (Gascón, 2010: 12). Sin duda, el avance en el conocimiento de los hechos en las comunidades jurídicas ha estado enlazado al progreso que ha tenido la confianza en la razón, la técnica y el ascenso de la ciencia, habiendo ya nuestras sociedades actuales visto pasar la Ilustración, varias revoluciones científicas e industriales y un perfeccionamiento de diversas técnicas y ciencias. Lo reseñado explica que cada época haya tenido predilección por ciertos medios de prueba —ordalías, juramentos, documentos, confesión por tortura y un largo listado— hasta arribar a la actual confianza en la evidencia de expertos,⁵ en el aludido contexto del avance científico. Por eso, el debate sobre la científicidad de un nuevo invento en el caso *Frye* se inserta en un camino más amplio que en esta época nos permite tener una mayor confianza en el conocimiento de los expertos y, en particular, en el desarrollado por las comunidades científicas.

Es así como, tanto en los modelos jurídicos anglosajones como en los de tradición germánico-romana,⁶ la prueba pericial ha tenido presencia y cierto protagonismo, ahondándose cada vez más en sus usos, bonda-

4 La literatura es generosa en ejemplos de duelos judiciales, ordalías o juicios de Dios: desde caminar en brasas calientes sin sufrir lesión, recoger piedras en agua hirviendo, enfrentar en el encierro a un acusado con una fiera y un largo etcétera. Todo lo antedicho como mecanismos jurídicos para fijar hechos.

5 En este sentido, véase Jeruland, referido en Duce (2017: 16).

6 Sobre el parangón detallado de la prueba pericial entre el modelo anglosajón y el germánico-romano, véase Vásquez (2015).

des, peligros, límites y regulaciones. Lo señalado impone un desafío importante para la judicatura como un actor vital dentro de la comunidad jurídica.

En Chile, desde la codificación que estableció los cimientos de nuestros procesos judiciales, que fueron tributarios de un modelo probatorio de mayor regulación legal o tarifado, se incorporó en sus textos legales a la prueba de peritos como un medio probatorio autónomo y reglamentado, lo que acaeció tanto en el Código de Procedimiento Civil como en el antiguo Código de Procedimiento Penal, desde sus versiones primitivas.⁷ Luego, desde el 2000 en adelante, se han configurado diversos procedimientos reformados en nuestro país, alejándose del modelo tradicional de los citados códigos de procedimiento (civil y penal),⁸ lo que se materializó en las reformas a la judicatura en sede penal, de familia y laboral. Se gestó de esta guisa una ruta hacia procedimientos orales, inmediatos, concentrados, y con libertad probatoria, al menos en lo referido a los medios de confirmación procesal admisibles (aceptación expresa de medios confirmatorios innominados y no reglados), y a la valoración probatoria (generalmente, mediante la utilización de la sana crítica).

Pese a la mentada apertura en la utilización de medios de confirmación procesal, el legislador mantuvo un celo en la regulación de determinados medios de prueba, estableciendo reglas procedimentales específicas para su admisión y producción. En dicha dirección, en todos los procedimientos reformados —y pese a la libertad de medios probatorios que reina en los mismos— existen reglas legales específicas que ordenan la admisibilidad y rendición de la prueba pericial, lo que genera problemas prácticos sobre su aplicación, muchas veces por la ausencia de conciencia de los fines procesales de las reglas.⁹

7 En el antiguo Código de Procedimiento Penal se regulaba en los artículos 471 y siguientes, tarifándose un valor probatorio como plena prueba, con la satisfacción de determinados requisitos. El Código de Procedimiento Civil, desde su versión original, ha reglamentado con detalle la prueba pericial, pero siempre entregando su valoración a la sana crítica, en contraflujo a la tarifación en la valoración de los medios de prueba reinante en dicho cuerpo legal (véase el actual artículo 425).

8 Y en otros códigos y leyes especiales, como ocurría con el antiguo procedimiento laboral previsto en el Código del Trabajo y la Ley de Menores.

9 En dicho sentido, y en particular sobre la prueba pericial, véase Aguilera (2016)

Plan de trabajo

En este capítulo introductorio se presentarán algunas nociones generales que puedan servir de marco teórico común para todo el trabajo, centrandose en describir el escenario que presentan procesalmente en el ámbito probatorio los procedimientos reformados; junto con dar una primera mirada sobre los usos más habituales de la prueba pericial en los mismos, advirtiendo los peligros que la doctrina señala en las hipótesis que la hacen procedente; para terminar con algunos aspectos comparativos de la regulación legal de la prueba pericial de todos los procedimientos reformados, puntualizando los elementos comunes como diferenciadores en los diversos procedimientos, desde una mirada panorámica y preliminar.

En el capítulo 2 nos adentraremos en los aspectos comunes de la admisibilidad de la prueba pericial, los que, en una mirada amplia, suelen reiterarse en los tres tipos de procedimientos en estudio, para lo cual se detallarán las reglas especiales de admisibilidad que suelen exigirse a la prueba pericial y se describirán los problemas más habituales en la etapa de control de admisibilidad de este medio probatorio.

Posteriormente, el capítulo 3 se dedicará a la regulación de la prueba pericial en el proceso penal,¹⁰ transitando por toda la normativa aplicable de mayor relevancia, pasando por una vista a la reglamentación de exámenes corporales, sexológicos, autopsias y ADN, entre otras. Asimismo, se abordarán algunas pericias de mayor utilización y ciertos protocolos nacionales e internacionales que pueden tenerse en la mira por la judicatura.

Más adelante se expondrá en el capítulo 4 sobre la regulación de la prueba pericial en los procesos de familia y laboral, y se verá en detalle algunos debates sobre los mecanismos de elección de la persona experta, requisitos de acreditación y oportunidad; y se mencionarán algunas particularidades que ostenta el procedimiento laboral, tanto en la elección de la persona experta como en la operatividad de este medio de prueba en el procedimiento monitorio que se caracteriza por una mayor concentración de sus fases.

¹⁰ Se trata de la primera reforma, la que por cierto abre paso a las que le sucedieron en los procedimientos de familia y laboral.

El capítulo 5 y final versará sobre algunos aspectos propios de la valoración del conocimiento experto en los sistemas de mayor libertad probatoria, con la utilización de la sana crítica y su vinculación con los estándares de convicción y la motivación o fundamentación en el juicio de los hechos; cerrando con algunos temas importantes de tratar, como el mal comportamiento de la persona experta en juicio, los peritajes y las decisiones equivocadas, con reseña a la experiencia tanto nacional como internacional.

Gran parte de este trabajo exploratorio estará trazado bajo las siguientes hipótesis: la prueba reglada en los sistemas tendientes a la libertad probatoria opera como configuración de normas legales que resguardan la protección del principio de contradicción probatoria y del debido proceso; y en la prueba pericial debe maximizarse la satisfacción de los fines de garantía de las normas de prueba reglada, tanto en la etapa de admisibilidad probatoria como en la producción de dicho medio confirmatorio típico y reglado. Evidentemente, la segunda afirmación es corolario de la primera (Aguilera, 2016: 114).

Prueba reglada en los procedimientos reformados tendientes a la libertad probatoria

Los modelos teóricos transitan entre dos extremos respecto de la regulación jurídica de la actividad confirmatoria: entre un *modelo abierto* (de total libertad o ausencia de regulación legal de sus aspectos relevantes) y un *modelo cerrado* (de una regulación legal omnicompreensiva de sus aspectos relevantes).¹¹ La regulación legal de la actividad probatoria —o la ausencia de regulación, como contrafaz— resulta relevante desde cuatro puntos de vista: a) la admisión de pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que excluyan la prueba del proceso y, por tanto, está referida a la posibilidad de que las partes utilicen todos los elementos de prueba relevante de los que dispongan; b) la formación de la prueba, en la que la libertad significa ausencia de normas que regulen el modo en que la prueba se constituye, en el proceso y fuera de él; c) la valoración de las pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que predeterminen, vinculando a la judicatura y a las partes el

¹¹ Sobre los fundamentos y distinciones entre los modelos reglados y los modelos de libertad probatoria, véase en extenso Taruffo (2005: 341 y ss.) y Devis Echandía (2007: 242-243).

valor que debe atribuirse a una prueba en la decisión; y, finalmente, d) la elección de los elementos útiles para la decisión por parte del juez o jueza, en que la libertad significa que pueden buscar libremente los elementos de prueba y no están vinculados por normas sobre su elección que deban fundamentar el juicio de los hechos (Taruffo, 2005: 359 y ss.).

Los diversos ordenamientos jurídicos reales se ubican gradualmente, según su opción legislativa, cerca o lejos de cada uno de los modelos teóricos puros descritos, pero en ningún caso en los extremos de cada paradigma: la regulación jurídica de la prueba se ancla en el *continuum* entre libertad y legalidad (Taruffo, 2005: 361).

La reforma orgánica y funcional a la justicia penal, de familia y laboral, nos ubica tendencialmente cerca del modelo teórico de libertad de prueba respecto de los cuatro puntos de vistas mentados (*admisibilidad, formación, valoración, y elección del sentenciador*), sin perjuicio de que existen límites legales en todos dichos particulares.

En lo referido a la admisibilidad de prueba, se establecen reglas de exclusión de prueba. En sede familiar, el artículo 31 de la Ley 19.968 previene causales de exclusión de prueba. Lo mismo ocurre en el artículo 454 número 4 del Código del Trabajo¹² y en el artículo 276 del Código Procesal Penal. En lo atinente a la formación de prueba, la misma ley regula la rendición de determinados medios probatorios. De los artículos 28 y 54 de la Ley 19.968 puede colegirse la libertad para la formación de cualquier medio probatorio apto para formar fe y de manera similar ocurre con los artículos 295 y 323 del Código Procesal Penal y de la conexión entre los artículos 453 número 3 inciso primero y 454 número 8 del Código del Trabajo. Sin embargo, el legislador regló la formación en determinados medios confirmatorios que podemos calificar de prueba típica y reglada, tales como la testimonial y la pericial, en los tres procedimientos reformados.¹³ En lo concerniente a la valoración de los medios de confirmación procesal, se acude al concepto de sana crítica, que reconoce límites en las máximas de experiencias, conocimientos científi-

12 Con cierto debate al inicio de la reforma procesal laboral, en lo concerniente a la redacción normativa sobre la prueba ilícita, al referirse por texto a la valoración lo que generó ciertas vacilaciones iniciales.

13 O la declaración de parte en la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia y la absolución de posiciones en sede laboral.

camente afianzados y reglas de la lógica.¹⁴ Y en lo tocante a la elección de los medios de prueba útiles, por el juzgador para fundar el juicio de los hechos, se podrían desagregar dos líneas distintas. Por una parte, ciertos presupuestos fácticos que solo se acreditan por determinados medios de prueba con ciertos requisitos, como ocurre a modo ejemplar con la exigencia que conste por escrito, con ciertas formalidades, el finiquito o la renuncia en sede laboral,¹⁵ o la acreditación del cese de convivencia para los matrimonios posteriores al 2004 mediante el acta de cese de convivencia.¹⁶ La segunda es la necesidad de valoración de todos los medios probatorios, ya que el legislador exige a la judicatura la valoración de toda la prueba, tanto de la que estima para confirmar un hecho como de la que desestima: a mayor libertad probatoria se establece un estándar alto de fundamentación en el juicio de los hechos, exigiendo al juzgador hacerse cargo —para estimar o desestimar— de toda la prueba, proscribiendo que el sentenciador solo utilice la que es benigna y acomodaticia a su conclusión fáctica, exigiendo que derrote argumentativamente la prueba en contrario, lo que indirectamente se vincula al límite aludido.¹⁷

Finalidad de las normas legales que reglan la prueba típica

Como venimos diciendo, aun en los ordenamientos jurídicos en los que reina la aludida libertad probatoria —lo que ocurre en nuestros procedimientos reformados nacionales— existen igualmente medios de confirmación procesal regulados por el legislador: a) estableciendo requisitos especiales para su admisibilidad; b) instituyendo reglas sobre su producción en el proceso; c) instaurando excepcionalmente algunas normas de tarificación de su ponderación para el juicio de los hechos; o d) previniendo su concurrencia para la acreditación de determinados extremos fácticos. De ahí que convivan, por un lado, la prueba no regulada o atípica y, por otro lado, la prueba reglada por el legislador.¹⁸

14 Los artículos 297 del Código Procesal Penal, 456 del Código del Trabajo y 32 de la Ley 19.968, establecen dichos límites.

15 Artículo 177 del Código del Trabajo.

16 Artículo 55 de la Ley 19.947, aunque con ciertas interpretaciones jurisprudenciales menos estrictas.

17 Artículos 32 Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, 459 número 4 del Código del Trabajo y 297 del Código Procesal Penal.

18 Sobre la coexistencia entre prueba reglada y prueba no reglada y las técnicas legislativas utilizadas véase Torres Traba (2007: 751-752).

Ahora bien, si la opción legislativa en la configuración de un procedimiento concreto se encamina en el derrotero tendiente a la libertad probatoria, algún sentido debe tener la traición o contraflujo a dicho sendero mediante la inclusión de regulación legal de algunos específicos medios confirmatorios. Las formas procesales no son hueras en contenido, sino que apuntan a garantizar y proteger aspectos valorados por el propio ordenamiento jurídico. Sin duda que la defensa en juicio es el derecho que gran parte de las normas procedimentales tienden a garantizar. Lo anterior es lo que se denomina *aspecto teleológico de las formas procesales*,¹⁹ ya que la correcta regularidad de los actos procedimentales no es un fin en sí, sino que más bien garantizan el derecho a defensa de los justiciables.²⁰ Los ordenamientos jurídicos transitan en una constante tensión entre dos reglas opuestas para regular las formas en el proceso: la de plena libertad y la de formalidad preestablecida.²¹ Con todo, el establecimiento de formas legales (legalidad de las formas procesales), aun en sistemas jurídicos —o en aspecto o parcelas de estos— predominantemente con libertad de formas, cumplen fines de garantía.

Respecto de la actividad probatoria, por la importancia que tiene la etapa confirmatoria, la satisfacción de las normas que reglan ciertos medios de prueba se torna en una garantía para la defensa en juicio, de modo que cuando la ley prevé un procedimiento específico para la formación de una prueba, esta se crea válidamente solo a través de las modalidades previstas por el mismo legislador. Como sostiene Cavallone, «si no fuese así se reducirían las normas sobre la instrucción probatoria a una serie de sugerencias paternales del legislador» (Taruffo, 2005: 380).

19 La alocución la tomamos del procesalista y profesor Raúl Tavolari Oliveros.

20 Alvarado Velloso (2009: 385) en lo concerniente a la función de garantía de las formas procesales, a propósito de la regularidad de los actos procedimentales y de su contrafaz, los actos irregulares y de la nulidad procesal como sanción imputable a dicha irregularidad, señala: «ya es hora de intentar un acercamiento a la definición de *declaración de nulidad*: es la sanción (repito que utilizo el vocablo con una significación muy genérica) que priva de efectos (eficacia) a un acto procedimental en cuya estructura no se han guardado los elementos ejemplares de modelo, en tanto ellos constituyen garantías de los derechos justiciables».

21 Sobre la libertad *versus* la legalidad de las formas, véase Alvarado (2009: 351).

Función y uso de la prueba pericial: Algunos problemas que justifican su calidad de prueba reglada

Función de la persona experta en el ámbito judicial

La prueba pericial es el medio por el cual personas ajenas a las partes, que poseen conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o profesión, y que han sido previamente designadas en un proceso determinado, perciben, verifican hechos, los ponen en conocimiento de la judicatura y dan su opinión fundada sobre la interpretación y apreciación de estos, a fin de formar la convicción del magistrado, siempre que para ello se requieran de esos conocimientos (Arazi, 2008: 269). Esto no significa necesariamente que verse sobre un tema científico, ya que puede referirse a un arte o técnica sin dicho estatus, demandando más bien un conocimiento experto que habitualmente una persona media o lego no ostenta. Dicha prueba aporta siempre la oferta de información especializada que debería contribuir a la correcta toma de decisión sobre los hechos en un proceso judicial, con independencia de si dicha información puede ser calificada de científica, artística, técnica o práctica (Vásquez, 2015: 37).

La utilización de información experta tiene como presupuesto la falta de competencia epistémica del juzgador, ya que un sistema judicial en que un hipotético conocimiento experto especializado de las juezas y los jueces —obviamente fuera del ámbito del conocimiento jurídico en sí— como elemento relevante para conformar un tribunal determinado resulta inviable, pues requeriría, a modo ejemplar, de jueces ideales, expertos en toxicología para casos de envenenamiento, en grafología para juicios sobre falsificación de firmas o en lo relativo a la ingeniería para procesos sobre daños en edificaciones.²² A las claras, la aludida dependencia epistémica no es privativa del ámbito jurídico y no es en sí una falencia estructural del sistema judicial, como no lo es en otras comunidades diversas a la jurídica en que se debe realizar averiguación fáctica. Lo antedicho obviamente no excluye la necesidad de regular las hipótesis de base y las vías por las que ingresa un conocimiento experto que salva dicha dependencia epistémica.

²² Los ejemplos en Vásquez (2015: 45). En la misma fuente bibliográfica: las referencias para casos concretos de tribunales conformados por expertos en la historia del *common law*.

Ahora bien, como señala Vásquez (2015: 47 y ss.) la prueba pericial es desde el punto de vista epistemológico un testimonio. Se trata de un acto de comunicación en la que un tercero o hablante, comunica cierta información a otro —auditorio o audiencia— que adquiere de dicho contenido determinadas creencias o conocimiento. De esta manera, el testimonio experto es fuente de conocimiento y como tal presenta problemas propios. Como ocurre en todo testimonio, en su producción se distinguen los clásicos elementos de expresión de información o acto de comunicación; conexión razonable entre hablante y auditorio; e información adquirida, al menos en parte, por la audiencia. En dicho acto de comunicación, se intermedian por el tercero especialista hechos externos, percibidos e interpretados por dicho experto. Si bien la prueba de peritos, en cuanto testimonio, comparte elementos con un testimonio general de un lego, veremos más adelante —a propósito de los denominados testigos expertos— las diferencias tanto conceptuales como las consecuencias en las formas de producción probatoria y las preguntas permitidas y prohibidas para ambos medios probatorios. Se trata, por ende, de un medio probatorio de segunda mano en que un tercero experto comunica hechos interpretados —permitiéndose incluso opiniones— al juzgador, con base en su conocimiento experto.

De ahí que los problemas epistemológicos de la prueba de peritos no radiquen —al menos exclusivamente— en quien es la persona experta, sino más bien en cómo el juez o jueza aprende de aquella persona (Vásquez, 2015: 20). Por lo mismo, sería una estrategia errada de parte de algunos ordenamientos jurídicos centrarse solamente en la denominada imparcialidad del perito, la que no debe desatenderse, pero no es el único aspecto que puede asegurar una información justificada y relevante para la determinación de los hechos. Como señala la doctrina especializada, centrar la atención solamente en la imparcialidad desatiende muchos de los problemas periciales de mayor importancia dentro del contexto de un proceso, tales como los desacuerdos genuinos entre expertos, posibles errores cognitivos (incluso de buena fe) de un experto imparcial o la incompetencia profesional de muchos peritos, que hipotéticamente podrían ser muy imparciales.²³ Si bien volveremos sobre el tópico de la imparcialidad del perito,²⁴ buena parte del éxito de la incorporación del

23 En dicho sentido, véase Vásquez (2015: 45).

24 La distinción entre diversos capítulos de imparcialidad de la persona experta

conocimiento experto en un proceso, ante la necesidad epistémica del juzgador, radica en la justificación del conocimiento adquirido por el juez o la jueza a través de testimonios expertos.

El conocimiento experto como prueba reglada

Suele ocurrir que los diferentes ordenamientos jurídicos regulan la introducción del conocimiento experto al proceso. Y, sin duda, se trata de información sensible que ingresa al ámbito jurisdiccional, precisamente, por una carencia epistémica de los juzgadores, lo que importa mayor atención a las reglas que se utilizan para su uso en la esfera judicial y optimiza la justificación de dicho conocimiento adquirido por la judicatura desde la persona experta. A mayor justificación del conocimiento adquirido por la o el juez a través de testimonios expertos mejor será la calidad de la decisión judicial en dicho ámbito de carencia epistémica *ex ante* de la utilización de la prueba pericial. El celo legal en la regulación de la prueba pericial no aspira a ser un mero preciosismo legislativo.

Como sostiene Berizonce (2009: 346-347) los modos y procedimientos legales que tienden a asegurar la regularidad de la producción de prueba, y especialmente la observancia de las reglas del contradictorio, revisten una importancia no solo instrumental sino material para la correcta evaluación del peso probatorio del dictamen pericial. En la mayoría de las legislaciones, se ha puesto particular empeño en la regulación de la prueba pericial y de los denominados informes científicos o técnicos a cargo de academias, corporaciones, institutos y entidades públicas o privadas de carácter científico o técnico. La bilateralidad se despliega en todos y cada uno de los estadios probatorios que conducen al dictamen de peritos. Ningún elemento de hecho puede llevarse válidamente a decisión si las partes no han sido puestas en posición de conocerlo y discutirlo previamente. La valoración judicial de las pruebas culmina en el *iter* procedimental comprensivo de las anteriores etapas de admisibilidad, producción y 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

permite adecuar los controles para minimizar sus aspectos adversos. Por lo mismo, es relevante distinguir, como veremos, entre parcialidad de origen, parcialidad disposicional y parcialidad cognitiva.

del propio decisorio (criterio 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 aceptabilidad.

Nuestro país no es ajeno a lo antedicho. En los procedimientos reformados, tendientes *ab initio* a la libertad probatoria, la prueba pericial se encuentra altamente reglada en todas las reformas procedimentales acaecidas, teniendo reglas sobre admisión y rendición de mayor estándar que otros medios de confirmación procesal reglados. Basta ver los artículos 45 al 49 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, los artículos 314 al 322 del Código Procesal Penal y el artículo 453 número 8 del Código del Trabajo. La prueba pericial generalmente importa i) la comparecencia a declarar de la persona experta; ii) la entrega previa del informe pericial para conocimiento de las partes para que estas puedan preparar líneas de contraexamen; iii) la acreditación de idoneidad profesional previa; entre otras exigencias legales. Todo esto implica mayor exigencia en la conformación de esta prueba, en parangón con otras similares en las que también se incorpora al proceso el conocimiento de una persona —en estos otros casos: conocimiento *lego*— como ocurre en la prueba de testigos, declaración de parte o absolución de posiciones. Pues, si bien la prueba pericial es una forma de testimonio y las diferencias no son totalmente categóricas sino más bien de grado respecto a otros testimonios de legos, no pueden desatenderse el mayor celo del legislador en este medio probatorio en particular, precisamente por dichas diferencias con otras formas testimoniales en que se introduce un conocimiento especializado ante el déficit epistémico de los actores de un proceso.

Problemas asociados al uso del conocimiento experto

Respecto de los problemas que plantea la prueba pericial, el profesor Duce (2010) ha sostenido —y en esta línea lo seguimos— dos grandes áreas. El primer ámbito problemático consiste en que su uso fuera de los supuestos que la hacen necesaria supone la posibilidad de afectación a los principios básicos sobre los cuales se construye la actividad judicial, lo que desagrega, a su vez, dos riesgos. Uno se ocasiona cuando la utilización masiva de la opinión experta crecientemente sustituye el trabajo judicial por el trabajo de la persona experta, afectando de esa guisa la

legitimación de la decisión jurisdiccional. A su vez, el otro riesgo es el impacto y peligro de sobrevaloración que produce dicho conocimiento experto en el juzgador, lo que debilita el control judicial sobre la calidad de la información y acrecienta el riesgo de errores judiciales. El segundo ámbito problemático se refiere a la asignación racional de recursos estatales limitados para el cumplimiento de ciertos fines socialmente valorados, lo que implica el aumento de los costos del sistema en general (Duce, 2010: 47-53).

En el primer ámbito problemático nos detendremos en sus dos tipos de riesgos: *riesgo de sustitución* y *riesgos del error* (Duce, 2017: 44 y ss.).

El *riesgo de sustitución* se configura cuando el conocimiento experto sustituye el trabajo de razonamiento judicial en la fijación fáctica en el juicio de los hechos encargado a la judicatura. Sin duda, la actividad judicial se construye con la misión de resolver conflictos jurídicos entre partes y debe deliberar respecto de las pretensiones procesales en disputa, para lo cual fija los hechos tenidos por ciertos en todos los casos que conoce, sin excusas.²⁵ Detrás del aludido modelo de resolver conflictos jurídicos se diseña habitualmente un complejo entramado institucional, para resguardar la independencia e imparcialidad de quienes toman la decisión, así como el establecimiento de procedimientos que aseguren su calidad y la adecuada participación de los interesados en dicha decisión. Es así como una apertura excesiva de admisibilidad de peritajes en juicio irroga precisamente el riesgo de una utilización del conocimiento experto como sustituto del trabajo que nuestros sistemas institucionales le asignan exclusivamente a las y los jueces, sin que ese conocimiento experto sea objeto de los resguardos y procedimientos establecidos para asegurar la calidad, independencia e imparcialidad del trabajo judicial (Duce, 2017: 45).²⁶ El riesgo denunciado, en síntesis, conlleva que las decisiones fácticas sean tomadas al final del día por las personas expertas,

²⁵ Por lo mismo —dado el principio de inexcusabilidad de la función jurisdiccional— es que se prohíbe el *non liquet* (no resolver porque el juzgador no tiene claridad o sobre los hechos o sobre el derecho) y los jueces deben decidir los casos, incluso cuando no existe evidencia sobre las proposiciones fácticas en disputa. En lo fáctico, se evita el *non liquet* con las normas sustantivas sobre carga probatoria que determinan quien gana o pierde un caso ante ausencia de material probatorio.

²⁶ En la dogmática extranjera, Nieva (2010: 285) también advierte sobre los peligros que se derivan de la asunción del dictamen pericial en la sentencia judicial de manera directa y acrítica, tal que no se motive realmente la resolución, sino que la judicatura se limite a transcribir las razones del perito sin entenderlas realmente.

con bajos controles y garantías, y no por el sistema judicial que institucionalmente es creado para dicha función.²⁷ Lo anterior no ocurriría por una suerte de intención disvaliosa de las y los jueces, sino que por la dinámica propia de la carga en los procedimientos judiciales, en la que se ven enfrentados a un conocimiento especializado que está fuera de la comprensión común y en la que la libre valoración de la prueba por parte de los juzgadores es una ilusión, por el condicionamiento que se gesta por una deferencia epistémica en favor de la persona experta.²⁸

Con todo, también existen en la doctrina contrapuntos u opiniones que matizan el riesgo de sustitución, en lo que se ha denominado *paternalismo epistémico* sobre las y los jueces.²⁹ Se señala en este hilo de ideas que la utilización de exigentes controles sobre la calidad de las pericias que ingresan a un proceso judicial se sustenta en el cuestionamiento de la competencia del juzgador de los hechos. Dicha mirada divergente postula con agudeza que los estudios de campo o de corte empírico se han realizado más bien en el mundo jurídico anglosajón y no en el contexto románico-germánico en el que reina el silencio en estudios empíricos concluyentes, por lo que dichos cuestionamientos se sustentarían en meras suposiciones (Vásquez, 2015: 147).³⁰ A lo anterior se suma que las y los jueces profesionales se enfrentan cotidianamente a expertos —al menos en las pericias de mayor estandarización— lo que no ocurre con los jurados,³¹ en que dicha falta de habitualidad de vincularse cognitivamente con expertos podría justificar una mayor desconfianza. El aludido paternalismo epistémico importaría un exceso de celo para proteger al decisor de sus malas decisiones y guía, de alguna manera, la propia toma de decisiones, resguardando a las y los jueces de sí mismos.³²

27 Se citan como ejemplos habituales a las personas expertas que opinan sobre la culpabilidad o inocencia de una persona acusada en sede penal o los casos en que el razonamiento judicial sobre la credibilidad de algún testigo es sustituido por opiniones expertas sobre las mismas en los cuestionados peritajes de credibilidad de relato. Véase ejemplos en Duce (2017: 45).

28 En dicho sentido, véase Taruffo, citado en Duce (2017: 46).

29 En extenso, véase Vásquez (2015: 140-145).

30 De hecho, Vásquez critica expresamente a Duce señalando que utiliza datos de investigaciones empíricas en Estados Unidos y Canadá sobre la fácil persuasión de los jurados legos, sin mayores argumentaciones para los casos de jueces profesionales.

31 Los jueces profesionales —para parafrasear denominaciones del mundo anglosajón— se conforman como *repeat player* en los procesos judiciales.

32 Por cierto, otra estrategia diversa al paternalismo epistémico consistiría en

Para esta postura, antes que cuestionar la capacidad epistémica de la judicatura, se deben ajustar los mecanismos procesales, adecuándolos para mejorar la situación cognoscitiva de los juzgadores y facilitando su labor cuando se trata de pruebas periciales (Vásquez, 2015: 147).

El segundo tipo de riesgo —*riesgos del error*— se ocasiona, según el profesor Duce, como consecuencia del enorme impacto que la opinión experta produce en el juzgador, especialmente en disciplinas científicas lejanas al conocimiento profano. La valoración de dicho medio de prueba anclado en una disciplina especializada es una tarea compleja que abre un espacio para que la decisión final sea distorsionada, es decir, basada en percepciones erróneas de parte del juzgador o en razonamientos que confunden los alcances de la información aportada por personas expertas. Lo anterior se agudiza cuando un conocimiento se sustenta en una opinión emanada como válida por la comunidad disciplinar, especialmente en la científica. Lo expuesto sería un escenario propicio para posibles errores judiciales al sobrevalorar la información experta (Duce, 2017: 46 y ss.). Por dicha razón, se justifica cierta cautela en el conocimiento experto que se admite a juicio³³ precisamente por dicha sobrevaloración.³⁴

cambiar a los propios decisores de los hechos: a los jurados por jueces, a los jueces por expertos, a los expertos por *supra* expertos y así hasta el infinito. En igual sentido, véase Vásquez (2015: 141).

33 Se citan como ejemplos de posibles pericias que pueden generar dicho riesgo de error las opiniones que emanan de una ciencia novel o en estado de desarrollo y consolidación; la denominada ciencia basura (*junk science*), que no satisface mínimos estándares para tener un reconocimiento en la comunidad científica respectiva; o las pericias realizadas fuera de los protocolos aceptados por la disciplina respectiva para conferirle validez. Véase los ejemplos en Duce (2017: 47).

34 En sentido similar y respecto del peligro de sobrevaloración en sede penal, el profesor Manuel Miranda, en lo que denomina el mito de las pruebas científicas, afirma que este protagonismo ha estado acompañado de un aura de infalibilidad, lo que debería cuestionarse acudiendo a criterios estadísticos, especialmente. Este autor denomina a dicha denuncia como sobredimensión epistémica y semántica de las pruebas científicas y las comunidades jurídicas deberían tomar conciencia en el momento de fijar el objeto y acordar la práctica de estas pruebas, así como de valorar sus resultados. Para Miranda (2012: 358-359), la «sobredimensión» produce en el proceso un riesgo de sobrevaloración de la prueba científica. Sobre los conceptos y manifestaciones del prejuzgamiento, en extenso véase Hotham (2007). En un *excursus*, pero en una conexión entre la sobrevaloración de información y el prejuzgamiento del juzgador, a propósito de los denominados *testigos de contexto* en los procesos penales, el penalista Héctor Hernández (2010: 21-44) desarrolla una inte-

El profesor Duce cita variados ejemplos de errores judiciales.³⁵

El segundo ámbito problemático alude a la asignación racional de recursos estatales limitados para el cumplimiento de ciertos fines socialmente valorados. No se trata acá ya de un tema jurídico propiamente tal, sino que es un tema de costos estructurales para una práctica seria de la prueba pericial, cuya realización es cara para todos los partícipes del sistema de justicia. Sea que recurra a peritos de confianza de las partes o a peritos de la confianza judicial, siempre las tareas de recolección de información, análisis y exposición de métodos y resultados por la persona experta es una actividad costosa, que será sufragada o por las propias partes o por una entidad particular o por el Estado. No es una novedad que nuestro país tiene escasez de recursos para ilimitadas pericias, sea quien sea quien realice el pago. Se suma a lo anterior —que podríamos denominar *costos directos o inmediatos*—, los *costos reflejos o mediatos* que se generan por los epifenómenos en torno a la actividad probatoria pericial, ya que la utilización del conocimiento experto en un proceso irroga una mayor preparación de las partes litigantes y la judicatura para enfrentarse, en sus roles, a dicho medio probatorio, lo que aumenta muchas veces la necesidad de preparación, requiere la colaboración de una persona experta de confianza propia para abordar una pericia en particular³⁶ y acrecienta, a su vez, los tiempos y la dificultad de litigación.

Precisamente, la amenaza de los problemas y riesgos expuestos —con los matices aludidos— justificarían no solo una mayor regulación legislativa de dicho específico medio de confirmación procesal, sino también la obligatoriedad de que la judicatura del proceso resguarde el cumplimiento de las normas sobre su admisión y formación. Estas, se

resante posición para sustentar su exclusión en los procesos penales, al postular que su admisión arroja el peligro de una sobrevaloración de la información que puedan incorporar, afectándose así la racionalidad del juicio y lesionándose la imparcialidad del juzgador por prejuzgamiento; por lo que debería operar la inadmisibilidad de prueba como estándar de garantía.

³⁵ En especial sobre el *Innocence Project*, véase Duce (2017: 47-49). Valen también las mismas críticas realizadas por Vásquez (2015: 147) y ya señaladas *supra*.

³⁶ En el caso de las partes, piénsese en la confección de los denominados *metaperitajes* para confrontar un peritaje en juicio. A su vez, en algunas materias, la judicatura puede acudir a profesionales que colaboren para la aprehensión de un conocimiento experto pericial, como ocurre con los consejeros técnicos en los Tribunales de Familia. Todo lo señalado, son ejemplos de costos en el sistema en general.

entienden como normas de garantía que permiten a las partes controlar la actividad probatoria de un medio confirmatorio particularmente sensible por los riesgos de subrogación de la decisión judicial y de error decisonal, que se corren por la sobrevaloración epistemológica sin el necesario testeo de la calidad la información experta; añadiéndose lo inviable que sería, desde el prisma de los costos del sistema de justicia, una apertura ilimitada a la realización de prueba de peritos.

Estandarización de pericias habituales y necesidad de control

En los procedimientos reformados se han estandarizado algunas pericias de uso cotidiano en Tribunales de Familia, laboral y penal.

Así como se señalaba al inicio de este capítulo que cada época tiene su medio probatorio predilecto —la prueba pericial tiene un auge relativamente moderno—, también se puede sostener que en la esfera del conocimiento experto sus temáticas, en el ámbito de lo jurídico, han evolucionado de acuerdo con las necesidades judiciales y al avance de las disciplinas especializadas disponibles para las prácticas probatorias. Es así, a modo ejemplar, que la literatura señala que para el sistema anglosajón —donde nacen las primeras pericias—, a mediados del siglo XVIII los expertos eran básicamente lingüistas, ya que las preguntas judiciales eran habitualmente sobre el significado de palabras extranjeras. En el siglo XVII, las preguntas para los expertos se referían a cierta naturaleza de las cosas, como, por ejemplo, sobre el tiempo de gestación fetal o a la práctica de métodos de los expertos, como son las medidas estándares. Desde 1730 se comienzan a pedir cirujanos, farmacéuticos o médicos que aplican su conocimiento a individuos concretos y que ya no se limitan a describir el estado del arte disciplinaria.³⁷

En nuestra realidad nacional, y ya avanzado el siglo XXI, los temas expertos sobre los que versan las pericias son variopintas. Sin embargo, se han estandarizado algunos temas habituales. En los procedimientos ante los Tribunales de Familia es habitual contar con exámenes de ADN en los juicios de filiación;³⁸ pericias sociales en los casos sobre derecho de alimentos; pericias psicológicas sobre habilidades parentales en los ca-

37 Los ejemplos son de Dwyer, referido en Vásquez (2015: 26).

38 Tanta es su habitualidad que tiene normas legales expresas: artículos 199 y 199 *bis* del Código Civil.

sos sobre cuidado personal o régimen relacional; pericias sicosociales realizadas por el Programa de Diagnóstico Ambulatorio en los casos sobre protección de derechos; entre otros. En la judicatura laboral reportan cierta habitualidad las pericias psicológicas en procesos sobre tutela por infracción de derechos fundamentales, asociados a la integridad síquica; las pericias en las pretensiones sobre accidente del trabajo y enfermedad profesional, sea en lo relativo a los efectos del daño civil o en atinente a las causas del daño; las pericias grafológicas en los incidentes de autenticidad documental;³⁹ y las pericias contables para determinar las hipótesis de hechos para específicas prestaciones laborales.⁴⁰ En sede penal, es común la utilización de pericias toxicológicas, alcoholemias, pericias sobre lesiones o indemnidad sexual, pericias siquiátricas —para determinar imputabilidad, inimputabilidad o imputabilidad disminuida— y un largo etcétera.

La práctica de pericias habituales, que suelen estandarizarse, merece algunas observaciones preliminares. En primer lugar, la estandarización no importa satisfacer por sí sola el requisito de necesidad de la prueba de peritos, ya que no solo por su habitualidad es necesaria para un nuevo caso concreto. En segundo lugar, la estandarización tampoco es óbice para relajar los otros controles de admisibilidad y rendición. Y, por último —para evitar la falacia *ad antiquitatem*— no se puede dejar de resaltar que la admisibilidad y rendición de las pericias estandarizadas no están bien por la sola ocurrencia reiterada o porque se ha venido haciendo así desde antiguo, lo que importa siempre una mirada crítica sobre las prácticas en los tribunales, especialmente de protagonistas tan relevantes como las juezas, jueces y funcionarios judiciales.

39 No es exótica la incidencia sobre presuntas falsificaciones de firma en documentos de habitual uso en sede laboral: contratos de trabajo, anexos de contrato, liquidaciones, etcétera.

40 Piénsese en algunas categorías de remuneraciones, como las gratificaciones o la participación, o en algunas asignaciones no remuneracionales previstas en contratos individuales o colectivos.

Algunos aspectos comparativos en la regulación legal de la prueba pericial entre los procedimientos reformados

Como ya se ha señalado, en los procedimientos reformados la prueba pericial se encuentra altamente reglada, pese a cierta tendencia hacia la libertad probatoria. Se fijan así, por la ley, reglas sobre admisión y rendición de mayor estándar que otros medios de confirmación procesal reglados.

Con todo, son reglas que tienen sus similitudes y contrastes, por lo que en este capítulo introductorio bien vale la pena un primer paneo para afianzar algunas ideas previas y nos permita enfrentar de mejor manera el escrutinio de la regulación legislativa de todos nuestros procedimientos reformados. Para ello, identificaremos tanto los *aspectos comunes* como los *aspectos diferenciadores* en los tres tipos de procedimientos reformados.

Aspectos comunes

En aspectos comunes podemos hermanar cuatro niveles o categorías de reglas que se reiteran, con sus matices, en los tres tipos de procedimientos: *comparecencia de la persona experta, informe previo, interrogatorio cruzado en el juicio oral y requisitos específicos de admisibilidad*.

El primer nivel regulatorio común —*comparecencia de la persona experta*— tiene como punto de partida que todos los procedimientos reformados tienen como principios procedimentales la oralidad, la inmediación y la concentración, lo que conforma un piso común que representa un quiebre con la tradición de procesos escritos en nuestro país. Dichos principios procedimentales cambian radicalmente la forma en que se suceden las etapas propias del proceso y, concretamente en el terreno probatorio, se ancla el paradigma consistente en que los medios de confirmación procesal se producen en la audiencia de juicio oral, teñidos por ellos. Además, se instauró como regla el sistema de doble audiencia (preparatoria y juicio oral),⁴¹ en la audiencia preliminar

41 Obviamente hay excepciones, pero con procedimientos excepcionales, como ocurre con el procedimiento monitorio laboral que se desarrolla en una audiencia única.

se realiza el ofrecimiento probatorio⁴² y se debate sobre la exclusión de los medios de prueba ofertados. En dicha escena, es en el juicio oral en que se produce la prueba y, en lo atinente a la prueba pericial, esta se incorpora mediante la declaración de la persona experta en el juicio oral, quien testifica en la audiencia central, en el nuevo modelo de procedimientos orales. En principio, el informe pericial no es prueba,⁴³ sino el testimonio de la persona experta en el juicio oral.

Un matiz en este punto se presenta en la judicatura de familia, tras la relevante reforma introducida por la Ley 20.286.⁴⁴ Por el tenor del actual de artículo 46 de la Ley 19.968, la comparecencia del perito se produce cuando cualquiera las partes lo pide con solicitud expresa en la audiencia preparatoria. Antes de la reforma de la Ley 20.286, la regla era siempre la comparecencia del perito a declarar al juicio.⁴⁵ La Ley 20.286 agregó la alocución «a petición de parte», cambiando el diseño del sistema de rendición de dicho medio probatorio, ya que la finalidad político-institucional de las reformas introducidas por la Ley 20.286 fue, entre otros, agilizar la tramitación de las causas, a costa de traicionar algunas reglas generales del propio esquema de la nueva judicatura de familia: la inmediatez procesal fue una de las víctimas. El texto primitivo de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia tenía una mayor coherencia con la regla procedimental de inmediatez procesal prevenida en el artículo 9 de la misma ley.⁴⁶

Hay en todos los procedimientos reformados alteraciones a esta regla de comparecencia de la persona experta, en cuyo caso el informe pasa a ser el medio de prueba de manera excepcional; particularmente, el acuerdo de las partes y la regla del artículo 315 del Código Procesal Penal. El acuerdo de las partes se previene como una excepción en los tres tipos de procedimiento reformado,⁴⁷ haciendo la prevención respecto

42 Puede haber matices. En sede penal, el ofrecimiento de los medios probatorios de cargo se realiza con el acto de postulación procesal, la acusación.

43 Lo que no implica que dicho informe pericial no tenga un importante rol procesal.

44 En este punto se sigue a Aguilera (2016: 135-137).

45 El antiguo artículo 46 —antes de la Ley 20.286— rezaba: «Sin perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar ante el juez acerca de su informe».

46 Volveremos sobre las particularidades de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia en el capítulo cuarto de este trabajo.

47 Artículo 331 b) del Código Procesal Penal, artículo 453 número 8 inciso cuarto del Código del Trabajo y artículos 46 y 49 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia.

de lo ya dicho sobre los procedimientos ante los Tribunales de Familia, sin perjuicio que igualmente el acuerdo de todas las partes excepciona el deber de comparecencia, ya que, si existe solicitud de una de ellas, evidentemente no existe consenso sobre la dispensa de la concurrencia de la persona experta al juicio oral. El artículo 315 del Código Procesal Penal es aplicable solamente a los procedimientos penales y de familia ya que existe reenvío expreso a dicha norma en el inciso final del artículo 46 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, que fue incorporado por la Ley 20.086, en 2005. A su vez, la excepción al deber de comparecencia previsto en el artículo 315 del Código Procesal Penal fue incorporado por la reforma de la Ley 20.074 (también del 2005), que en este punto pretendía evitar costos innecesarios al sistema para casos en que no hubiese peligro concreto de sacrificar la defensa en juicio, pero, con todo, el mismo inciso da una norma de escape, pues se puede pedir fundadamente la comparecencia del perito. Dicho texto normativo releva la comparecencia de las personas expertas en casos específicos de pericias mecánicas y estandarizadas, en los que —por la científicidad involucrada y el poco margen de opinión—⁴⁸ la falibilidad es muy baja. Lo casos son análisis de alcoholemia, de ADN y aquellas que recayeren sobre sustancias estupefacientes o sicotrópicas. Por ser una norma de excepción cerrada, con una técnica de *numerus clausus*, no procede una interpretación analógica extensiva para hipótesis no reguladas en dicho texto legal. A su vez, para materias penales el artículo 331 letras a) y c) establece dos hipótesis excepcionales adicionales: para los casos de fallecimiento, incapacidad mental sobreviniente, ausencia del país, residencia ignorada o motivo difícil de superación, con determinados requisitos propios —la denominada *prueba anticipada*—, y cuando la no comparecencia del perito fuese imputable al acusado.⁴⁹

El segundo nivel regulatorio común, el *informe previo*, alude a que debe ponerse a disposición de las partes el dictamen pericial de manera previa al juicio oral.⁵⁰ Lo anterior, sin perjuicio del deber de compare-

48 Sobre un distingo entre peritaje científico y peritaje de opinión, véase Alvarado (2009b: 128).

49 Se regresará sobre estas hipótesis propias del sistema penal, en el capítulo respectivo.

50 Artículo 453 número 8 inciso cuarto del Código del Trabajo, artículo 46 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia. En el Código Procesal Penal no existe una norma expresa, pero de los artículos 315 y 316 del Código Procesal Penal

cencia de la persona experta, salvando las excepciones legales ya referidas. Dicho informe no es el medio de prueba, sino que lo es el testimonio de la persona experta en el juicio. La finalidad del informe es otro, cuya conciencia por los operadores jurídicos permitirá solucionar algunos problemas prácticos que se producen en su aplicación. Dicho deber legal opera como una regla de *discovery* (descubrimiento) que, como tal, evita que los litigantes se vean sorprendidos por el conocimiento experto que ingresará al juicio oral, lo que les permite conocer de antemano la metodología, contenido y conclusiones empeñadas en el medio confirmatorio y así diseñar estrategias para refutar la información incorporada o utilizarla para sus respectivas teorías del caso. En dicho sentido, la facultad procesal que por antonomasia resguarda la contradicción es la posibilidad de contraexaminar a las personas declarantes, por lo que es indudable que conocer previamente los parámetros generales del conocimiento experto que ingresará al juicio, permitirá —con mejor aptitud en la defensa técnica— preparar líneas o temas de contraexamen, lo que justifica el refuerzo en el descubrimiento previo de los antecedentes que ingresarán al proceso. Precisamente porque en el caso de la prueba pericial es más difícil ejercer el control sobre la calidad de la información por versar sobre temas que un lego ordinariamente no posee, el litigante debe procurar informarse o asesorarse para abordar con posibilidad de éxito el interrogatorio.

En sede penal, la utilización del informe pericial tiene una mayor amplitud —el estándar de *discovery* opera más alto— ya que el perito puede ser directamente confrontado con su informe previo al tenor de lo prevenido en el artículo 332 del Código Procesal Penal y, además, el informe debe acompañarse antes, en la audiencia preparatoria de juicio. La Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia y el Código del Trabajo no previenen una herramienta similar al artículo 332 citado, pero en la judicatura de familia bien se podría —por ejemplo, para el evento que la persona experta en su declaración niegue lo afirmado previamente en su informe— acudir al instituto de la denominada *prueba sobre prueba*, regulada en el inciso segundo del artículo 63 *bis* de la Ley 19.968.

El corolario evidente ante el incumplimiento de dicho deber de en-

se colige que el informe debe presentarse ante el juez de garantía en la preparación de juicio. En similar sentido, incluso aludiendo a la historia de la ley, véase Horvitz (2005: 296-297).

trega del informe pericial con la anticipación legal correspondiente es la inadmisibilidad de la prueba pericial en la audiencia de juicio. La ley no prevé dicha sanción expresamente, pero es la única vía de resguardo de la finalidad de *discovery* que tiene ese deber de actuación procesal, ya que su infracción acarrea una lesión evidente a las garantías de control del conocimiento experto que se introduce por la prueba pericial. Dicha sanción debe operar tanto cuando la prueba en colación se configura por la declaración del perito o por su informe (por las excepciones al deber de comparecencia de la persona experta) ya que, en este último caso, si bien no habrá interrogatorio cruzado al perito, igualmente el informe previo opera como una garantía para que las partes puedan preparar su prueba de refutación respecto de su contenido o alegaciones críticas en sus observaciones a la prueba. Evidentemente, las partes pueden renunciar a dicha garantía y permitir la incorporación de la prueba sin cumplirse con la entrega previa del informe. Veremos en cada procedimiento es particular —en los capítulos respectivos— algunas normas especiales que temperan lo expuesto.

El tercer nivel regulatorio común, el *interrogatorio cruzado en el juicio oral*, es secuela del deber de comparecencia personal de la persona experta al juicio oral, enlazándose, toda vez que el perito no solo concurre a exponer formalmente o a realizar una mera lectura de su informe, sino que se enfrenta al interrogatorio de las partes⁵¹ y a las preguntas de los juzgadores, cuando el procedimiento lo permite. Es evidente que un sistema procedimental que exija la comparecencia de la persona experta, asegura un mayor estándar en el testeado de la calidad de la información experta que ingresa al juicio, ya que el perito declara, por regla, bajo juramento, con la posibilidad generalizada de interrogatorio cruzado. El informe, como todo documento, no puede ser contraexaminado.

El cuarto nivel regulatorio común —*requisitos específicos de admisibilidad*— alude a los requisitos propios de la prueba pericial: necesidad del conocimiento experto, idoneidad del perito y confiabilidad del peritaje. Por la importancia del tema, se concederá un capítulo autónomo en este libro para dichos requisitos.

51 Los artículos 49 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, 453 número 8 inciso cuarto del Código del Trabajo y 319 del Código Procesal Penal señalan que en la declaración de los peritos se aplican las normas de los testigos, lo que incluye el interrogatorio cruzado (*cross-examination*) de los litigantes.

Aspectos diferenciadores

En el ámbito de los aspectos diferenciadores en los tres tipos de procedimientos reformados podemos referir al menos cuatro puntos de diferencia: peritos de confianza de partes y peritos de listados; peritaje decretado de oficio por el tribunal; oportunidad del informe previo y reglas de prueba sobre prueba.

Respecto a los peritos de confianza de partes y peritos de listados, se alude al universo de posibles personas expertas al que pueden acudir las partes cuando pretenden utilizar la prueba pericial en un caso concreto. Mientras que la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia y el Código Procesal Penal previenen la figura de los peritos de confianza,⁵² en sede laboral se utilizan los peritos del listado oficial.⁵³ Esto implica modelos diferenciados, ya que en los peritos de confianza la idoneidad de la persona experta se controla *in itinere* por la judicatura en la preparación del juicio para cada caso judicial, en un control más particular y de mejor calidad, mientras que, en contraste, en el sistema de listado oficial se anticipa *ex ante* dicho control, mediante una selección previa para ingresar al listado estatal, lo que impacta, además, en uno de los aspectos de la imparcialidad de la persona experta: la imparcialidad de origen.⁵⁴

El segundo diferendo entre los procedimientos reformados, el *peritaje decretado de oficio por el tribunal*, alude a quien realiza el ofrecimiento de la prueba de peritos. Mientras que en materias de familia y laboral procede la prueba decretada de oficio,⁵⁵ en sede penal las pruebas son

52 Artículo 314 del Código Procesal Penal y artículo 45 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia.

53 El Código del Trabajo no previene en su texto a los peritos de confianza en su reforma procesal y, por el reenvío del artículo 432 al Libro I y II del Código de Procedimiento Civil, resultan aplicables los artículos 416 y 416 *bis* del Código de Procedimiento Civil. Seguramente, se podría decir que dicho nombramiento del listado ocurre por texto normativo solo cuando la designación la realiza el tribunal, pero este ocurre cada vez que las partes no están de acuerdo con el nombramiento (artículos 414 y 415), lo que echa por tierra la característica propia de un perito de confianza: basta la mera oposición e incluso la no comparecencia a la audiencia de nombramiento para que se deba acudir al listado oficial.

54 Se volverá sobre el control de idoneidad y sobre la imparcialidad del experto en los capítulos correspondientes.

55 Artículos 429 y 453 número 9 del Código del Trabajo y artículos 29 y 61 número 8 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia.

ofrecidas por las partes litigantes. Lo antedicho implica modelos diferenciados, incluso respecto de un tema más profundo referido al *activismo* que puede o debe tener un juez o jueza en el proceso, lo que sin duda es más sensible en lo concerniente a la actividad probatoria.⁵⁶

El tercero de los aspectos diferenciadores, la *oportunidad del informe previo*, no se trata una mera diferencia cuantitativa de días más o días menos, sino que es una discordancia relevante cualitativamente. En la judicatura laboral y de familia, el informe se incorpora antes del juicio oral, pero después de la preparación de juicio.⁵⁷ En cambio, en sede penal el informe previo debe acompañarse en la audiencia preparatoria. Lo anterior es una discrepancia normativa relevante, ya que en sede penal el informe debe estar a disposición de las partes para poder debatir sobre la admisibilidad de la prueba de peritos, mientras que en los otros procedimientos reformados el debate de admisibilidad se realiza sin el informe mismo, lo que atenúa el conocimiento de los operadores sobre la persona experta y su conocimiento para sustentar de mejor manera solicitudes de exclusión probatoria, en especial por sus requisitos específicos de admisibilidad.

El último contraste, las *reglas de prueba sobre prueba*, se refiere a la posibilidad de utilizar pruebas sobre la veracidad, autenticidad o integridad de otro medio de prueba (de ahí su denominación). Tanto el Código Procesal Penal como la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia previenen reglas expresas de *prueba sobre prueba*.⁵⁸ La reforma procesal laboral no estableció normas ni sobre *prueba nueva* ni sobre *prueba sobre prueba*, lo que es una dificultad para elaborar estrategias de litigación más eficaces. Para el evento de que la persona experta en su declaración niegue lo afirmado previamente en su informe puede acudir al instituto de la *prueba sobre prueba* lo que mejora el control sobre su testimonio. Incluso en sede penal puede utilizarse directamente el artículo 332 del Código Procesal Penal (inciso segundo) para demostrar

56 Por lo mismo, se distingue entre la dirección formal del proceso y la dirección material del proceso, reservándose esta última categoría para la actividad oficiosa que un juez o jueza realiza en el ámbito confirmatorio de los hechos.

57 En la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia se previene el plazo de cinco días antes del juicio (artículo 46) mientras que el Código del Trabajo previene el plazo de cinco días antes del juicio (artículo 453 número 8 inciso cuarto).

58 Artículo 63 *bis* inciso segundo de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia y artículo 336 inciso segundo del Código Procesal Penal. La redacción es idéntica.

o superar contradicciones, lo que permite un mayor uso del informe previo en el contexto del juicio mismo, no como prueba en sí, sino en el control cruzado sobre el testimonio de la persona experta.

Capítulo 2

Aspectos comunes en la admisibilidad de la prueba pericial

—Gonzalo Aguilera Chaparro

Reglas generales de admisibilidad probatoria en los procedimientos reformados

Los procedimientos reformados han establecido un elenco de normas sistemáticas que limitan la admisibilidad probatoria. Pese a la libertad probatoria que reina en dichos procedimientos, la ley procuró postular reglas expresas para excluir determinado material confirmatorio del análisis judicial en el juicio de los hechos. Como ya se señaló en el capítulo anterior, la regulación jurídica de la prueba se ancla en el *continuum* entre libertad y legalidad, y si bien la reforma orgánica y funcional a la justicia penal, de familia y laboral, nos ubica tendencialmente cerca del modelo teórico de libertad de prueba, existen límites legales. En lo referido a la admisibilidad de prueba, se establecen reglas expresas de exclusión de prueba. En sede familiar, el artículo 31 de la Ley 19.968 previene causales de exclusión de prueba; lo mismo ocurre en el artículo 453 número 4 del Código del Trabajo y en el artículo 276 del Código Procesal Penal.¹

Se establecen así reglas generales de exclusión probatoria y reglas especiales de admisibilidad probatoria para la prueba pericial. Las últimas, las veremos en detalle más adelante. Respecto a las reglas generales de exclusión probatoria, si bien no son totalmente idénticas en los tres procedimientos, existen algunas categorías comunes, a saber: imperti-

¹ Obviamente dichas normas sobre inadmisibilidad de medios probatorios se aprecian como mínimas si se comparan con las reglas de exclusión probatoria del sistema anglosajón, las que tienen un desarrollo muchos más profuso, anclado en un sistema de decisión entregado en principio a un jurado lego sin una mayor exigencia de fundamentación.

nencia y prueba ilícita. Estas reglas generales de exclusión obviamente son útiles para limitar la prueba pericial en un caso judicial concreto.

En los tres procedimientos reformados se alude, con diversas formulaciones, a la denominada *prueba ilícita* en la que se pone como barrera la afectación a algún derecho fundamental. La redacción en la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia y el Código Procesal Penal es muy similar, al aludir a la obtención con infracción o inobservancia de garantías fundamentales.² El Código del Trabajo es un poco más confuso en su texto, ya que refiere que las pruebas obtenidas directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales «carecerán» de valor probatorio, lo que *a priori* pareciera más bien una regla a utilizarse en la valoración de la prueba y no en su admisibilidad, pero existe cierto consenso, en los operadores jurídicos de dicha área, para sostener que se trata de una regla de exclusión probatoria, sea por su ubicación dentro de las normas del Código del Trabajo³ o por estar ya concretamente dentro del tratamiento de las reglas de (in) admisibilidad probatoria.⁴ A su vez la regla de exclusión por *impertinencia* es bastante clara, nuevamente, tanto en la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia como en el Código Procesal Penal y en el Código del Trabajo vuelve a ser algo hermética en su redacción, pero del contexto de su tenor literal se puede colegir sin forzamiento.⁵ Existen otras categorías generales y comunes entre la Ley 19.968 y el Código Procesal Penal, toda vez que ambos cuerpos legales aluden a la exclusión de prueba tanto sobre *hechos públicos y notorios* como respecto de *prueba sobreabundante*.⁶

2 *Infracción e inobservancia* son las denominaciones en que difieren en el texto, lo que no arroja mayores discrepancias, al menos desde el texto legal.

3 El artículo 453 alude a la etapa previa al juicio oral o audiencia preparatoria. Si se buscara establecer una regla solamente de valoración dicha regla se ubicaría más acertadamente o en el articulado sobre el juicio oral (artículo 454) o en las normas posteriores sobre la valoración de la prueba o sobre requisitos de la sentencia definitiva.

4 A mayor abundamiento el numeral 4 del artículo 453 del Código del Trabajo apunta específicamente a la admisibilidad general de los medios probatorios.

5 El ya citado artículo 453 número 4 del Código del Trabajo establece en su inicio que el juez o la jueza «resolverá fundadamente sobre la pertinencia de la prueba ofrecida», agregando más adelante que «solo se admitirán las pruebas que tengan relación directa con el asunto sometido al conocimiento del tribunal y siempre que sean necesarias para su resolución».

6 Aunque el Código Procesal Penal no utiliza la denominación *prueba sobreabundante*, igualmente regula su exclusión en el artículo 276 —con algunas exigencias de base— para la prueba documental y testimonial.

En los tres procedimientos reformados la oportunidad de exclusión probatoria es por regla en la audiencia preparatoria de juicio oral, de manera anticipada y previa al juicio oral propiamente tal.⁷

Relevancia y razones jurídicas para la exclusión probatoria

En general, el principio de libertad probatoria permite que las partes escojan con cierta libertad la evidencia que utilizarán para acreditar sus afirmaciones fácticas. Sin embargo, dicho principio no es absoluto. Las limitaciones, a su vez, pueden sustentarse en *razones de relevancia* o en *razones jurídicas* diversas. La distinción permite un mejor orden metodológico para los respectivos debates de exclusión probatoria.

Algunas causales se sustentan en *razones de relevancia* que apuntan a la utilidad epistemológica que un determinado medio probatorio puede aportar en el respectivo juicio de los hechos para las confirmaciones de las afirmaciones en debate. Se trata de un criterio típicamente lógico toda vez que, si un determinado medio confirmatorio es irrelevante epistemológicamente, no procede preguntarse si es o no jurídicamente admisible por razones de orden jurídico, ya que su incorporación resulta inútil para la determinación de los hechos en el proceso.⁸ En nuestros procedimientos reformados, la causal de exclusión probatoria que apunta al criterio de relevancia es la *impertinencia*, al menos en su dimensión primaria más tradicional, conocida por la doctrina como *pertinencia lógica* (Duce, 2017: 58 y ss.), que se sustenta fuertemente en el aludido test sobre la utilidad epistemológica de un medio probatorio en un caso concreto. La configuración de la impertinencia como causal de exclusión se ha sofisticado y profundizado y se han desarrollado nuevos niveles para entender la prueba de pertinencia, en el que se introducen, ahora, razones distintas al puro análisis de utilidad epistemológica, como ocurre con algunas categorías que atenderemos en su oportunidad, como la *pertinencia legal* (Duce, 2017: 59) y la *pertinencia formal* (Aguilera, 2016: 128-129). Por lo que, incluso en una misma causal —en una interpretación amplia—, pueden convivir criterios de relevancia y criterios diversos para sustentar una determinada exclusión probatoria.

⁷ Obviamente dicha operatividad es algo distinta en procedimientos especiales concentradísimos como ocurre, por ejemplo, en el procedimiento monitorio laboral con una única audiencia.

⁸ En dicho sentido, véase Taruffo (2005: 364).

La utilidad epistemológica o relevancia de la prueba no es el único requisito (aspecto lógico de la prueba), sino que, a reglón seguido y superada dicha primera valla, el ordenamiento jurídico previene siempre razones jurídicas (aspecto jurídico de la prueba) para excluir material probatorio que *prima facie* es útil para la confirmación de los hechos en debate, por el privilegio de otros valores, intereses y derechos que son apreciados como dignos de amparo y protección por el propio sistema jurídico. Ciertamente, se trata de pruebas con relevancia epistemológica pero que, por razones ajenas a dicha relevancia, se excluyen para su valoración en el juicio de los hechos.⁹ La prueba ilícita es siempre el ejemplo por antonomasia —aunque no el único— de evidencia que puede superar la prueba de relevancia pero que, por razones jurídicas, una determinada comunidad jurídica no admite un determinado medio probatorio en cuya obtención se lesionan derechos fundamentales.

El distingo de ambos tipos de criterios —epistémicos y extraepistémicos— colabora para un mejor debate de admisibilidad y exclusión probatoria. Veremos, más adelante, cómo algunos de estos requisitos generales de admisibilidad impactan en las incidencias sobre exclusión de una prueba pericial.

Reglas especiales de admisibilidad probatoria para la prueba pericial

Necesidad del conocimiento experto

Existen normas específicas de admisibilidad de la prueba pericial para los procedimientos reformados. La técnica legislativa fue más afortunada en la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia y en el Código Procesal Penal, con un articulado expreso similar.¹⁰ El Código del Trabajo —dado además su reenvío expreso no solo al Libro I del Código de Procedimiento Civil, sino que también al Libro II—¹¹ es algo más borro-

9 En dicho sentido, véase Taruffo (2005: 364 y ss.) y Vásquez (2015: 157).

10 Los artículos 45 y siguientes de la Ley 19.968 son similares a los artículos 314 y siguientes del Código Procesal Penal.

11 El reenvío al Libro II del Código de Procedimiento Civil —por norma expresa en el artículo 432 del Código del Trabajo— es problemático, ya que un tipo de procedimiento regido por la oralidad, intermediación y concentración hace aplicable supletoriamente las normas de otro tipo de procedimiento (ordinario civil), reinado por principios contrarios, lo que genera más dudas que certezas sobre la operatividad de dicho reenvío; máxime cuando un límite de base para el reenvío es, precisamente, la

so en su normativa, pero igualmente se pueden colegir dichas exigencias particulares para el conocimiento experto. Los requisitos especiales de admisibilidad de la prueba pericial son:¹² necesidad del conocimiento experto, idoneidad del perito y confiabilidad del peritaje.

La necesidad del conocimiento experto tiene su fuente legal en los artículos 45 de la Ley 19.968 y 314 del Código Procesal Penal, al prescribir la procedencia de este medio de prueba «siempre que para apreciar un hecho o circunstancia relevante para la causa fueren *necesarios o convenientes conocimientos especiales* de una ciencia, arte u oficio».¹³ En el Código del Trabajo puede postularse el reenvío a los artículos 409 y 411 número 1 del Código de Procedimiento Civil, en que se alude a la necesidad de conocimientos especiales.

Dicha necesidad de conocimiento puede tener a su vez dos niveles. El primero es que el conocimiento que la persona experta pueda aportar al proceso esté fuera del ámbito de experiencia, conocimiento o comprensión del juzgador, ya que de otro modo sería una mera y flagrante subrogación del juez o jueza por la opinión innecesaria de la persona experta. El segundo nivel es que la información que se pretende introducir por la opinión de la persona experta no sea una información que confiablemente pueda introducirse por otro medio de prueba, reforzando la necesidad de la experticia en el conocimiento que se pretende ingresar al juicio.

A esta sazón es útil hacer algunas observaciones. En primer lugar, diferenciar los requisitos de admisibilidad de *pertinencia* y *necesidad*, ya que el primero alude estrictamente a la utilidad epistémica de la prueba, satisfaciendo el aspecto lógico de la prueba al complacer la pregunta sobre si una prueba pericial podría aportar cognitivamente en el juicio de los hechos, lo que la circunscribe a la esfera de la *relevancia*; mientras que el criterio de la *necesidad* supera el criterio de relevancia meramente epistemológico, ya que una determinada prueba pericial puede ser útil desde el prisma epistémico pero no ser necesaria, sea porque no está fuera de la experiencia de las y los jueces o porque la información contenida en la pericia puede introducirse confiablemente por otro medio

compatibilidad con los principios de la reforma procesal laboral, según dispone de forma expresa la misma norma citada.

12 En este sentido, véase Duce (2010: 58 y ss.).

13 El énfasis es nuestro.

probatorio, reinando en este criterio de exclusión probatoria justificaciones diversas a lo meramente epistémico.¹⁴

En segundo lugar, un asunto de interés es si dicha necesidad se refiere al *juzgador concreto* del caso,¹⁵ lo que apuntaría a sus necesidades epistémicas particulares,¹⁶ para lo cual podrían desagregarse tres líneas de solución: a) entender que dicha evaluación es personal y gira en torno a los propios estados mentales del juzgador, que debe autovalorar sus propias necesidades cognitivas, lo que irroga un elenco de problemas en un debate de admisibilidad;¹⁷ b) entender que no es sostenible condicionar la admisibilidad probatoria de un peritaje a las necesidades cognitivas de un juez o jueza específico, por lo que es más adecuado relacionar el requisito de necesidad con la actividad o la función de los jueces (no uno en concreto),¹⁸ previendo que el conocimiento experto no subroga la función jurisdiccional;¹⁹ y c) sustentar este requisito en la administración de los recursos cognitivos del juzgador, de manera de maximizar que un juez o jueza dedique en cada caso sus recursos cognitivos a las pruebas periciales de mayor calidad y excluya las de menor calidad, lo que importa una evaluación comparativa entre las pruebas ofrecidas por las partes y postula que menos información es mejor cognitivamente.²⁰

En tercer lugar, este requisito de necesidad no debe confundirse con una suerte de juicio sobre la *suficiencia probatoria*, ya que esto último

14 Las razones pueden reconducirse a los peligros implícitos en la prueba pericial enunciados en el capítulo 1.

15 Por cierto, en los casos de jueces y juezas que, además de ser abogados, tengan otra profesión u experiencia técnica puede ser relevante este asunto. Piénsese en una jueza que además es sicóloga y se enfrenta a una pericia de dicha especialidad; o en una jueza que tiene conocimientos sólidos de cerrajería o de composición musical, de cara a una pericia referida a dichos ámbitos.

16 Sobre este aspecto, vinculándolo con la desconfianza en las capacidades cognitivas del juzgador, véase Vásquez (2015: 163 y ss.).

17 Por ejemplo, un cambio de juez entre la etapa de admisibilidad y la rendición de la prueba pericial, o lo problemático que resulta conciliar la pericia ofrecida por las partes con un aspecto tan subjetivo de un juez o jueza en concreto.

18 En este sentido, véase Vásquez (2015: 164).

19 En dicho hilo de ideas, toda inferencia sobre la verdad o la falsedad de los hechos debe hacerla el juzgador y no un perito (Vásquez 2015: 164).

20 Esta posición es planteada por Nance (Vásquez 2015: 165 y ss.). Con todo, se le critica que es una postura más apropiada para el *common law* y no tan útil en derecho romano-germánico, ya que es menos problemática la gestión de recursos cognitivos por un juez profesional y no por un jurado no habituado a una importante cantidad de evidencia en el contexto judicial.

ocurre en la valoración probatoria para la toma de decisión sobre la acreditación o no de un hecho, de guisa que la prueba de necesidad en la admisibilidad no debe implicar anticipar su juicio.

Y, en cuarto lugar, por las características de este requisito es más apropiado una decisión holística que considere el conjunto de pruebas ofrecidas por cada parte.

Idoneidad del perito

La idoneidad del perito se constituye por la necesidad de acreditar que quien se presente como experto sea tal. Nuevamente, los ya citados artículos 45 de la Ley 19.968 y 314 del Código Procesal Penal, se refieren a «los antecedentes que acrediten la idoneidad profesional del perito». De la misma manera, en la reforma procesal laboral —algo más críptica— podemos sostener dicho requisito en el reenvío del Código del Trabajo a los artículos 413 al 416 *bis* del Código de Procedimiento Civil. La prueba de idoneidad de la persona experta en sede laboral,²¹ se construye en dos ejes: ciertas inhabilidades,²² para quienes no tengan un título profesional si la ciencia o arte cuyo conocimiento se requiere está reglamentada por la ley y en el territorio jurisdiccional hay dos o más personas tituladas que puedan desempeñar el cargo, salvo acuerdo de las partes que dispense dicha inhabilidad;²³ y ante la falta de acuerdo de las partes sobre el nombramiento de peritos, en que se incorpora el debate sobre aptitudes o títulos de la persona experta, la judicatura la nombra de acuerdo con el listado oficial del artículo 416 *bis* del Código de Procedimiento Civil.²⁴

Ciertamente, el control o filtro para probar la idoneidad de la persona experta que incorporara su opinión al proceso en nuestro país ha segui-

21 Que tiene como condición necesaria la aceptación del reenvío a las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la prueba de peritos.

22 Artículo 413 del Código de Procedimiento Civil.

23 Por cierto, no sería aplicable el número 1 del citado artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, referido a quienes sean inhábiles para declarar como testigos. Las inhabilidades de los testigos, absolutas o relativas, no son aplicables en la reforma laboral al prohibirse la formulación de tachas (454 número 5 inciso quinto del Código del Trabajo) y, en añadidura por texto expreso, a la declaración de los peritos se aplican las normas de los testigos (453 número 8 inciso quinto del Código del Trabajo). Por dicha razón, no se aplica en este punto la supletoriedad del Libro II del Código de Procedimiento Civil.

24 Artículos 414 al 416 *bis* del Código de Procedimiento Civil.

do dos modelos. El primero, por vía de un control *ex ante* al proceso, mediante un registro estatal de expertos o lista de peritos, por la cual el Estado, previamente, controla la calidad del profesional o experto en alguna ciencia o arte, como ocurre en el Código de Procedimiento Civil y también en la reforma laboral. El segundo, mediante un control *in itinere* por el juez o jueza durante el proceso, aplicable a los procedimientos penales y familiares. El primer modelo es un sistema más bien formal y rígido que dificulta un debate más fructífero sobre si un experto en concreto es adecuado para una prueba pericial en específico. El segundo, es un modelo que, bien utilizado, permite un debate más profundo sobre este requisito de admisión y permite enfocar de mejor manera el cuestionamiento sobre si una persona experta específica tiene los conocimientos necesarios para las necesidades epistemológicas de un caso judicial en concreto.

Dos alcances previos señalados por la doctrina (Duce, 2017: 76 y ss.) para prevenir problemas potenciales. El primero —quizá obvio— se refiere al ámbito de la prueba de idoneidad, la que debe circunscribirse al área de experticia que se usará en el caso judicial en concreto, de modo que no todo experto puede testimoniar en un proceso sobre cualquier esfera de experticia, sino que solamente sobre aquellas parcelas del conocimiento de su experticia. Si bien es un problema que se presenta principalmente en el ámbito de las preguntas permitidas o prohibidas en el interrogatorio cruzado durante el juicio oral, al interrogar a la persona experta sobre asuntos fuera de su esfera de conocimiento, también es un punto que debe tenerse presente en el examen de admisibilidad de la prueba pericial. El segundo, se vincula al estándar de acreditación de idoneidad, ya que el control de idoneidad a nivel de admisibilidad no importa la única etapa de vigilancia de este aspecto de la prueba, ya que es solo un examen *in limine* previo, con un estándar más bajo que el exigido para dar por acreditada alguna afirmación fáctica sobre la que verse la pericia, ya que implicaría confundir el control de admisibilidad probatoria con la suficiencia probatoria que debe testarse en la valoración del medio de confirmación procesal. Por lo mismo, la oportunidad del control de idoneidad es difuso dentro del *iter* del proceso, por lo que debemos distinguir entre el control a nivel de admisibilidad y el control a nivel de la rendición de prueba y de la etapa de alegación. En el primer nivel, la idoneidad como requisito especial de admisibilidad se controla por vía de la exclusión de prueba, de modo que los antecedentes de ido-

neidad deben necesariamente acompañarse en la audiencia preparatoria de juicio, ya que es ahí en la cual se producen las peticiones de exclusión probatoria. En el segundo nivel, y sin perjuicio de la admisibilidad de la persona experta, la idoneidad puede ser probada mediante preguntas dirigidas a dicho fin en contraexamen tras su declaración, para luego denunciarse la falta de experticia en las observaciones a la prueba o alegatos de clausura; todo lo que impactará en la valoración judicial de la prueba.

Caben aún algunas interrogantes propias de este requisito: i) requisitos de acreditación; ii) oportunidad; iii) perito de órgano público; y iv) prueba pericial decretada de oficio por el tribunal cuando sea procedente.

Respecto de los i) requisitos de acreditación —por cierto, para los casos de control *in itinere* y no por listado estatal— debemos, a su vez, distinguir entre el cumplimiento formal y el cumplimiento sustantivo del requisito. El cumplimiento formal importa efectivamente acompañar los antecedentes de idoneidad exigidos en la norma legal, para lo cual —según da cuenta la práctica tribunalicia— son suficientes exhibir curriculum vitae y título profesional de la persona experta, no obstante, pueden ser acreditados por otras vías. El cumplimiento sustantivo, más bien implícito, importa el testeo sustancial sobre la efectiva o potencial experticia del perito, al tenor de los antecedentes formales acompañados, toda vez que no tendría sentido la mera satisfacción de la idoneidad con el primer nivel (formal) si no se supera el segundo nivel (sustantivo), ya que precisamente la finalidad garantista de la actuación —salvo que la entendamos como una formalidad inane— es la revisión real de la prueba de idoneidad.

Respecto de la ii) oportunidad del control de idoneidad, se reitera lo ya dicho sobre el control dual, para lo cual se debe distinguir entre el control a nivel de admisibilidad y el control a nivel de la rendición de prueba y de la etapa de alegación. En el primer nivel, la idoneidad como requisito especial de admisibilidad se controla por vía de la exclusión de prueba, mientras que en el segundo nivel la idoneidad puede ser probada mediante preguntas dirigidas en el contraexamen tras la declaración para luego denunciar la falta de experticia en los alegatos de clausura.

Respecto del iii) perito de órgano público procede el cuestionamiento sobre el control de idoneidad en general y sobre los antecedentes de acreditación en particular. En materia penal no existe norma que excluya a dichos peritos del control de idoneidad, tanto a nivel de admisibilidad

como del interrogatorio cruzado en el juicio oral. No obstante, y en base a lo previsto en el artículo 321 del Código Procesal Penal —sobre auxiliares del Ministerio Público como peritos— muchas veces la Fiscalía ofrece pericias de huellas de la Sección de Investigación de Accidentes de Tránsito de Carabineros de Chile o del Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones, sin acompañar documentación de idoneidad. En sede familiar, en cambio, este control solo operaría a nivel de la rendición de la prueba, pero no en el primer nivel de admisibilidad, lo que tiene dos explicaciones: una de texto legal y otra de homologación *ex ante* del control de admisibilidad. En la primera explicación, el artículo 45 de la Ley 19.968 distingue la ubicación y tratamiento de los peritos de confianza, en el primer inciso, y los peritos de órgano público o expertos institucionales, en el cuarto inciso,²⁵ y la exigencia de acompañar antecedentes que acrediten la idoneidad solo se ubica en el inciso referido a los peritos de confianza de cada parte, pero no a los expertos institucionales, lo que es un fuerte argumento de texto legal. En la segunda explicación —y además del argumento *ad rubrica* recién aludido— es razonable que la exigencia de acreditación de idoneidad a nivel de admisibilidad sea más alta respecto de supuestos expertos que nadie conoce de manera previa al proceso y respecto de quienes la derrota de la desconfianza de su experticia reclama un mayor esfuerzo; mientras que en los expertos institucionales, la pertenencia a organismos públicos opera como un control *ex ante*, ya que la confianza en sus conocimientos se configura por la pertenencia, por los mecanismos de selección al efecto y por la experticia que se acumula por la estandarización y cantidad de trabajo experto que ahí se desarrolla.²⁶

Con todo, valgan tres comentarios. El hecho de relevarse normativamente de un control de idoneidad a nivel de admisibilidad, no exime la identificación de los datos del perito (al menos el nombre) en la au-

25 «Asimismo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar la elaboración de un informe de peritos a algún órgano público u organismo acreditado ante el Servicio Nacional de Menores que reciba aportes del Estado y que desarrolle la línea de acción a que se refiere el artículo 4, números 3 y 4, de la Ley 20.032, cuando lo estime indispensable para la adecuada resolución del conflicto» (inciso cuarto del artículo 45 de la Ley 19.968).

26 En lo concerniente al proceso penal, existe doctrina que también distingue entre perito de confianza y perito institucional, sosteniendo también que la exigencia de la acreditación de idoneidad es solo para los primeros. Véase Hermosilla (2012: 161-164).

diencia preparatoria, ya que conocer quién será el concreto experto que declarará en juicio permite a las partes preparar las líneas de contraexamen, no pudiendo —salvo dispensa de las partes— subrogarse dicha persona por otro a pretexto de ser del mismo organismo público.²⁷ Al bajar —por las razones expuestas— el estándar de control de idoneidad, el mismo legislador como contrapeso aumenta el requisito especial de admisibilidad de necesidad del conocimiento experto, ya que la parte final del inciso cuarto del citado artículo 45 exige que se «estime indispensable para la adecuada resolución del conflicto», en contraste con el inciso segundo que se refiere a la «necesidad o conveniencia»: como se rebaja la garantía de controlar en la admisión la idoneidad, la pericia institucional será excepcional. Por otra parte, como el control de idoneidad de los expertos institucionales se reduce al contraexamen en la audiencia de juicio y a las consecuentes alegaciones en las observaciones a la prueba, resulta de vital importancia la comparecencia de la persona experta a declarar al juicio, de guisa que es mucho más peligrosa la eximición que algunos jueces hacen del perito institucional al juicio, por el mero hecho de pertenecer a una institución pública y por la recarga laboral de los mismos.

Respecto de la prueba pericial decretada de oficio por el tribunal, también debemos circunscribirnos a la justicia de familia.²⁸ Como el inciso primero del artículo 45 de la Ley 19.968 reduce a los peritos de confianza a prueba solícita por las partes, es del caso que el juez o jueza —al decretar prueba del tribunal— solo puede acudir a las pericias de los expertos institucionales del inciso cuarto del artículo 45. Como ya expusimos, no será necesario exigirle a la judicatura que acredite la idoneidad con antecedentes al efecto en la audiencia preparatoria de juicio. Como ya se señaló, como el control de idoneidad de los expertos institucionales (el juez o jueza solo puede acudir a ellos) se reduce al contraexamen en la audiencia de juicio, es importante la comparecencia

27 No basta, a modo de ejemplo, decretar que la pericia la hará el psicólogo o asistente social «que corresponda» de «x» servicio público. Debe individualizarse la persona experta, ya que el contraexamen —garantía por antonomasia del contradictorio de la prueba en el juicio oral— se prepara en razón de un concreto y específico deponente.

28 En sede penal, por regla, no hay prueba de oficio del tribunal. En sede laboral, si bien procede la prueba decretada oficiosamente por el propio tribunal, como se explicó, el sistema de control de idoneidad opera *ex ante* mediante un listado oficial.

de la persona experta a declarar al juicio, de manera que —fuera de los casos legales de excepción— el juez no debería eximir la comparecencia de la persona experta al juicio oral por el mero hecho de pertenecer a una institución pública o por su recarga laboral.

Confiabilidad del peritaje

El último requisito es el de *confiabilidad del peritaje*. A nivel de fuente legal, nuevamente aparece una similitud entre los artículos 316 del Código Procesal Penal y 47 de la Ley 19.968, cuando prescriben que «el juez admitirá la prueba pericial cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, considere que *los peritos otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo*»,²⁹ lo que se refuerza por el tenor tanto del inciso final del artículo 314 del Código Procesal Penal y tanto del inciso tercero del artículo 45 de la Ley 19.968, cuando se exige que «los informes deberán emitirse con objetividad, atendiéndose a los principios de la ciencia o a las reglas del arte u oficio que profesare el perito». Con mayor dificultad se puede aplicar, por falta de texto expreso claro, este requisito a los procedimientos laborales, ya que además de la dificultad del reenvío al Libro II del Código de Procedimiento Civil por parte del Código del Trabajo, es del caso que en el articulado pertinente sobre la prueba de peritos reglada en el Código de Procedimiento Civil no existen normas homologables a las citadas en el Código Procesal Penal y Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia. La única norma que —con una interpretación algo expandida— pudiese encuadrarse para el presente requisito especial de confiabilidad es el artículo 417 del Código de Procedimiento Civil, que exige que la persona experta que acepte el cargo debe declararlo así «jurando desempeñarlo con fidelidad», pudiendo entenderse —la referida fidelidad— a la coherencia con la *lex artis* propia de su experticia,³⁰ vinculándosela a exigencias profesionales y disciplinarias de rigurosidad técnica.³¹

29 El énfasis es nuestro.

30 No puede pasarse por alto que el juramento del perito —en la regulación del Código de Procedimiento Civil— ocurre después de su nombramiento, es decir luego de eventuales debates sobre su admisibilidad.

31 En un sentido similar, vinculando la fidelidad en el desempeño del cargo con una exigencia profesional, a propósito de textos similares en el Derecho Comparado: Duce (2017: 80).

Como afirma Duce (2017: 81):

La idea central de la exigencia de confiabilidad de la opinión experta es que no todo lo que diga un perito, incluso dentro del área de su experticia y en cuestiones relevantes para el caso, puede ser admitido a juicio. Al sistema legal solo le interesa escuchar la opinión experta en la medida que ella tenga un nivel de validez importante dentro de la comunidad de especialistas a la que pertenece.

El foco en este requisito está más bien en el contenido experto y no en la persona experta en sí. Dicha confiabilidad debe testarse tanto a nivel de admisibilidad, en un control *prima facie*, como a nivel de rendición, mediante el control de la calidad de la información por las herramientas procesales que las partes tienen para contrastar la información experta.

En este requisito caben varias observaciones. Nos quedaremos con cuatro aspectos: a) la dificultad de uso de criterios propios del *common law*; b) la importancia del diseño legal de acceso a la información experta; c) la atenuación de requisito como posibilidad de tener información sobre la calidad; y d) la imparcialidad de la persona experta.

En el primer aspecto, cabe la advertencia de cuidado respecto a la transportación sin filtro de los criterios propios de la cultura jurídica del *common law* a nuestras prácticas y doctrinas. Por cierto, las reglas de evidencia y la jurisprudencia de dichos sistemas se anclan siempre en la desconfianza en un jurado no letrado que episódicamente debe decidir asuntos fácticos de relevancia jurídica y en que la motivación del juicio de los hechos tiene estándares diversos al utilizado en el ámbito germánico-romano. Lo antedicho explica la importancia que han tenido en la esfera anglosajona los debates sobre la científicidad de la prueba pericial,³² destacando el pretérito caso *Frye* en Estados Unidos³³ y la posterior Trilogía *Daubert*.³⁴ En efecto, el caso *Frye* utilizaba el denominado «test de aceptación general en el área relevante», poniendo en jaque las denominadas ciencias noveles, lo que reinó hasta la década del noventa del siglo pasado, en que se rediseñaron las exigencias de ad-

32 Sobre la científicidad y el «problema de la demarcación» en el ámbito jurídico, véase Vásquez (2015: 87).

33 Caso *Frye con Estados Unidos*.

34 El precedente central deriva del famoso caso *Daubert con Merrell Dow Pharmaceuticals Inc*. En su estudio, se suele complementar, para conformar dicho trío, con los casos *General Electric con Joiner* y *Kumho Tire Co. con Carmichael*.

misibilidad del testimonio experto. El precedente de la Trilogía Daubert exige la confiabilidad, principalmente desde un prisma metodológico, y da un rol relevante al juez para inadmitir pericias que no satisfagan dicho punto,³⁵ lo que deriva en los 2000 en la reforma a la Regla Federal de Evidencia 702, en que se reconoce expresamente la necesidad de que el testimonio experto se produzca por aplicación de métodos confiables.³⁶ Obviamente dicho derrotero jurisprudencial puede ilustrar a las comunidades jurídicas continentales, ya que ahí se gesta buena parte de este requisito de confiabilidad, pero no puede ser transportado de manera automática o mecánica, por las diferencias propias de los sistemas jurídicos en colación. Por lo mismo, ha sido tan difícil aplicar este requisito entre nosotros.³⁷

Respecto de b) la importancia del diseño legal de acceso a la información experta, no pueden desatenderse las normas concretas de cada procedimiento, particularmente respecto de la oportunidad y acceso a los informes periciales. Para nuestros tres procedimientos reformados, el informe pericial no es en principio la prueba pericial, ya que dicho medio probatorio se configura más bien con el testimonio en juicio de la persona experta. En los tres ámbitos procedimentales en estudio —laboral, familiar y penal— el informe pericial debe estar a disposición de las partes antes del juicio oral, pero no en todos los procedimientos el informe pericial debe estar en la etapa de admisibilidad probatoria desarrollada en la audiencia preparatoria de juicio. Solo en el ámbito penal se puede sostener dicha exigencia. Lo antedicho impacta directamente en la profundidad con la que puede operar este requisito especial de admisibilidad, ya que un debate efectivo sobre el mismo —y se puede agregar también a los otros requisitos especiales sobre las pericias— se puede realizar con mayor éxito en la medida que se cuenta con más información sobre el conocimiento experto que se pretende utilizar en juicio. Si el diseño legal previene que el informe pericial solo esté a disposición unos días antes del juicio oral, como ocurre en sede familiar y laboral, el debate en específico sobre la confiabilidad, que alude a con-

35 De ahí la famosa denominación de «juez portero» o *gatekeeper*.

36 Sobre la Trilogía Daubert, véase Duce (2017: 81 y ss.) y Vásquez (2015: 84 y ss.).

37 Muy sensatamente lo señala Duce (2017: 85), quien, eso sí, destaca que igualmente es un requisito que debe desarrollarse, aunque sea a niveles menos sofisticados que lo que ha ocurrido en países como Estados Unidos o Canadá.

tenidos de la información experta que se postula a utilizarse, se torna meramente especulativo y en alguna medida baladí.

En el ámbito de c) la atenuación del requisito, existen algunas opiniones de autoras que atemperan este requisito especial y dejan el control fuerte de la confiabilidad para el juicio oral, mediante el interrogatorio cruzado y alegaciones. A nivel de admisibilidad, la que siempre es binaria y no graduable (o se admite o se excluye), la preocupación respecto de la calidad de la información experta para dirimir su admisión o exclusión debe ser únicamente en torno a la posibilidad de tener información precisamente sobre dicha calidad.³⁸ Se trataría de un control más suave a nivel de admisibilidad, que busca que existan condiciones para probar la confiabilidad de manera más intensa en el juicio oral, dejando un poco al lado toda la tradición estadounidense, más propia de otras culturas jurídicas que centran el debate sobre la cientificidad de las pericias. Igualmente, para dicha prueba de confiabilidad —o mejor dicho sobre la información intrínseca que permita un examen *ex post* de calidad— vuelve a ser más adecuado un diseño legal en que se cuente con antecedentes del contenido del conocimiento experto en la etapa de admisibilidad, como ya se señaló.

Finalmente, procede aludir a la d) la imparcialidad de la persona experta. Se puede colegir dicha exigencia a nivel de texto, en los ya citados artículos 314 del Código Procesal Penal y 45 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, más allá que en el primer texto se utiliza la alocución «imparcialidad» mientras que en el segundo la de «objetividad», manteniendo coincidencia en remanente del texto normativo. Viene bien a esa sazón distinguir entre parcialidad de origen, parcialidad disposicional y parcialidad cognitiva (Vásquez, 2015: 72 y ss.), lo que permitirá apuntar a nudos críticos y desdramatizar otros. La *parcialidad de origen* alude a la relación directa con una de las partes para su elección, lo que por cierto cobra vigor en los denominados peritos de confianza de las partes,³⁹ en que son nombrados y financiados ellas y en donde siempre ocurrirá un sesgo estructural, ya que dicho perito será siempre parcial desde este punto de vista, ya que si lo afirmado por un perito concreto no favorece a la parte que lo presenta esta derechamente ni si-

38 En dicho sentido, véase Vásquez (2015: 163).

39 Artículo 45 inciso primero Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia y artículo 314 inciso primero del Código Procesal Penal.

quiera lo presentaría en juicio. La misma ley regula y asume que el coste de honorarios de la persona experta es sufragado por la propia parte, pero eso *a priori* no es esencialmente problemático ya que no importa necesariamente una parcialidad en los otros dos aspectos y no apareja que el conocimiento experto que se pretende introducir al proceso sea de suyo desconfiable.

La *parcialidad disposicional* es la disposición motivacional de la persona experta para favorecer a alguien mientras que la *parcialidad cognitiva* se constituye con la presencia de sesgos cognitivos dadas ciertas predisposiciones cognitivas o información deficiente. Estas últimas parcialidades, por cierto, ponen en jaque la *confiabilidad* del conocimiento experto, con el alcance que la última puede enmendarse si un experto asume su falta y reevalúa los resultados de su pericia. Sin duda, son relevantes las diferencias de dichas categorías de parcialidades, ya que todo experto, sea parcial o no en su origen, puede ser o no ser parcial disposicional o cognitivamente.

Algunos problemas habituales

Prueba pericial encubierta

Un primer problema que trataremos es la denominada *prueba encubierta*,⁴⁰ mediante la cual, para evadir *ex ante* —ya no *in itinere*— el cumplimiento de las normas regladas sobre formación o producción de determinados medios de confirmación procesal, se recurre a otro medio confirmatorio, reglado o atípico, en el que los mecanismos de control son inexistentes o de más bajo estándar. Lo antedicho es de habitual práctica en el caso de la prueba pericial, cuando se pretende incorporar el mismo conocimiento experto mediante un medio probatorio subrogante, con la evidente discordancia entre la *f fuente probatoria* que se pretende ingresar al proceso y el *medio de prueba* elegido para aquello, lo que conlleva evadir las normas procedimentales que permiten a la contraria controlar la formación de la prueba.

En materia pericial el ejemplo es obvio. En un procedimiento oral la prueba de peritos se produce con la declaración del perito, con las garantías de acompañar obligatoriamente de manera previa documentos de su idoneidad para el caso; su juramento previo; disponer con anti-

40 En el presente acápite seguiremos el trabajo previo de Aguilera (2012: 109 y ss.).

cipación al juicio oral su informe, para elaborar posibles preguntas de contraexamen y así contrastar su idoneidad, veracidad y calidad.⁴¹ Si se opta por ofrecer e ingresar dicha información mediante una prueba documental, ofertando el informe pericial como documento, se priva a la parte del control de dicha información, minimizando su calidad.

La mayor apertura a la posibilidad de incorporación al proceso de fuentes de prueba mediante medios de confirmación alternativos a los reglados de mayor estándar de control en la producción de prueba ocurre en los ordenamientos jurídicos en los que reina una mayor libertad probatoria, especialmente en lo relativo a los medios probatorios admisibles y a su valoración. Sobre este problema planteado, la operatividad de las técnicas de control de prueba puede ubicarse a nivel de *admisibilidad* de los medios de prueba o a nivel de *valoración* de los medios confirmatorios. También podrían repartirse los controles, pudiendo convivir un testeo tanto en la etapa de admisibilidad como en la de valoración.⁴² Postulamos que dicho control debe anticiparse a la etapa de admisibilidad de prueba, mediante la utilización de las reglas de exclusión. Veamos los argumentos a favor.

Limitación tanto al derecho a prueba como a la libertad probatoria

Uno de los pilares argumentativos para sostener un criterio preferentemente inclusivo de los medios de prueba al proceso sería la libertad probatoria y el derecho a prueba como componente del debido proceso. Dicha libertad de prueba importaría una amplitud y apertura a la utilización de cualquier medio confirmatorio, sean reglados o atípicos; lo que daría margen a la utilización indistinta de cualquier medio confirmatorio para la incorporación de evidencia, de manera que serán las

41 Mecanismos legales de control presentes en los tres procedimientos reformados en análisis.

42 Sobre algunas citas doctrinales que pueden directa o indirectamente referirse al debate en colación, en una posición de postergación del control a las etapas de alegación y valoración, véase principalmente Taruffo (2005: 379-282, 410, 411 y 430). En una posición de resguardo, a nivel de admisibilidad, de la prueba producida sin los controles de las partes, véase Alvarado (2009a: 163-164). Respecto del específico control de la formación de la prueba pericial, en etapas anteriores a la de valoración, véase Berizonce (2009: 346-347) y Carbone (2009: 351 y ss.). En una posición que alzaprima la idoneidad del medio probatorio de mejor fiabilidad *ab initio* en perjuicio de otros medios de menor fiabilidad, véase Falcón (2009: 116).

partes quienes elegirán los medios confirmatorios por los cuales introducirán las diversas fuentes de prueba pesquisadas y recolectadas con anterioridad. En cuanto al derecho a prueba —en engarce directo con la libertad probatoria— se sostiene que importa el poder de utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso (Midón, 2007: 42). De este modo, anticipar el control de la prueba, a tal intensidad de inadmitir y negar la producción o incorporación de los medios de prueba ofrecidos por las partes, conllevaría una lesión en la esencia del precitado derecho a prueba.

Sin embargo, ni la libertad probatoria ni el derecho a prueba pueden fundar la imposibilidad de controlar, en la etapa de admisibilidad dentro del proceso, los medios de confirmación que ingresan, toda vez que es efectivo que existen limitaciones previstas por el propio ordenamiento jurídico, sea mediante principios o reglas, explícitas o implícitas. La utilidad epistemológica o relevancia de la prueba no es el único requisito (aspecto lógico de la prueba), sino que, a reglón seguido y superada esa primera valla, el ordenamiento jurídico previene siempre razones jurídicas (aspecto jurídico de la prueba) para excluir material probatorio que *prima facie* es útil para la confirmación de los hechos en debate, por el privilegio de otros valores, intereses y derechos que son apreciados como dignos de amparo y protección por el propio sistema.

Mejor calidad de la prueba

Son las partes las que están en mejores condiciones para la aportación tanto de los hechos como de la prueba al proceso. Las partes abogarán por aportar al proceso la prueba de mejor calidad para la acreditación de los extremos fácticos que sustentan sus pretensiones en competencia, de modo que ninguna parte correrá el riesgo de ofrecer y producir medios confirmatorios de baja calidad o faltos de credibilidad: quien pretende ganar un juicio procurará aportar una prueba creíble y de buena calidad.

No obstante, la prueba en el proceso se va formando por la intervención dialéctica de las partes, de guisa que el principio de contradicción en sede probatoria y un real diseño adversarial del proceso —lo que incluye su etapa confirmatoria— tiende a mejorar la calidad del material fáctico que se adquiere. Optimizar la posibilidad de una mayor

participación de las partes en la producción de la prueba permite un mejor testeo de la calidad de la información —al considerar controles horizontales y cruzados de los medios de confirmación— y gesta condiciones para un modelo adversarial en el cual las versiones fácticas de los contendores compiten en igualdad de armas. De ahí que deba preferirse que una determinada fuente de información que existe en el ámbito extraprocesal ingrese al proceso mediante el medio probatorio que pueda ser la vía de obtención informativa más verificable y, por ende, de la mejor calidad posible.

La mejor calidad de la información no tiene como único destinatario a la judicatura, al permitirle alcanzar una solución más cercana a la verdad, sino que optimiza la posición adversarial de las partes en el proceso, ya que les permite generar más información útil para la confirmación o acreditación de la respectiva teoría del caso, con la cual compiten en el proceso.

Exclusión probatoria como garantía contra el prejuzgamiento del sentenciador por sobrevaloración de prueba no controlada en su formación

Aun en los sistemas con libertad probatoria, en los cuales reina la sana crítica, habrá medios de prueba que generan mayor convicción en el juzgador que otro. Como expusimos, uno de los riesgos asociados a la prueba pericial es su sobrevaloración epistémica. Ahora bien, piense que una de las partes —para omitir los controles que los ordenamientos jurídicos previenen para dichos medios confirmatorios de mayor convencimiento— introduce, sin que pueda excluirse en la etapa de admisibilidad, la misma información mediante otro medio de confirmación, de menor estándar de contradictorio, que evita la posibilidad de la parte contraria de utilizar las normas procedimentales que vienen en garantizar el control de la prueba de mayor convictividad. La judicatura ya habrá recibido toda esa información, que será sugestiva para que la pueda preconcebir, atribuyéndole al medio de confirmación subrogante (de menos control en su producción y de menor confiabilidad) el mismo grado de certeza que al medio confirmatorio subrogado (de mayor control en su producción o en su incorporación al proceso, y de mayor confiabilidad).⁴³

⁴³ Lo antedicho aun cuando en la motivación de la sentencia pueda sostenerse

Aspecto teleológico y de garantías de las formas procesales

Las formas procesales no son vanas en contenido, sino que apuntan a garantizar y proteger aspectos valorados por el propio ordenamiento jurídico y cumplen fines de garantía. Si se omite el cumplimiento de las normas procedimentales sobre determinada formación de prueba reglada mediante la utilización de otro medio de prueba, el acto procedimental irregular no se llega a producir, por lo que no podría operar una nulidad procesal. La regularidad o irregularidad del acto procedimental solo cobra sentido dentro del proceso y si no se utiliza la vía del medio confirmatorio reglado no podrá llegar a haber ni acto regular ni acto irregular propiamente tal.⁴⁴

No obstante, la omisión de las formas procesales igual se produce *ex ante* y no *in itinere*. Con todo, observemos: si dichas formas procedimentales previstas por la ley para la formación de específicos medios de confirmación procesal operan como garantía para el resguardo de la defensa de los justiciables, es del caso que la omisión de la regularidad de dichos actos procedimentales siempre va a afectar esas garantías que el legislador estableció igualitariamente para todas las partes del proceso, ora que dicha omisión se ocasione por infracción en el desarrollo mis-

que no se valoró como medio de prueba subrogado, existiendo un razonable peligro concreto de que el juez o jueza igualmente la trate como tal. De ahí que afirmaciones tales como «se valorará el informe pericial como documental y no como pericial» pueda ser una frase meramente retórica.

44 Como señala Taruffo (2005: 381): «La existencia de procedimientos legales de formación de la prueba excluye que la prueba se forme en modalidades distintas “en ese contexto”, pero no excluye en absoluto que se sigan modalidades diversas en otros contextos y que, a pesar de ello, se obtengan elementos de prueba utilizables en juicio. Tómese el ejemplo [...] de la prueba testifical. Si se trata de una prueba testifical en sentido estricto, puede formarse únicamente en el proceso y por medio de la aplicación puntual de las normas que regulan su producción. Pero estas normas valen “en el proceso”, no fuera del mismo, de modo que frente a una declaración de contenido testifical ofrecida por un tercero fuera del proceso no se podrá decir que es nula o ilícita porque no se ha realizado según las normas procesales sobre la prueba testifical. Se podrá decir que no es una prueba testifical en sentido estricto, pero ciertamente no se podrá decir que es una prueba testifical nula o ilícita: en consecuencia, el problema de su utilización en juicio se plantea y resuelve sobre la base de otras argumentaciones. Una declaración extrajudicial de un tercero será en principio admisible si es relevante para la determinación de los hechos y no puede ser excluida solo porque no se ha formado según las reglas que regulan la asunción de la prueba testifical en juicio».

mo de concreción de dichas formas procesales (irregularidad del acto por vicios *in itinere*), ora que dicha omisión se produzca por la evasión del cumplimiento de dichas formas procesales a través de conductas procesales previas a la fase de realización de estos actos procedimentales (omisión *ex ante*). La garantía igualmente se lesionó. En el caso de irregularidad del acto por vicios *in itinere* podrá acudir a la institución de la nulidad procesal como salvaguarda de la regularidad de los actos procedimentales. En el segundo caso, no podrá operar la nulidad procesal ya que no hay un vicio *in itinere*, por lo que tendrá que echarse mano a otras vías de control para evitar la lesión de las garantías de defensa que ínsitamente materializan las formas procesales sobre prueba reglada.

Además, las formas procedimentales sobre formación de específicos medios confirmatorios reglados, que están previstos por la ley para todas las partes que intervienen en un proceso, cumplen también un rol igualador para los justiciables en contienda. De esta guisa, su omisión *ex ante* para el derrotero de un medio de prueba encubierto lesiona dicha igualdad de armas de las partes, tanto en lo referido a la disparidad de trato a los justiciables —habrá litigante que para realizar su aportación probatoria tendrán que pasar por los filtros de la prueba reglada idónea, mientras que otros litigantes no pasarán por todo eso— como en la afectación de la posibilidad de contradicción de la prueba contendora.

Argumento de texto

En los procedimientos reformados caben dos buenos argumentos adicionales de texto expreso. El primero, por reglas legales expresas, ya que existen normas claras sobre libertad de prueba y sobre prueba no reglada,⁴⁵ en que se exige que los medios de prueba sean «producidos en conformidad a la ley» (pese a la libertad de prueba) o adecuándose al «medio de prueba más análogo» (en los casos de prueba no regulada expresamente), lo que implica la exigencia de respetar las normas legales de prueba reglada. El segundo, por el principio de *inmediación procesal*, que incluye tanto la *inmediación formal* —que es la obvia exigencia de la presencia personal del juez o jueza respecto de la prueba rendida— como la denominada *inmediación material* —que exige que la decisión y fundamentación se extraiga directamente de la prueba presenciada

45 Ver artículos 28 y 54 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, 295 y 323 del Código Procesal Penal y 453 número 4 y 454 número 8 del Código del Trabajo.

(acento en el objeto), que aquella decisión y fundamentación la realice el propio juez (acento en el sujeto) y que la decisión y fundamentación se realice sin equivalentes probatorios que subroguen la vinculación directa entre la judicatura y la fuente de prueba (acento en el vínculo cognitivo)—; además es efectivo que con la prueba encubierta se afecta la intermediación material por la utilización de equivalentes que alejan el vínculo cognitivo entre el sentenciador y la fuente de prueba.

Vistos los principales argumentos para sostener el control de la prueba encubierta en la etapa de admisibilidad probatoria, cabe hacernos cargo de cuáles serían las causales legales de exclusión probatoria que pueden incoarse. Podrían ser dos las causales: *impertinencia* y *prueba ilícita*. Para la primera causal de exclusión (*impertinencia*) debemos expandir el concepto de pertinencia. Se debe entender como un estándar de garantía que protege valores jurídicos relevantes en el proceso y se debe superar la mirada restrictiva de dicho concepto como la mera vinculación entre el medio de prueba ofertado (y el potencial de su contenido confirmatorio) y los hechos a probar —en lo que suele denominarse *pertinencia lógica*— (Duce, 2017: 56 y ss.). A su vez, la pertinencia debe controlar también la correspondencia entre la fuente de prueba (conocimiento ubicado fuera del proceso) y el medio de prueba (vehículo legal por el cual dicho conocimiento ingresa al proceso), en lo que podemos denominar *pertinencia formal*. El conocimiento experto que se pretende incorporar al juicio como un mero documento superaría el test de la *pertinencia lógica*, ya se vincula a los hechos a probar y reviste utilidad epistémica, pero no supera el test de la *pertinencia formal*, ya que la vía por la que debe incorporarse este conocimiento es con el resguardo de las formas procesales del medio probatorio reglado de la prueba de peritos y no como un mero documento, porque dichas formas tienen finalidad de garantías para el control horizontal en la formación probatoria.

Para la segunda causal de exclusión (*prueba ilícita*), se puede afirmar que la evasión de las normas de prueba reglada de la formación de la prueba de peritos afecta la garantía del debido proceso, al afligir los mínimos estándares de defensa y contradictorio previstos en la ley procesal al efecto (acreditación previa de idoneidad de la persona experta, entrega del informe con antelación al juicio, posibilidad de contraexamen, juramento en la declaración, etcétera). Además, se puede señalar que la alocución «obtenidas», utilizada por los códigos en estudio, es

comprensiva no solo de la recolección de la fuente de prueba, sino que también de la regularidad formal de la rendición del medio probatorio.

Testigos expertos

Otro tema problemático de cierta habitualidad es el uso de los denominados *testigos expertos*, cuyos testimonios son ofrecidos y realizados de acuerdo con las reglas de los testigos, pero que por el conocimiento experto que pueden tener en algún ámbito vinculado al debate fáctico del caso, se le trata como testigo en el interrogatorio cruzado sobre su ámbito de experticia. La permisibilidad procesal con los testigos expertos impacta en la tolerancia a preguntas de opinión dirigidas a estos, lo que estaría vedado ante un *testigo lego*, que solo declara sobre hechos y, en principio, no emite opiniones sobre los mismos. Ante una falta de regulación legal, se puede optar por dos opciones para solucionar el problema: permitir que se trate a un testigo como testigo experto o rechazar dicha categoría híbrida.

En la tesis que permite que se trate a un testigo como testigo experto puede sostenerse previamente que las diferencias epistemológicas entre testigos y expertos son más bien de grado y no categóricas, ya que sus diferencias son más bien aparentes, toda vez que en ambos casos se ofrecen testimonios de hechos interpretados y relevantes para un caso judicial.⁴⁶ Por lo que, si bien suele postularse que los testigos tienen conocimiento directo de los hechos sobre los que versa un proceso, habría un matiz, ya que tanto testigos como peritos al final del día ofrecen hechos interpretados, pero en diverso grado. Es así, que algunos autores afirman que los testigos expertos se diferencian de los peritos propiamente tales, ya que han percibido hechos externos de manera espontánea —como cualquier testigo lego— pero ostentan un conocimiento especializado importante para algún punto sobre el que testificará. En esta hipótesis, a mayor experticia debe ampliarse la permisibilidad para que pueda ser interrogado sobre opiniones y conclusiones en su esfera de conocimiento especializado, lo que no importa que la ampliación masiva de esta

⁴⁶ En dicho sentido, véase Vásquez (2015: 48), quien coherentemente ubica a la prueba pericial como evidencia testimonial y diferencia —en el itinerario de un testimonio— entre hechos externos, hechos percibidos y hechos interpretados, este último es el corolario final entregado a los juzgadores.

categoría de testimonios permita que los litigantes evadan los requisitos y controles propios de la prueba pericial.⁴⁷

Respecto a la tesis contraria (que rechaza la categoría híbrida) se podría aseverar la prohibición de preguntas sobre opiniones por la improcedencia del tratamiento de testigo experto. En primer lugar, se trata de una categoría de prueba personal no regulada en los procedimientos reformados,⁴⁸ cuando todo testimonio se puede ubicar en algunas de las categorías de prueba regladas a disposición en dichos procedimientos. Aun, de entenderse que estamos ante una prueba no reglada debe aplicarse analógicamente alguno de los medios de prueba tipificados, lo que a pasos contados lleva a sostener que un testigo con conocimiento experto o declara conforme a las reglas de los testigos o expone de acuerdo con las reglas de la prueba pericial, sin poder tener lo mejor de los dos mundos.

En segundo lugar, los controles cruzados que se exigen para las pruebas periciales son mayores que las existentes para los *testigos legos*. Esto se relaciona con los riesgos propios de la utilización banal de conocimiento experto en un proceso, lo que se vería preterido o pasado por alto al introducirse en un juicio conocimiento experto sin los controles propios del plexo de normas legales sobre la prueba de peritos.

En tercer lugar, y en sintonía con el argumento anterior, puede aplicarse todo lo dicho para sostener el control de la denominada *prueba encubierta* —al introducirse una prueba pericial recubierta como testimonial— a nivel de admisibilidad.⁴⁹ En esta posición, la que comparto, no procedería ni el ofrecimiento de un testigo como testigo experto en la audiencia preliminar, ni preguntas de opinión durante el interrogatorio directo en un juicio oral.

47 En dicha opinión, véase Duce (2017: 31-33).

48 Nótese que en algunos países se alude a dicha expresión para los peritos de partes o simplemente se genera una confusión por la traducción de la denominación para los «peritos» utilizada en países anglosajones, como bien advierte Duce (2017: 31).

49 Sin duda, en un debate de objeción de preguntas (por tratarse de una pregunta de opinión y no sobre hechos en este caso) durante el juicio oral, igualmente lo que sucede, en el fondo, es un debate de admisibilidad probatoria más reducido.

Peritajes intrusivos

Otro problema reiterado es la proposición de pericias que puedan resultar invasivas a la intimidad de las partes, lo que evidentemente se genera en pericias altamente intrusivas —como en los peritajes psicológicos— y cuando la oferta probatoria la hace una parte diversa, respecto de la persona o entorno que será objeto de la pericia. Esto es lo que suele denominarse pericias intrusivas.

En efecto, existen diversas profesiones en las cuales, para el desarrollo de la *lex artis* respectiva, se gesta una relación de confianza entre el paciente y el profesional experto, lo que genera, a su vez, deberes de sigilo que sustentan dicha relación.⁵⁰ El ámbito médico y el psicológico son áreas en que la relación de confianza es particularmente intensa. Este tipo de relación importa un deber de confidencialidad, lo que es una proyección de la intimidad del paciente —en deberes de actuación de terceros, en este caso el profesional— de la intimidad del paciente (Capuano, 2009: 203). Tan importante es la protección de dicha confidencialidad que existe tutela penal para la violación del secreto profesional.

Cuando es la propia parte quien ofrece un peritaje intrusivo respecto de su persona, no se produce mayor problema, ya que la confidencialidad protege la intimidad del propio paciente, por lo que —siendo este el titular— puede renunciar a dicha garantía y relevar del deber de secreto al profesional experto. Tampoco se ocasiona mayor reparo respecto de la relación de confianza, ya que, expresa o tácitamente, depositará la confianza en la persona experta designada o derechamente renunciará a dicha garantía. La situación problemática se gesta cuando una parte diversa solicita una pericia intrusiva en la que la persona experta será un tercero con quien la parte a analizar no tiene una relación de confianza experto-cliente por un tratamiento previo y no existe dispensa del deber de confidencialidad. La misma interrogante ocurre cuando es el tribunal quien decreta la prueba pericial intrusiva de oficio.

Una pericia en la cual el objeto de análisis es la propia persona, como ocurre en la invasión de la siquis de una pericia psicológica, implica una afectación de la intimidad de la parte que sufre dicha medida, a lo menos en dos niveles. El primer nivel es la actividad investigativa de la persona experta, cuando un tercero ajeno, quien no tiene la relación de confian-

⁵⁰ En dicho sentido, véase Cerda (2012: 74).

za con el paciente, invade aspectos privados del sujeto sobre quien recae la pericia. El segundo nivel ocurre durante el proceso judicial mismo, cuando dicho tercero expone y devela ante otros (judicatura, abogados, funcionarios, etcétera), sin ser relevado del secreto profesional, aspectos privados de la parte analizada. Desde el prisma de las normas jurídicas que resguardan la intimidad de los justiciables, los procedimientos reformados reconocen expresamente el plexo de garantías fundamentales como límite a la actividad probatoria y se establece la prueba ilícita como causal de exclusión de prueba.

Así las cosas, se puede postular que, en una prueba pericial intrusiva respecto de una de las partes del proceso, en la que las fuentes de prueba deben recolectarse en aspectos íntimos para la obtención del conocimiento experto respectivo, la prueba ofertada puede ser excluida, ya que se obtendría con infracción de la garantía fundamental de la vida privada. Resulta evidente que lo anterior no se produce si es la propia parte quien solicita la prueba pericial respecto de sí misma. Tampoco se genera ilicitud si, solicitada por una parte diversa, la afectada no reclama su ilicitud, ya que al consentir —aun tácitamente, al no utilizar las causales de exclusión franqueadas por la ley— la realización de la pericia intrusiva, renuncia tanto a la confidencialidad, al correlativo deber de secreto profesional y a la intimidad potencialmente afectada con la obtención de la información por la persona profesional experta.

Algunas palabras merece la hipótesis de la prueba pericial intrusiva decretada como prueba *ex officio* del tribunal, en los procedimientos en que la judicatura puede decretar prueba propia. Derechamente, la circunstancia de que sea el tribunal quien propone la prueba pericial no blanquea la potencial afectación de la intimidad de la parte afectada, ya que el titular sigue siendo el particular, no pudiendo el Estado afectar dicha privacidad⁵¹ ni tampoco relevar del secreto profesional.⁵² Entenderlo en sentido contrario implicaría el absurdo que, ante la petición de una pericia intrusiva ofrecida por una de las partes, la judicatura —ante petición al efecto— podría excluir por ilicitud, pero a reglón seguido la podría decretar como prueba oficiosa del tribunal: pasa de ser custo-

51 Paradojalmente, toda la teoría de la prueba ilícita por infracción de garantías fundamentales nace como un control o resguardo respecto de los actos de autoridad, cuando no mero poder, del Estado.

52 El único que puede relevar del secreto al profesional es el propio paciente.

dio de la garantía a ser su transgresor. Así las cosas, las partes podrán deducir debate de exclusión respecto de la prueba pericial intrusiva de oficio, ya que las normas de exclusión probatoria no distinguen entre prueba ofertada por las partes o decretada por el tribunal y porque evidentemente las reglas legales de inadmisibilidad probatoria resguardan garantías de los justiciables, de manera que el Estado debe también respetar dichas garantías.

Lo expuesto no rige en lo que podemos denominar pericias intrusivas regladas, en las cuales es el legislador quien hace la ponderación entre los bienes jurídicos en pugna y resuelve generalmente mediante sanciones jurídicas para la parte contumaz a la realización de la pericia. En nuestro derecho nacional el ejemplo de manual es la prueba pericial biológica de ADN en las acciones de filiación, que la judicatura puede decretar —pasando la prueba de admisibilidad, pese a su carácter intrusivo— para evitar exigir la toma de muestras compulsiva y aparejar sendas sanciones para la parte que no colabora con la diligencia.⁵³ En materia penal existe también cierta reglamentación de algunas pericias intrusivas que pueden ser solicitadas por el Ministerio Público y autorizadas por el Juzgado de Garantía.

Por último, proceden algunos distingos para el evento que sea citado como perito quien ya ha atendido profesionalmente a una de las partes.⁵⁴ Si dicho profesional es una persona experta privada, creemos que, al no existir relevo del secreto profesional, no podrá declarar exponiéndose incluso a incurrir en el ilícito penal de violación de secreto, ya que la judicatura no puede relevarlo, ya que el titular es el particular. De ser un experto institucional, creemos que la relación experto-paciente no se genera en una relación de confiabilidad, ya que no es el particular quien elige a la persona experta y no se genera para dicho profesional el deber de secreto.⁵⁵

53 Ver el artículo 199 del Código Civil, en el cual el legislador pondera la pugna entre la intimidad de la parte que sufre la pericia y el derecho de identidad involucrado en la investigación filiativa.

54 Piénsese, en sede familiar, en un profesional de un programa de diagnóstico ambulatorio (DAM) que ha tratado a una de las partes y tiene información recolectada en la intervención.

55 En sentido similar, Cerda (2012: 76) distingue —en lo tocante al deber de secreto de los testigos en sede penal— entre los profesionales del sector privado, respecto de quienes indudablemente pesa dicho deber, y los profesionales funcionarios o de aquellos que ejercen funciones oficiales, inclinándose por la negativa en lo tocante

Ausencia del informe pericial

Como ya se señaló, a propósito de las normas regulatorias comunes, en los tres procedimientos reformados se exige un informe pericial que debe ponerse a disposición de las partes de manera previa al juicio oral.⁵⁶ Lo anterior, sin perjuicio del deber de comparecencia de la persona experta, salvando las excepciones legales. Dicho informe no es el medio de prueba, sino que lo es el testimonio de la persona experta en juicio, salvo en los casos legales de relevancia de su comparecencia.

Este deber legal opera como una regla de *discovery* (descubrimiento) que, como tal, evita que las partes litigantes se vean sorprendidas por el conocimiento experto que ingresará al juicio oral y les permite conocer de antemano la metodología, contenido y conclusiones empeñadas en dicho medio confirmatorio. Así, pueden diseñar estrategias para refutar la información incorporada por la persona experta o utilizarla para sus respectivas teorías del caso. En dicho sentido, la facultad procesal que por antonomasia resguarda la contradicción es la posibilidad de contraexaminar a los declarantes, por lo que es indudable que conocer previamente los parámetros generales del conocimiento experto que ingresará al juicio permitirá —con mejor aptitud en la defensa técnica— preparar líneas o temas de contraexamen. Se justifica el refuerzo en el descubrimiento previo de los antecedentes que ingresarán al proceso, precisamente, porque en el caso de la prueba pericial es más difícil ejercer el control sobre la calidad de la información, por versar sobre información que un lego ordinariamente no posee, lo que obliga a la parte litigante a informarse o asesorarse para abordar con posibilidad de éxito el interrogatorio respectivo.

En sede penal, la utilización del informe pericial tiene una mayor amplitud ya que el perito puede ser directamente confrontado con su informe previo al tenor de lo indicado en el artículo 332 del Código

al deber de secreto. En efecto, afirma que uno de los elementos fundamentales para la configuración de la garantía del deber de secreto profesional es la relación de confianza entre el profesional y su cliente.

⁵⁶ Artículo 453 número 8 inciso cuarto del Código del Trabajo, artículo 46 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia. En el Código Procesal Penal no existe una norma expresa, pero de los artículos 315 y 316 del Código Procesal Penal se colige que el informe debe presentarse ante el juez de garantía en la preparación de juicio. En similar sentido, incluso aludiendo a la historia de la ley, véase Horvitz (2005: 296-297).

Procesal Penal y, además, el informe debe acompañarse en la audiencia preparatoria de juicio. La Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia y el Código del Trabajo no previenen una herramienta similar al artículo 332, pero en la judicatura de familia bien se podría acudir al instituto de la denominada *prueba sobre prueba*, regulada en el inciso segundo del artículo 63 *bis* de la Ley 19.968.

Para el evento de incumplimiento del deber de entrega del informe pericial con la anticipación legal correspondiente, debería operar por regla general la inadmisibilidad de la prueba pericial en la audiencia de juicio. La ley no prevé esta sanción expresamente, pero es la única vía de resguardo de la finalidad de *discovery* que tiene dicho deber de actuación procesal, ya que su infracción acarrea una lesión evidente en las garantías de control del conocimiento experto que se introduce por la prueba pericial. La sanción debe operar tanto cuando la prueba en colación se configura por la declaración del perito o por el informe mismo (por las excepciones al deber de comparecencia de la persona experta), ya que en este último caso si bien no habrá interrogatorio cruzado del perito, igualmente el informe previo opera como una garantía para que las partes puedan preparar su prueba de refutación respecto del contenido del informe o alegaciones críticas en sus observaciones a la prueba. Evidentemente, las partes pueden renunciar a esta garantía y permitir la incorporación de la prueba sin que se cumpla con la entrega previa del informe. Dicha hipótesis de inadmisibilidad, salvo en sede penal en que el informe pericial debe estar en la audiencia preparatoria, ocurrirá ya realizada la audiencia intermedia, en el juicio oral propiamente tal.

Algunas hipótesis problemáticas con la pertinencia de la prueba pericial

En nuestros procedimientos reformados la causal de exclusión probatoria que apunta al criterio de relevancia es la *impertinencia*, al menos en su dimensión primaria más tradicional, conocida por la doctrina como *pertinencia lógica* (Duce, 2017: 58 y ss.) y que se sustenta fuertemente en una prueba sobre la utilidad epistemológica de un medio probatorio en un caso concreto. La configuración de la *impertinencia* como causal de exclusión se ha sofisticado y profundizado, y se han desarrollado nuevos niveles para entender la prueba de pertinencia, en el que se introducen razones diversas al puro análisis de utilidad epistemológica, como

ocurre con la *pertinencia legal* (Duce, 2017: 59) y la *pertinencia formal* (Aguilera, 2016: 128-129).⁵⁷ Procede una mención a la primera de ellas.

Duce (2010 y 2017) ha destacado la utilidad de la denominada pertinencia legal, aludiendo con ella a un análisis de costo-beneficio en que la judicatura debe pesar aspectos favorables que la prueba en cuestión podría aportar, en contra de los eventuales perjuicios que se pudiesen colegir con su introducción en el juicio. De algún modo, debe ponderar el potencial probatorio y los perjuicios provocados, lo que puede cobrar vigor en la prueba de peritos. Dicho autor, citando legislación extranjera,⁵⁸ desagrega algunos contrastes que pueden generarse desde esta particular mirada de la pertinencia: a) aporte probatorio *versus* perjuicio del juzgador, en el que destaca que el potencial peligro de causar perjuicios en el juzgador, supera su utilidad epistémica;⁵⁹ b) valor probatorio *versus* costos materiales y humanos, en que se destaca el coste para el sistema judicial, en general, de algunas pericias, lo que excede de ser un aspecto meramente epistémico, sino que entran en juego otras razones de eficiencia; y c) valor probatorio *versus* influencia indebida en el juzgador, en que advierte el peligro de crear confusión o un tipo de prejuicio respecto del peso epistémico en sí de la pericia.⁶⁰

Con lo novedoso de dicha elasticidad del concepto de pertinencia, se trata, eso sí, de una interpretación sofisticada que no tiene norma expresa —como sí ocurre en algunas legislaciones comparadas— y que podrían ser resueltas con otras causales de exclusión, en particular con el requisito de necesidad o de confiabilidad.

Excursus: admisibilidad y uso de metaperitajes

Por último, caben algunas cuartillas para los denominados metaperitajes, es decir, pericias realizadas por una persona experta sobre la metodología, contenido, conclusiones u otro aspecto relevante, de otra pericia efectuada por otra persona experta. Su finalidad es la indagación y explicación de posibles errores u omisiones que puedan poner en jaque

⁵⁷ Utilizado como criterio para la exclusión probatoria de la prueba encubierta.

⁵⁸ Como la Regla 403 de las Reglas Federales de Evidencia de Estados Unidos.

⁵⁹ Cita como ejemplo una pericia psicológica en que se describe a un acusado de delitos de pedofilia contra niños y niñas, como alguien de perfil homosexual.

⁶⁰ Utiliza como ejemplo pericias sobre credibilidad del relato en que se corre el riesgo de que sea valorada como prueba de fondo.

la validez del peritaje de base, todo dentro del propio ámbito de conocimiento experto. Es en la esfera penal donde comienza la presentación de la prueba pericial enfocada en el análisis y crítica, y en especial, en las pericias psicológicas y psiquiátricas —de preferencia en casos de delitos sexuales— presentadas por el Ministerio Público. En este contexto, se asienta la denominación de metaperitajes, dado su énfasis de análisis: pericia sobre otra pericia.⁶¹ Por cierto, ha existido cierto cuestionamiento desde el punto de vista ético profesional (Huerta y Maffioletti, 2009: 116), pero nos centraremos, más bien, en los aspectos procesales de su uso.

El incentivo de cualquier parte para encargar una metapericia pasa por la especialización del conocimiento en el área de experticia sobre la recaerá una pericia en concreto. Siempre una persona experta tendrá un mayor dominio sobre su esfera de especialización, en comparación con las y los abogados litigantes en el caso judicial respectivo, por lo que difícilmente la parte litigante respectiva pueda enfrentar un interrogatorio en igualdad de condiciones, en lo relativo al conocimiento experto del perito. Por lo mismo, el abogado o la abogada puede acudir a una persona experta de confianza para afrontar de mejor manera tamaña tarea, como es interrogar a un perito que siempre estará en superioridad desde este punto de vista.

Es así como se pueden desagregar al menos tres usos de los metaperitajes: a) un uso extraprocesal para preparar líneas efectivas de contraexamen; b) como prueba de descargo ofrecida en la audiencia preparatoria; o c) como prueba sobre prueba ofrecida en la audiencia juicio.

Su uso extraprocesal para preparar líneas efectivas de contraexamen no es procesalmente problemática, ya que cada litigante puede, de forma privada, asesorarse de la manera que mejor estime para preparar sus líneas de contraexamen a un experto. Esto implica el manejo de una adecuada técnica de interrogatorio, mediante la utilización de preguntas permitidas y en un orden adecuado y persuasivo, pero también, tener claridad sobre los puntos que se abordarán en ese conjunto de preguntas, para lo cual es necesario tener algún mínimo conocimiento sobre la *lex artis* propia de la pericia. De guisa, la colaboración de otra persona experta puede hacer más eficiente la elección de los temas del contraexamen respectivo.

61 En dicho sentido, véase Huerta y Maffioletti (2009: 115).

El uso de los metaperitajes como prueba de descargo ofrecida en la audiencia preparatoria es el más habitual, lo que no está exento de debate, ya que esta segunda pericia no se refiere directamente sobre una afirmación fáctica del caso en sí, sino sobre la metodología y validez de otro medio probatorio: la pericia inicial. Con todo, y aun superando el debate de admisibilidad, en la valoración probatoria en muchas ocasiones se han desestimado los metaperitajes por no haber hecho un examen directo del objeto periciado, lo que pone en una desventaja a la metapericia respecto de la pericia primaria.⁶² Se ha agregado críticamente, además —y a propósito de los peligros de subrogación de la prueba pericial— que la función de valoración de prueba es exclusiva de la judicatura,⁶³ de modo que una metapericia orientada a dicho fin puede exceder sus fines.

Por último, el uso de los metaperitajes como prueba sobre prueba, se enfoca en una eventual controversia de la veracidad, autenticidad e integridad de una pericia. Esto circunscribe su utilización, con la evidente dificultad de preparar una declaración pericial con total incerteza de que en un juicio oral se configure la excepcional hipótesis para prueba no ofrecida oportunamente y que el tribunal acceda a su admisibilidad. Por lo mismo, no ha sido la vía procesal más utilizada.

Empero, el contexto procesal es determinante para la utilización del metaperitaje. En efecto, es en la sede penal en la que existe una prognosis más cierta de la prueba que se usará en la etapa confirmatoria, lo que facilita que anticipadamente se intente los dos últimos usos de las metapericias. Por eso, su utilización ha estado circunscrita en dicha reforma. Por cierto, para la utilización como prueba sobre prueba es menester que esté prevista dicha institución, lo que no ocurre en la reforma procesal laboral. El primer uso —para uso privado para preparar un interrogatorio cruzado— es el que puede ser más transversal, sin mayores inconvenientes.

62 A modo ejemplar, sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas, RUC 0500244993-7, 11 de julio de 2006 y sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, RUC 0600448639-9, 6 de diciembre de 2008.

63 A modo ejemplar, sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto, RUC 0700630049-3, 11 de agosto de 2009.

Capítulo 3

Regulación de la prueba pericial en el proceso penal

—Héctor Galleguillos Carmona

Normativa general aplicable

Procedencia del informe pericial

Nuestro Código Procesal Penal establece en el artículo 315 que el informe de peritos procede: «en los casos determinados por la ley y siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio».

Como señalábamos en la parte introductoria, el perito es una persona experta o especialista en determinadas materias que, a diferencia de un testigo, no declara sobre hechos que ha percibido, «sino sobre los principios o reglas que rigen determinados fenómenos o actividades, cuya comprensión resulta por lo general, inaccesible al no especialista» (Horvitz y López, 2004: 295).

En materia penal rige el principio de libertad probatoria, entendido como aquel que se caracteriza:

Por la inexistencia de reglas legales tendientes a regular el valor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba, pero que impone al juez la obligación de fundamentar su decisión haciendo explícitas las razones que la han motivado, las que no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y conocimientos científicamente afianzados (Horvitz y López, 2004: 150).

Sin embargo, esta libertad probatoria presenta espacios reglados, en cuanto a la procedencia y forma de incorporar algunos medios de prueba considerados por el legislador de mayor complejidad epistémica y que generan mayores riesgos de incidir erróneamente en la valoración que hace el tribunal, como la prueba pericial.

Además, en el plano más sustantivo podemos encontrar excepcionalmente algunos casos en que la ley penal establece la procedencia del informe pericial, como el medio de prueba idóneo para acreditar ciertos hechos, como es el caso contemplado en el artículo 43 de la Ley 20.000.¹

Elaboración, presentación y estructura del informe pericial

La dogmática procesal penal ha señalado que la regulación de la prueba pericial en el Código Procesal Penal presenta problemas interpretativos, derivados de la desprolija ubicación sistemática de las normas relativas a dicho medio de prueba, al haberlas trasladado desde el libro I («Disposiciones generales») al libro II («Procedimiento ordinario»). Esto generó que algunas normas aplicables a la prueba pericial en etapas previas al juicio oral quedaran ubicadas en el párrafo 6 del título III del libro II que trata del juicio oral y que el código, al desarrollar la normativa aplicable se refiera al informe pericial, en circunstancias que se está refiriendo a la prueba pericial propiamente tal, la que en rigor «está constituida por la declaración personal del perito, en el juicio, sobre el contenido del informe previamente elaborado por él» (Horvitz y López, 2004: 296).

Así las cosas, tanto el Ministerio Público como los demás intervinientes (en especial, la defensa) pueden encargar informes periciales desde el inicio del procedimiento penal (incluso antes de la formalización), los que deberán ser presentados ante el juez o la jueza de garantía para que los declare admisibles.

La oportunidad procesal para que el informe pericial se presente ante el juez o la jueza de garantía, solicitar que los peritos sean citados a la audiencia de juicio oral y presenten los comprobantes que acrediten su idoneidad es la audiencia de preparación de juicio oral. Así lo dispone el artículo 314 del Código Procesal Penal que, en su inciso primero, relativo a la procedencia del informe de peritos, dispone:

¹ «Artículo 43. El Servicio de Salud deberá remitir al Ministerio Público, en el más breve plazo, un protocolo del análisis químico de la sustancia suministrada, en el que se identificará el producto y se señalará su peso o cantidad, su naturaleza, contenido, composición y grado de pureza, como, asimismo, un informe acerca de los componentes tóxicos y sicoactivos asociados, los efectos que produzca y la peligrosidad que revista para la salud pública.

Conservará, en todo caso, una determinada cantidad de dicha sustancia para el evento de que cualquiera de los intervinientes solicite nuevos análisis de la misma, de conformidad a los artículos 188, inciso tercero, y 320 del Código Procesal Penal».

El Ministerio Público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar en la audiencia de preparación de juicio oral que estos fueren citados a declarar a dicho juicio, acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito.

En cuanto a la estructura del informe pericial, el Código Procesal Penal establece que dicho informe debe seguir una cierta metodología en su exposición. En el artículo 315 se señala el contenido del informe de peritos en los siguientes términos:

Sin perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar ante el tribunal acerca de su informe, éste deberá entregarse por escrito y contener:

- a) La descripción de la persona o cosa que fuere objeto de él, del estado y modo en que se hallare;
- b) La relación circunstanciada de todas las operaciones practicadas y su resultado, y
- c) Las conclusiones que, en vista de tales datos, formularen los peritos conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio.

La importancia de que se cumpla con estos requisitos en cuanto al contenido y formalidades del informe dicen relación con la posibilidad de «controlar el procedimiento desarrollado por el perito hasta llegar a sus conclusiones y verificar si efectivamente éste se ha ceñido a los principios o reglas que rigen la ciencia o arte que desempeña» (Horvitz y López, 2004: 297).

Control de admisibilidad del informe pericial

Como ya señalábamos, corresponde al juez o jueza de garantía pronunciarse sobre la admisibilidad del informe pericial, la oportunidad procesal para debatir y resolver esta admisibilidad es la audiencia de preparación de juicio oral. En este punto, es necesario destacar que no existe norma expresa que así lo establezca, pero los términos del artículo 316 y la práctica forense han determinado que corresponde en dicha audiencia el control jurisdiccional de la prueba pericial que ingresará al juicio oral. En efecto, la citada norma establece que «el tribunal admitirá los informes y citará a los peritos (al juicio oral) cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de la prueba, considerare que

los peritos y sus informes otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo».

Este control de admisibilidad de la prueba pericial resulta indispensable y debería estar condicionado a los criterios especiales que rigen esta prueba (necesidad, idoneidad y confiabilidad).

El informe escrito del perito es condición para que se realice este debate de admisibilidad (Duce, 2013: 150):

Sin el informe escrito resulta imposible hacer análisis serios en temas como la idoneidad del perito o la confiabilidad del peritaje. Por ejemplo, si no conocemos bien los alcances específicos de la pericia, se dificulta en extremo estudiar si el experto que me presentan tiene las calificaciones particulares en el área particular que recae la pericia. Recordemos que la acreditación de idoneidad debiera ser capaz de demostrar que el perito no es solo un experto general en la disciplina sino más bien en la materia concreta en la que opina. Un médico cirujano general no está necesariamente habilitado para hablar sobre una enfermedad vinculada al corazón. Otro ejemplo se da en materia de confiabilidad. Si no tenemos acceso a información acerca de los métodos aplicados por el experto para arribar a sus conclusiones ¿cómo podemos saber si la opinión debiera ser considerada?

Nuevamente se plantea el problema acerca de la oportunidad para ofrecer esta prueba porque, si bien es no existe controversia en que debiera presentarse en un momento previo a la audiencia intermedia para permitir un estudio con un tiempo razonable, en el caso del Ministerio Público, resulta claro que la prueba pericial se debe ofrecer al momento de presentar la acusación fiscal, de igual modo, el querellante la debe presentar al deducir su acusación particular o adherir a la acusación fiscal. En cambio, la defensa lo hace al momento de solicitar la incorporación de la prueba al debate, esto es en la misma audiencia de preparación de juicio oral, lo que pone en desventaja a la parte acusadora, ya que carece del tiempo necesario para conocer y analizar la prueba pericial ofrecida por la defensa y hacer las alegaciones correspondientes.

Incapacidad para ser perito

De conformidad al artículo 317 del Código Procesal Penal no podrán desempeñar las funciones de peritos las personas a quienes la ley reconoce la facultad de abstenerse de prestar declaración testimonial.

El artículo 302 del Código Procesal Penal establece quiénes están facultados a no declarar por motivos personales (cónyuge o convivientes, ascendientes o descendientes, etcétera), entendemos que a su respecto existe una incapacidad absoluta, por su falta de imparcialidad, que la ley presume por la estrecha relación de parentesco con el interviniente que lo presenta (víctima o imputado).

Por su parte, el artículo 303 del Código Procesal Penal establece quiénes están facultados para abstenerse de declarar por razones de secreto y señala:

Tampoco están obligadas a declarar aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado, pero únicamente en lo que se refiere a dicho secreto.

Las personas comprendidas en el inciso anterior no podrán invocar la facultad allí reconocida cuando se las relevare del deber de guardar secreto por el que se hubiere confiado.

Es necesario hacer aquí un pequeño comentario respecto de informes periciales elaborados por profesionales tratantes de la salud mental o psicología, entre otros, quienes, a nuestro juicio, al mantener una relación terapéutica no cuentan con la debida imparcialidad que debe tener un perito, pero no obstante ello, son muchas veces incorporados como peritos (informes psicológicos, mentales, etcétera) al juicio. En estos casos, será necesario que quien lo presenta lo libere expresamente del deber de guardar silencio. La infracción a esta norma puede acarrear consecuencias procesales como la valoración negativa de dicha prueba pericial o fundar (si la infracción es sustancial) un eventual recurso de nulidad.

Declaración del perito en el juicio oral

En relación con la declaración del perito en el juicio oral, el artículo 319 del Código Procesal Penal, en lo relativo a la declaración de los testigos, hace aplicable las normas previstas en el artículo 329 y, supletoriamente, las establecidas para los testigos.

El artículo 329 señala que los peritos y testigos deberán ser interrogados personalmente. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que los contuvieren. Los peritos deberán exponer

brevemente el contenido y las conclusiones de su informe y, a continuación, se autorizará que sean interrogados por las partes. Finalmente, los miembros del tribunal podrán formular preguntas aclaratorias al perito.

Como también señalábamos en el capítulo anterior, los peritos son sometidos al interrogatorio cruzado de los intervinientes y las preguntas aclaratorias del tribunal, donde será examinada la confiabilidad y la calidad de su dictamen.

Protocolos nacionales e internacionales para peritajes más complejos y habituales en materia penal

Peritajes médico legales

Antes de analizar brevemente algunas de las pericias más comunes en el proceso penal es necesario señalar que existe una normativa, no muy conocida, pero sí muy relevante respecto de las pericias médico legales que es la Resolución Exenta 8-083 del Servicio Médico Legal (SML). Este servicio es el principal órgano auxiliar en materia de peritajes con que cuenta el Ministerio Público, no obstante que dentro del sistema probatorio que establece el código también es posible que el ente persecutor encargue peritajes particulares. El organismo público encargado de realizar peritajes forenses, por excelencia, es el SML.

Introducción y marco normativo

La norma técnica citada contiene una serie de definiciones sobre el tema que nos ocupa y que son importantes a la hora de valorar el cumplimiento de objetivos y metodologías de la pericia médico legal y define al Servicio Médico Legal como:

Un servicio público dependiente del Ministerio de Justicia, regido por la Ley 20.065, sobre Modernización, Orgánica y de Planta de su Personal. El objeto del Servicio Médico Legal —señala la ley— es asesorar técnica y científicamente a los Tribunales de Justicia y órganos de investigación, en materias relativas a medicina legal y ciencias forenses. Además, le corresponde a este servicio la tuición y supervigilancia técnica y directiva en la prestación de servicios relativos a dichas materias, poniendo énfasis en su calidad, eficiencia y oportunidad.

El SML realiza peritajes médico legales, en materias clínicas, tanatológicas, de salud mental y de laboratorios, y evacua los informes periciales

del caso. El departamento de salud mental tiene como función realizar las pericias siquiátricas, psicológicas y sociales, tanto a menores de edad como a adultos.

De acuerdo con lo expuesto, la normativa técnica médico legal es aquella norma dictada por el órgano competente, en este caso, el Servicio Médico Legal, en la cual se establecen definiciones y requisitos básicos para la realización de una pericia, así como los procedimientos específicos que deben respetarse en su realización, de modo que su ámbito de aplicación sea a nivel nacional. La presente Guía Normativa se constituye como una orientación a seguir en materia de peritajes de salud mental forense, para personas que laboren en dependencias del Servicio Médico Legal, así como también para los demás psiquiatras, psicólogos y asistentes y trabajadores sociales de los ámbitos público y privado que realicen este tipo de peritaje forense.²

La importancia de esta normativa técnica sobre peritajes médico legales radica en que constituye una orientación para todos los intervinientes en los distintos procedimientos reformados respecto del cumplimiento de estándares mínimos de la función pericial, validada además por el organismo técnico por excelencia, por lo que se hace necesario conocerla para determinar la admisibilidad o valoración de la prueba pericial en el proceso penal.

En cuanto a las definiciones del SML en la normativa técnica citada se contienen los siguientes conceptos referidos a la actividad pericial:

- Medicina forense: Es aquella especialidad de la medicina, cuya función es asesorar a los órganos jurisdiccionales y de investigación, aplicando su ciencia y arte en materias legales.
- Perito: Persona que tiene conocimiento especial en una ciencia o arte u oficio y asesora sobre ciertos puntos litigiosos o que son objeto de una investigación.
- Peritado: Aquella persona que se somete o ha sido sometida a un peritaje.
- Peritaje: Proceso de examen, análisis y evaluación, efectuado por un perito de la ciencia, arte u oficio o requerido, que culmina con un documento escrito que contiene los resultados de ese proceso, como parte de una solicitud de los órganos jurisdiccionales o de investigación.

² Artículo 1, Resolución Exenta 8-083 del Servicio Médico Legal (SML).

- Siquiatría forense: Es la subespecialidad de la siquiatria en la cual la experiencia clínica y científica se aplica a contextos legales que incluyen materias penales, civiles, laborales, correccionales, regulatorias y legislativas.
- Psicología forense: Corresponde a una especialidad de la psicología en la cual la experiencia clínica y científica se aplica a contextos legales que incluyen materias penales, civiles, laborales, correccionales, regulatorias y legislativas.
- Perito asistente/trabajador social: Todo asistente o trabajador social que en cumplimiento de instrucciones provenientes de un perito del equipo de salud mental del SML o de un órgano de la administración de justicia o investigación, emite una opinión especializada en el área de su campo profesional.
- Peritaje salud mental: Proceso evaluativo que realiza un profesional del área de salud mental, a solicitud de una institución competente del sistema de justicia, para fines de aclarar alguna materia o hecho que dicha autoridad estima relevante.
- Peritaje siquiátrico: Proceso evaluativo que realiza un psiquiatra a solicitud de una institución competente del sistema de justicia, para fines de aclarar alguna materia o hecho que dicha autoridad estima relevante.
- Peritaje psicológico: Proceso evaluativo que realiza un psicólogo, a solicitud de una institución competente del sistema de justicia, cuyo objetivo es evaluar estados emocionales, relaciones vinculares, capacidades cognitivas y estructura de personalidad, para fines de aclarar alguna materia o hecho que dicha autoridad estima relevante.
- Peritaje social: Proceso evaluativo que realiza un asistente o trabajador social a solicitud de otro perito del equipo de salud mental del SML o de una institución competente del sistema de justicia, para fines de aclarar alguna materia o hecho que dicho solicitante estime relevante.³
- En relación con los peritajes más habituales efectuados en el Servicio Médico Legal podemos reseñar los siguientes:

³ Artículo 1 Resolución Exenta 8-083 del Servicio Médico Legal (SML).

Alcoholemia

El informe de alcoholemia está reglado en la Ley 20.580 de 9 de marzo de 2012 y la Resolución Exenta 856 del SML que actualiza y aprueba instrucciones y normativas sobre áreas técnicas que indica.

La ley establece que una persona maneja bajo la influencia del alcohol con un nivel superior a 0,30 gramos de alcohol por litro de sangre (0,5 g/l, anteriormente), mientras que lo hace en estado de ebriedad cuando presenta 0,8 g/l o más (1 g/l, anteriormente).

Las indicaciones para la toma de alcoholemia médico legal son:

- Participantes en riñas o agresiones
- Intentos suicidas
- Accidentes de tránsito (conductor o peatón)
- Accidentes laborales
- Violencia intrafamiliar
- Delitos sexuales

Si el médico toma un examen de alcoholemia en contexto clínico sin indicación de órgano policial o judicial, entonces carece de validez médico legal.

Normativa técnica para la realización de exámenes de alcoholemia

El procedimiento para someter a una persona a un examen científico para determinar la dosificación de alcohol en la sangre o en el organismo constará de las siguientes etapas detalladas en la norma técnica respectiva:

- **Habilitación del centro asistencial:** Es importante señalar que la extracción de la muestra se realizará en cualquier establecimiento de salud habilitado por el Servicio Médico Legal.
- Para que un establecimiento de salud cuente con la habilitación del Servicio Médico Legal requerirá previamente que sus locales o recintos destinados a la obtención de muestras sanguíneas para alcoholemias cuenten con la autorización sanitaria expresa como salas de procedimiento menor.
- **Extracción de la muestra de sangre:** La extracción será ejecutada en establecimientos habilitados para la toma de muestra, a solicitud de funcionarios de Carabineros de Chile o de la Policía de

Investigaciones, o de particulares, en caso de exámenes de alcoholemia voluntarios.

- La extracción debe ser efectuada por un médico cirujano, quien será responsable de comprobar la identidad de la persona con su respectiva cédula de identidad en presencia del funcionario policial. El profesional médico, por motivos fundados, ante la imposibilidad material de cumplir con lo anteriormente señalado, podrá delegar el acto mismo de la extracción, en personal calificado de su dependencia, manteniendo su responsabilidad en cuanto a fiscalizar adecuadamente el cumplimiento de las normas técnicas que se imparten según procedimiento.

La apreciación clínica del estado de ebriedad, expresado mediante la siguiente escala de grados de ebriedad, con sus correspondientes códigos:

- Sobrio o sin signos de ingesta alcohólica: Código 0
- Con signos de ingesta alcohólica o con hálito alcohólico: Código 1
- Ebriedad manifiesta: Grado 2
- Estado de coma: Grado 3

Es necesario señalar que la Resolución Exenta 856 del SML señala específicamente cuáles son los establecimientos o móviles habilitados que pueden extraer la muestra sanguínea. El tema es relevante porque en algunas oportunidades se ha detectado que, en el contexto de planes de prevención de consumo de alcohol y otras drogas, móviles del Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (Senda) toman las muestras, y se desconoce si tienen o no la habilitación o si cumplen con los protocolos y exigencias que impone la normativa técnica del SML.

En esos casos, a nuestro entender, sin la habilitación respectiva del SML para el establecimiento o móvil donde se practica la extracción de la muestra, esta evidencia habría sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales. Esto puede plantear el problema de determinar si se puede establecer por otros medios de prueba (testigos o alcohol test, que como sabemos es prueba orientativa pero no de certeza) la conducta punible y, en caso afirmativo, cómo se valora la prueba para encuadrar la conducta en el tipo penal de manejo bajo la influencia del alcohol o de manejo en estado de ebriedad.

Peritajes de credibilidad de relato

El informe pericial psicológico está definido en la norma técnica como el documento médico legal escrito que contiene los resultados de un peritaje realizado por psicólogo o psicóloga. En materia penal, el informe pericial psicológico es un instrumento que tiene mucha aplicación práctica y, generalmente, se refiere a los siguientes puntos médico legales:

- Estructura de personalidad y posibles patologías mentales.
- Trastorno de personalidad por adicción a drogas (prueba de la condición de consumidor de drogas de la persona periciada).
- Control de impulsos violentos.
- Credibilidad de relato de víctimas de delitos sexuales.

Los elementos más relevantes del peritaje psicológico de acuerdo con la norma técnica citada son:

- Los diagnósticos deben explicarse en términos descriptivos y las afirmaciones deben ser justificadas de manera rigurosa y científica.
- Los contenidos del informe deben ser consistentes con los resultados.
- La psicología forense, como especialidad, tiene algunos alcances y limitaciones importantes de consignar. Al momento de emitir informes periciales psicológicos forenses, se debe tener en cuenta que el propósito de la pericia es aclarar a las instancias legales que lo requirieran, a través de una opinión profesional, la cual debe estar enmarcada dentro de la praxis de la disciplina. El informe psicológico forense no debe ser utilizado con otro objetivo ni fuera del contexto pericial forense. No es posible responder a preguntas legales que estén fuera del ámbito de acción de la psicología y de las técnicas utilizadas en la realización de la pericia.

Estructura específica del informe psicológico

Queremos relevar dos aspectos fundamentales de todo informe pericial psicológico:

- El análisis de los resultados. Considerando la metodología utilizada y la recopilación de la información de la entrevista, el perito psicólogo debe proceder a la integración de los resultados. Se deben considerar las pruebas psicológicas aplicadas, la lectura de los an-

tecedentes, las entrevistas psicológicas forenses y la lectura de otros informes (siquiátricos o sociales complementarios).

- Las conclusiones del informe pericial psicológico deben ser descritas en un lenguaje sencillo, para evitar de esta manera los tecnicismos. La conclusión se debe corresponder con la pregunta médico legal que origina la demanda. Las conclusiones pueden expresarse en los términos que el perito considere más ilustrativo, según criterios científicos actualizados (por ejemplo, CIE-10 o DSM-IV-TR). El perito psicólogo puede sugerir acciones como parte de las conclusiones de la pericia, pero nunca proponer una decisión legal.

Peritajes de credibilidad de relato

Los peritajes de credibilidad de relato son pericias psicológicas forenses diseñadas para evaluar el testimonio de víctimas de delitos sexuales que se aplica a niños, niñas y adolescentes para establecer el grado de credibilidad, basado en la coherencia y consistencia del relato y con criterios científicamente aceptados.

El más conocido es el análisis de contenido basado en criterios (CBCA, por su sigla en inglés Criteria Based Content Analysis) que se basa en los siguientes criterios (modificado de Steller y Köhnken, 1989):

- Estructura lógica.
- Elaboración desestructurada.
- Cantidad de detalles.
- Contenidos específicos.
- Engranaje contextual.
- Descripción de interacciones.
- Reproducción de la conversación.
- Complicaciones inesperadas durante el incidente.
- Peculiaridades del contenido.
- Detalles inusuales.
- Detalles superfluos.
- Incomprensión de detalles relatados con precisión.
- Asociaciones externas relacionadas.
- Alusiones al estado mental subjetivo.
- Atribución del estado mental del autor del delito.

- Contenidos referentes a la motivación.
- Correcciones espontáneas.
- Admitir fallos de memoria.
- Plantear dudas sobre el testimonio.
- Autodesaprobación.
- Perdón del autor del delito.
- Elementos específicos de la ofensa.
- Detalles específicos de la ofensa

Ley de Entrevista Videgrabada

Este peritaje de credibilidad del relato, de gran uso en la investigación penal de denuncias de delitos sexuales cometidos contra niñas, niños y adolescentes y objeto de muchas críticas, tanto desde el punto de vista dogmático relativo a la necesidad de esta pericia y empírico en orden a su falta de confiabilidad, debería ser cada vez menos frecuente una vez que se implemente la Ley de Entrevista Videgrabada. La entrevista videgrabada, en términos prácticos, se configurará como el primer elemento probatorio, consistente en la información que entrega la víctima sobre el hecho denunciado y permitirá orientar la investigación, sin necesidad de tener a la vista el informe psicológico de credibilidad, que demora la investigación atendida la demora de los organismos encargados en realizarlos y a que, muchas veces, la participación de las víctimas en dichas evaluaciones dependía de los adultos responsables.

El artículo 5 de la ley señala que el objeto de la entrevista investigativa videgrabada será disponer de antecedentes que orienten el desarrollo de la investigación penal, mediante la información que el niño, niña o adolescente entregue de los hechos denunciados y de sus partícipes, cualquiera sea la forma en que se exprese. Por esta vía, se procurará evitar la exposición reiterada e injustificada del niño, niña o adolescente a instancias que busquen establecer la ocurrencia de los hechos materia de la investigación y de la participación criminal. Esta entrevista deberá ser videgrabada, según lo dispone el artículo 22.

Por su parte, el artículo 23 establece la reserva del contenido de la entrevista investigativa videgrabada y de la declaración judicial señalando en su inciso segundo que:

Los intervinientes, las policías y los peritos podrán obtener copia del registro de la entrevista investigativa videograbada, debiendo el fiscal entregarla, siempre que se hubiere distorsionado suficientemente aquellos elementos de la videograbación que permitan identificar al niño, niña o adolescente, sin que ello afecte su comprensión. Asimismo, las personas precedentemente indicadas podrán acceder al contenido íntegro y fidedigno de la entrevista investigativa videograbada, sin las distorsiones mencionadas, solo mediante su exhibición en dependencias del Ministerio Público, debiendo siempre velar por el respeto de los derechos de los demás intervinientes.

Respecto de la posibilidad de realizar peritajes psicológicos de evaluación de relato se contempla como de carácter excepcional y el fiscal de la causa deberá justificar su decisión, según las instrucciones generales que dicte el fiscal nacional del Ministerio Público.⁴

Por último, hay que señalar que la prohibición de referirse al contenido de la entrevista investigativa que hubiere prestado el niño, niña o adolescente aplicable a los testigos citados a declarar al juicio oral no es aplicable a los peritos (artículo 12).

La pericia psicológica como conocimiento científicamente afianzado

Los peritajes de credibilidad de relato se efectúan en la mayoría de los casos en que se investigan delitos constitutivos de abuso sexual infantil y delitos sexuales en que las víctimas son niños o adolescentes existiendo un Protocolo Internacional de Análisis de la Validez de las Declaracio-

4 «Artículo 11. Otras diligencias investigativas. Las demás diligencias investigativas que supongan una interacción presencial con el niño, niña o adolescente serán realizadas excepcionalmente, y solo cuando sean absolutamente necesarias. Se deberá dejar constancia en la carpeta investigativa de las razones y los fundamentos que se tuvieron en consideración para decretar estas diligencias.

Para los efectos de la elaboración de todo informe pericial médico legal, los profesionales a cargo de dichas diligencias deberán limitarse exclusivamente a practicar una anamnesis, los reconocimientos, pruebas biológicas y exámenes médicos que correspondan, y no podrán en caso alguno formular al niño, niña o adolescente preguntas relativas a la participación criminal, al relato de la agresión sufrida o, en general, que busquen establecer la ocurrencia de los hechos materia de la investigación.

En el caso que el fiscal ordene o autorice la realización de una pericia psicológica, deberá justificar su decisión según las instrucciones generales que dicte el fiscal nacional del Ministerio Público».

nes, conocido por sus siglas en inglés como SVA, y un Protocolo Nacional Metodología CAVAS-INSCRIM.

Estos peritajes son realizados por organismos, como el Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales (CAVAS) de la Policía de Investigaciones o los Programas de Diagnóstico Ambulatorio (DAM), para el Ministerio Público, quien los utiliza generalmente en los inicios de las investigaciones criminales de estos delitos como un elemento definitorio para el curso procesal de la investigación.

Es así como el resultado de dicho análisis tendrá para el acusador un valor de evidencia, que no estará tan lejos de ser ofrecido como «prueba pericial», en caso de llevarse la decisión de culpabilidad o inocencia a un juicio oral, donde su incorporación deberá ser valorada por el tribunal que conocerá el fondo del asunto.

Lo anterior no reviste *a priori*, un problema especial para la defensa, pues debería ella poder tener el mismo «acceso a la información original» a efectos de poder cumplirse con la garantía de generar prueba de descargo en las mismas condiciones a la del Ministerio Público. Pero en los casos de menores de edad, la tendencia es que para evitar la revictimización o victimización secundaria (aun cuando no haya certeza acerca de la existencia de una victimización primaria), en general se obstaculice, se restrinja o derechamente se impida el ejercicio de este derecho, por el interés superior del niño; quedando a salvo, otras vías como la realización de metaperitajes (Hoyl Moreno, 2018).

En un comienzo de la implementación de la reforma procesal penal, algunos juzgados de garantía acogieron la solicitud de la defensa de conformidad a la norma del artículo 320 del Código Procesal Penal, en orden a periciar a la posible víctima y esas resoluciones fueron confirmadas por fallos de algunas cortes de apelaciones y la Corte Suprema, por la vía del recurso de protección.⁵

⁵ Las Cortes de Antofagasta y de Talca, en resoluciones de 2004 y 2005, roles 765-04 y 1098.05 y considerandos séptimo y noveno, respectivamente, han establecido que estas pericias requeridas por la defensa, después de haberse practicado otras antes por el Ministerio Público, no atentan contra la integridad síquica de la víctima o una revictimización, dado que en el trámite del peritaje debe velarse por el interés de la víctima y tomarse los resguardos necesarios para evitar una nueva victimización, como realizar la pericia en la casa de la víctima. La Corte Suprema, en su sentencia de 26 de junio de 2008, confirmó la de primera instancia pronunciada en protección por la Corte de Valdivia, que señaló que: «Sexto [...] no puede estimarse un acto con

No obstante, con el tiempo se ha impuesto el criterio en contrario, sostenido en el Oficio 160/2009 de la Fiscalía Nacional (Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos sexuales) que argumenta en contra de la pericia de la víctima en razón de que es «un sujeto procesal que goza de prerrogativas que no pueden ser soslayadas, razón por la cual no debe ser tratada como un objeto para la realización de pruebas periciales».⁶ Con la entrada en vigor de la Ley de Entrevista Videograbada, atendida la excepcionalidad de la pericia psicológica en estos casos, tanto que incluso la limita para el mismo Ministerio Públi-

naturaleza de desaguisado judicial la resolución que interpretando el artículo 320 del Código Procesal Penal, en cuanto se refiere a la posibilidad del juez de garantía de dar instrucciones para el trabajo de los peritos, para cualquier otro fin pertinente, lo hace aplicable a un examen psicológico de credibilidad en un delito de abuso sexual cuya misma naturaleza produce que en ocasiones la única prueba disponible sea la relación de hechos efectuado por la víctima. Octavo [...] que si bien es cierto que resulta bastante probable que un nuevo interrogatorio cause alguna molestia a la menor [...] resulta por otro lado completamente cierto que, de no hacerse, los derechos fundamentales del imputado al debido proceso y a la adecuada defensa jurídica, así como la mantención de la presunción de inocencia y la vigencia del principio de objetividad de la persecución penal se verían seriamente conculcados. Se trata, entonces, y puesto que hay más de un derecho constitucional involucrado, de decidir cual sea la afectación menos grave. En este sentido, y atendidos los resguardos dispuestos por la señora jueza de garantía, no cabe duda que resulta más grave lo segundo que lo primero. Así lo ha dicho por lo demás la Excma. Corte Suprema [...] [que] someter a los menores a un examen psicológico de veracidad no puede considerarse como un acto que los menoscabe; la circunstancia de haber sido evaluados con anterioridad, reiteradamente, por el ente persecutor y por organismos de apoyo, no es causal para impedir, per se, que la defensa del imputado pueda requerir un peritaje con idéntico propósito, pues lo contrario importaría romper el principio de objetividad que constituye uno de los fundamentos del debido proceso» (Excma. Corte Suprema, rol 3088-2008). En el mismo sentido la Excma. Corte Suprema, por resolución de 29 de enero de 2009, rechazó un recurso de protección contra la resolución del juez de garantía de Santiago, que a petición de la defensa del imputado «dispuso un nuevo peritaje psicológico a la víctima, menor de edad, adoptando una serie de medidas en torno a la realización de la diligencia, a saber, la pericia deberá efectuarse en dependencias del Ministerio Público con la presencia del fiscal de la causa, acompañado de una persona de la Unidad de Atención de Víctimas y Testigos del Ministerio Público, sin que puedan participar en dicha diligencia la abogada defensora ni los padres del menor, debiendo el fiscal advertir al menor antes de la realización de la pericia que en todo momento puede guardar silencio o manifestar su interés en orden a no ser sometido a la entrevista clínica respectiva». Excma. Corte Suprema causa rol 329-2009, citada en Poblete Iturrate (2008).

⁶ Oficio 160/2009 de la Fiscalía Nacional, instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos sexuales, letra b) del número 6.

co, pareciera que es aún más improbable que la defensa pueda acceder a realizar peritajes privados a niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos sexuales, tomando en cuenta los fines de la norma (evitar doble victimización) y el principio de interés superior del niño.

El problema que plantea esta cuestión es que limita el derecho de la defensa de producir prueba de descargo y contradecir la prueba de cargo, cabe preguntarse entonces:

¿Cómo es posible contradecir las conclusiones del peritaje o la metodología sin un nuevo peritaje que analice la misma información? La respuesta es doble: se le exige al litigante defensor que tenga conocimientos superiores no solo de los hechos (a lo que está éticamente obligado para ejercer una adecuada defensa técnica) sino también de psicología forense. Es así como también se introduce una nueva modalidad de peritajes, denominados «metaperitajes», cuyo objeto es determinar la fiabilidad o no fiabilidad de las conclusiones a las que arriba el peritaje original según si aplica tal o cual metodología y si la aplica correctamente. En algunos casos, del análisis de los antecedentes es posible incluso advertir hipótesis distintas a las planteadas y que no se indagaron producto de la falta de rigor científico del perito.

Hasta ahí el problema parecería tener una solución. Pero existe otra cuestión relevante a efectos de determinar si la metodología utilizada es parte de un conocimiento científicamente afianzado.

Si bien distintas metodologías, podrían llevar a resultados diferentes aun cuando dispongan de la misma información, lo que no debería ocurrir es que, usando la misma metodología, se permitiera llegar a conclusiones diferentes, pues entonces los parámetros o indicaciones del sistema, no serían más que apariencias o quizá meras «pautas de actuación» que no serían posible de considerar como conocimientos científicamente afianzados (Hoyl Moreno, 2018).

En Chile, existen principalmente dos métodos que coexisten para producir prueba pericial de credibilidad de relato en caso de posibles víctimas de abuso sexual infantil. El método más aceptado, y en correspondencia con la comunidad científica global, es el ya mencionado Protocolo Internacional de Análisis de la Validez de las Declaraciones, conocido por sus siglas en inglés como SVA. Sin embargo, existe otro sistema sin validación internacional, pero que ha sido adoptado por una parte de la comunidad, denominado Metodología CAVAS-INSCRIM. Dicho sistema es utilizado por la Policía de Investigaciones de Chile y

no ha estado exento de críticas precisamente y dentro de otras, por su falta de confiabilidad y validación internacional. Solo a modo de ejemplo, Greter Macurán expresa que «frente a la insuficiente investigación respecto de los criterios que forman la metodología CAVAS-INSCRIM debería optarse por utilizar los criterios CBCA y la metodología SVA hasta tanto la investigación no ajuste y valide los criterios propios» (Hoyl Moreno, 2018).

La importancia de conocer estas metodologías científicamente validadas (aunque no exentas de cuestionamientos dentro de su misma disciplina) reside en que constituyen un límite de la sana crítica, entendido como *conocimiento científicamente afianzado* para la valoración que debe realizar el tribunal de todas las pruebas rendidas en el juicio, sin que ello signifique que puedan sustituir la función valorativa exclusiva que es prerrogativa y obligación del juzgador.

Respecto de este tipo de pruebas, Hoyl Moreno (2018) señala:

Partiendo de la base de que en un sistema acusatorio son las propias partes quienes deberán fortalecer o debilitar la credibilidad del perito o de su pericia, y teniendo presente que la prueba pericial es admisible no sólo para suplir conocimientos especiales que se requieran para aclarar algún hecho o circunstancia, sino también cuando simplemente fuera conveniente para esos mismos efectos, es que entonces pareciera que en ocasiones, sobre todo en caso de ciencias no exactas, más que conocimientos científicamente afianzados, los peritos aportarán máximas de la experiencia según conocimientos ya transmitidos y previamente elaborados.

Valoración de los peritajes de credibilidad de víctimas de delitos sexuales

Nuestros tribunales han sostenido diversos criterios de valoración de los peritajes de credibilidad:

[El primero] partiría de la base de que, como tal, la prueba pericial, no puede ser valorada de manera independiente al relato prestado por la víctima en el juicio, ya que lo que realmente importa es la credibilidad del testigo y de su testimonio. Si bien pueden coincidir las conclusiones de un informe pericial de este tipo con la valoración que hace el juez del análisis de la veracidad del testimonio del menor, no será el peritaje la prueba idónea para dar por establecido el hecho sino la propia declaración del testigo. El argumento «fuerte» estaría dado, en este sentido,

porque es el juez quien a través de la intermediación debe sopesar la confiabilidad de los dichos de todo testigo (su coherencia y consistencia), incluyendo a la víctima menor de edad. En este sentido, las declaraciones del perito quedarían reducidas a la valoración equivalente de lo que se conoce como un testigo «experto» (no por falta de requisitos de forma del informe) sino porque la declaración del perito en sus aspectos científicos, quedarán a la consideración del Tribunal en tanto le sirva para apoyar sus conclusiones, quedando las apreciaciones científicas en una «zona gris» que se decanta por la valoración racional tomada como sugerencias de conclusiones de un universo aceptable de posibilidades (Hoyl Moreno, 2018).

Un segundo criterio de valoración permite:

Dar plena prueba a las conclusiones del peritaje, siempre que no se contrapongan «en lo esencial» con los dichos del testigo en el juicio, ya que siendo equivalentes las percepciones del juez con las del perito, es fácil *cientifizar* dichas percepciones y otorgarle a la valoración un contenido o respaldo científico. Esta valoración sí facilitaría formalmente cumplir con los límites de la sana crítica, pero dependería excesivamente de la buena litigación que haga la contraparte a efectos de cuestionar la confiabilidad de los resultados periciales, por la incapacidad del Tribunal de realizar preguntas sobre cuestiones no formuladas o que escapan de los conocimientos del perito o testigo (dejando a salvo las facultades del Tribunal para realizar preguntas aclaratorias) (Hoyl Moreno, 2018).

Por último, el tercer criterio sostenido en el artículo del profesor Gonzalo Hoyl Moreno (2018), que hemos citado, «sería delimitar al ámbito de valoración a la quedará circunscrita la pericia, entendiendo que los resultados apuntarían a evaluar la credibilidad de un relato anterior prestado y evaluado según parámetros establecidos previamente, que apuntarían a la credibilidad o la falta del mismo».

Lo fundamental, en este punto, es acotar que el resultado de la pericia nunca arrojará la verdad del relato ni tampoco un dato infalible acerca de su veracidad, sino que entendiendo que la metodología (de preferencia el Protocolo Internacional de Análisis de la Validez de las Declaraciones o en inglés SVA) fue aplicada y explicada correctamente, no se advirtieron indicios de falta de credibilidad en dicho relato. Es decir, aquí la valoración del peritaje no está dada (*en bloque*) simplemente por valorar o no al perito y su declaración, sino que en valorar

el resultado del peritaje en tanto pasó los filtros y el cedazo del examen aplicado para efectos de detectar posibles falsedades (intencionales o producto de memorias erróneas) que indiquen que el relato del menor no fue manipulado (consciente o inconscientemente).

Entendido de esta forma:

La necesidad de evaluación de la prueba testifical surge, por un lado, de la función del sicólogo forense de aportar conocimientos científicamente afianzados, a fin de colaborar con el sistema judicial para que los magistrados valoren lo mejor posible la credibilidad de este tipo de testimonios y, por otro, de los resultados de las más recientes investigaciones científicas que indican que el mero análisis de la presencia de los denominados criterios de credibilidad no es suficiente para discriminar las declaraciones reales de las que no lo son. Estos resultados siembran serias dudas de que con ese análisis parcial se puedan realizar en sede judicial pericias completamente fiables de credibilidad, capaces de desvirtuar la presunción de inocencia por sí solas (Hoyl Moreno, 2018).

Es relevante destacar que esta metodología no abarca todos los supuestos de testimonios inválidos o no vivenciados y tiene además las limitaciones propias de la psicología.

Con todas esas prevenciones:

La valoración de la declaración del perito conforme a las reglas de la sana crítica permitirá aceptar o rechazar las conclusiones del perito en lo que dice relación con la correcta aplicación de estos conocimientos científicamente afianzados, mas no reemplazarán la declaración del testigo-víctima ni el deber de valoración de su testimonio como prueba (muchas veces única) en esta clase de delitos (Hoyl Moreno, 2018).

En la jurisprudencia de los tribunales del fondo sobre estos peritajes es recurrente la crítica metodológica sobre la falta del registro completo de las declaraciones de quienes denuncian; inclusión de determinación de daño emocional en dichas pericias (confundiendo el análisis clínico y el forense); la falta de desarrollo de hipótesis alternativas; y la utilización de pruebas poco fiables. A lo anterior, podemos agregar que no conocemos la existencia de una metodología adaptada a niños y niñas que presenten particularidades en su desarrollo cognitivo o mental, como, por ejemplo, a niños o niñas en situación de discapacidad, donde existe a nivel internacional un protocolo aprobado por la Unión Europea:

El HELPT (Holístico de Evaluación de la Prueba Testifical) (Manzanero y González, 2015). Este es un método de valoración que va más allá del análisis de la presencia de una serie de criterios (lo cual, tal como se ha venido comprobando más arriba, no cumple con los índices sicométricos necesarios de validez, tanto para la población general como, específicamente, para las víctimas con discapacidad intelectual) y que toma en cuenta las peculiaridades de aquellos colectivos más vulnerables, como en el caso que nos ocupa. Así, tomando en consideración el contexto que rodea los hechos denunciados y a la presunta víctima, la aplicación del HELPT hubiera podido ser una interesante alternativa (en lugar de la aplicación del SVA-CBCA, tal como se ha hecho) para aplicar a la menor con discapacidad intelectual, pues evalúa todos los aspectos relevantes en la obtención y valoración de un testimonio, su objetivo es obtener toda la información posible de los testigos y víctimas de un hecho delictivo, con la mínima interferencia, y valorar su credibilidad, remarcando que es especialmente indicado para personas con discapacidad intelectual. El protocolo HELPT, para la evaluación de la credibilidad de la declaración, propone: 1) analizar los factores de influencia a partir de los datos del expediente; 2) evaluar la capacidad para testificar y de los conocimientos previos, para adaptar los procedimientos a las características de la víctima y tener elementos objetivos de análisis de la información aportada por la víctima (CAPALIST v.1, Contreras, Silva y Manzanero, 2015); 3) realizar un planteamiento de hipótesis, para posteriormente diseñar el procedimiento de validación más adecuado; 4) obtener la declaración mediante procedimientos adaptados a la víctima minimizando la posibilidad de contaminación de la declaración; y 5) análisis/evaluación de la declaración (Díaz Carracedo y Mengual Ayán, 2020).

Al parecer, si no es posible obtener un relato de un niño, niña o adolescente porque no posee las capacidades testificales necesarias se determinará que se desestime la denuncia. Esta hipótesis que requiere ser comprobada empíricamente, se basa en la observación de que, en la práctica, la Fiscalía no avanzará en una investigación sin que exista un relato del hecho realizado por la víctima, si es que no cuenta con otros medios de prueba que acrediten el hecho, lo que resulta muy poco frecuente en este tipo de delito.

Peritaje de análisis químico de drogas

Respecto de los peritajes de droga, realizados en virtud de la Ley 20.000 es necesario destacar que se ha planteado la discusión acerca de los requisitos que debería cumplir el peritaje de análisis químico, en relación con la acreditación de uno de los elementos del tipo penal. En principio, se trataría de un requisito de acreditación del tipo penal (necesario para determinar la toxicidad de la sustancia) y si se considera de esa forma constituiría una excepción al sistema de libertad de prueba contemplado en el Código Procesal Penal. Lo anterior requiere una cierta precisión conceptual en el sentido de que se trata de la valoración del peritaje como insuficiente a la luz de los requisitos legales de la prueba pericial más que de una errónea aplicación del derecho, lo que es la causal por la cual se han acogido los recursos de nulidad que han motivado los fallos que a continuación se extractan.

La Corte Suprema, vía recurso de nulidad deducido por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, ha acogido dichos recursos y dictado sentencia absolutoria en aquellos casos en que el informe de drogas no contiene resultados de análisis de pureza, presupuesto necesario para establecer —a su juicio— que se trata de aquellas sustancias que causan los graves efectos tóxicos que establece la ley.

El razonamiento de la Corte Suprema ha sido:

Que, tratándose de la infracción penal en examen, su lesividad consiste en el peligro concreto que debe revestir la sustancia estupefaciente respectiva para la salud pública —objeto material de la acción— derivado de su naturaleza, peso o cantidad, contenido, composición y grado de pureza. En esta línea, esta Corte ha resuelto que si el informe regulado en el artículo 43 de la Ley 20.000 no estableció la pureza o concentración de la droga, sino únicamente la presencia del estupefaciente, resulta imposible determinar si ella tiene o no idoneidad o aptitud como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública y, por consiguiente, los hechos tenidos por comprobados no pueden ser castigados como tráfico de sustancias estupefacientes o sicotrópicas conforme al artículo 4 de la ley citada. (SCS 4215-12, de 25 de julio de 2012, 21599-2014 de 1 de septiembre de 2014, 25488-2014 de 20 de noviembre de 2014, 3421-2015 de 14 de abril y 3707-2015 de 28 de abril, ambas de 2015, entre otras). En ese sentido, la carencia de informe sobre la pureza de la sustancia dubitada y su composición redundan en la

imposibilidad de adquirir la certeza demandada por el artículo 340 del Código Procesal Penal respecto de la lesividad o dañosidad social de la conducta atribuida al enjuiciado. 5.º Que en el caso que se revisa, la sustancia total incautada correspondió a 4,5 gramos netos de un compuesto que se dice ser cocaína base. Sin embargo, al no constar el porcentaje de pureza y el de su posible adulteración con algún ingrediente de «corte», ello impedía determinar en concreto si lo aprehendido era verdaderamente dañino para la salud de todos los ciudadanos, con efectivo peligro del bien jurídico protegido por el legislador. De suerte que lo único acreditado fue que el acusado mantenía dosis de «algo» en lo que había cocaína, pero en una proporción y con un potencial de dañosidad que en el hecho se ignora y que por lo mismo debe presumirse, raciocinio que vulnera principios básicos de un sistema acusatorio como el que nos rige. En tales condiciones, y «mientras no se haya mostrado con claridad que una determinada conducta humana produce efectos socialmente dañinos, debe quedar liberada de amenaza penal» (W. Hassemmer, cit., p. 39), no cabe entender cometida la infracción que consagra el artículo 4 de la citada ley, de modo que al entender los sentenciadores que los hechos acreditados permitían establecer la concurrencia del citado tipo penal, incurrieron en un error de derecho con sustancial influencia en lo dispositivo del fallo que amerita acoger el recurso.⁷

En relación con este punto, existe una corriente disidente que han sostenido los ministros Valderrama y Dahm, quienes han estado por desestimar los recursos. Indicando que el protocolo de análisis a que alude el artículo 43 de la Ley 20.000 —y respecto del cual se valen los recurrentes para sostener que estamos ante una conducta carente de anti-juridicidad material— no altera lo que antes se ha dicho, desde que este no está destinado a cumplir el rol que los recursos pretenden y prueba de ello es que se encuentra regulado dentro del título referido a la competencia del Ministerio Público y, específicamente, dentro del párrafo sobre «medidas para asegurar el mejor resultado de la investigación».

De manera que los elementos que allí se enuncian y sobre los cuales ha de pronunciarse el Servicio de Salud —peso, cantidad, composición y grado de pureza— le permitirán tener al juez o jueza un mejor conocimiento de las características de la droga incautada, pero en ningún caso servirán para concluir que, dadas tales características, la sustancia

7 Fallo Corte Suprema, recurso de nulidad, causa rol 9651-2015.

en cuestión —cocaína en la especie— deja de ser tal. Por el contrario, el informe que indique el grado de pureza de la droga constituirá una herramienta útil para decidir si se está en presencia de un consumidor o de un traficante, criterio que tuvo en consideración el artículo 4 de la Ley 20.000 en su inciso final, al incorporarlo como un elemento de juicio más.⁸

Exámenes de ADN

En primer término, nos remitimos a lo señalado para la pericia de alcoholemia y prueba de sangre referido a los requisitos que debe cumplir la toma de la muestra para ser válida como peritaje (voluntariedad o autorización judicial y funcionarios autorizados para ello).

El análisis de ADN es sin duda uno de los peritajes científicos de mayor precisión y utilización en la determinación de la filiación e investigaciones penales (solo para mencionar sus áreas de mayor utilización) y sirve para establecer la identidad genética de huellas biológicas con un 99,9% de certeza. La precisión de este peritaje y su metodología científica difícilmente pueden ser controvertidas. Lo anterior no debería eximir al juez o jueza penal de realizar un examen crítico de dicha prueba, especialmente en lo relativo a su fiabilidad, puesto que:

Como toda prueba pericial tiene un procedimiento o metodología a seguir, por tanto, también posee un margen de error en cuanto a la fiabilidad de sus resultados debido al peligro que existe de que se contamine o adultere las muestras que son objeto de análisis. Es indispensable que exista un control de fiabilidad probatoria de la prueba de ADN, con la finalidad de que exista una mayor certeza de que los resultados obtenidos han sido producto de un debido procedimiento (Cueva Castro, 2020).

Peritaje psiquiátrico para la determinación de (in) imputabilidad y algunas atenuantes asociadas

La norma técnica define el peritaje psiquiátrico como un documento médico legal escrito, que contiene los resultados de un peritaje realizado por psiquiatra. En general, se trata de evaluaciones médico legales para determinar la concurrencia de alguna patología o circunstancia que

⁸ Fallo Corte Suprema, recurso de nulidad, causa rol 9651-2015.

pueda significar una inimputabilidad por enajenación mental o una disminución de la responsabilidad penal.

El catálogo de patologías mentales que pueden acarrear inimputabilidad penal no representa mayor problema porque la ciencia médica las ha estudiado y clasificado tanto en el CIE (Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud) como en el manual DSM V, respecto del que se puede afirmar constituyen un conocimiento científicamente afianzado.

La estructura del peritaje psiquiátrico debería contener como mínimo, de acuerdo con la norma técnica del Servicio Médico Legal:

- El estado de salud mental del examinado.
- Los diagnósticos psiquiátricos que, de haberlos, deben ceñirse a la nomenclatura de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) de la Organización Mundial de la Salud, décima y última versión. También se acepta utilizar el Manual Estadístico y Diagnóstico de Desórdenes Mentales, última versión en uso.
- La existencia o no de relación entre el estado mental del examinado y los hechos en los cuales está involucrado, dando respuesta a la(s) pregunta(s) médico legal(es).
- Esto es muy importante ya que no toda patología o trastorno de salud mental constituye causal de inimputabilidad o disminución de responsabilidad penal, esto tiene que relacionarse con los hechos imputados y responder si la condición mental de la persona peritada puede entenderse jurídicamente o no como enajenación mental, locura, demencia, discapacidad o daño, ligándolo al campo legal que se trate (penal, civil, de familia y otros).
- En caso de enajenación mental (Código Procesal Penal, artículos 455-457), indicar si la enfermedad mental es curable o no, el tipo y la modalidad de tratamiento que corresponda (ambulatorio u hospitalización) y el pronóstico clínico. Además, el grado de peligrosidad clínica del examinado para sí o terceros y la pertinencia de aplicación de medidas de seguridad, señalando las medidas terapéuticas específicas de contención necesarias para proteger la integridad del paciente y de terceros.
- La evaluación del testimonio se realizará solo en personas mayores de tres años y menores de dieciocho.

- Este punto también es muy importante porque es la misma ciencia la que reconoce una limitación y, muchas veces, si bien los testigos-víctimas experimentaron los hechos siendo niñas, niños o adolescentes, pero el peritaje de testimonio se realiza cuando son adultos, la norma técnica establece claramente que para estos casos no existe una metodología válida, lo que no significa necesariamente que el testimonio no lo sea, pero tendrá que ser valorado directamente por los jueces y las juezas de conformidad al sistema de libre convicción.

La estructura detallada del informe siquiátrico se encuentra en la norma técnica del Servicio Médico Legal y, sin lugar a duda, el examen mental es uno de los aspectos más importantes.

En materia penal, una vez declarado inimputable, el sujeto debe ser enjuiciado de acuerdo con la normativa prevista para la aplicación de medidas de seguridad del artículo 458 y siguientes del Código Procesal Penal.

Informes sociales en debate de determinación de penas

Definido en la norma técnica como el documento médico legal escrito que contiene los resultados de un peritaje realizado por una persona asistente o trabajadora social. En lo referido a los objetivos, generalmente se utilizan estos informes para acreditar arraigo social y familiar, en las discusiones sobre medidas cautelares y, especialmente, sobre la aplicación de penas sustitutivas a la pena privativa de libertad y penas pecuniarias.

El artículo 343 del Código Procesal Penal dispone que, en el caso de condena, el tribunal deberá resolver sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la misma oportunidad prevista en el inciso primero. No obstante, tratándose de circunstancias ajenas al hecho punible, y los demás factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena, el tribunal abrirá debate sobre tales circunstancias y factores, inmediatamente después de pronunciada la decisión a que se refiere el inciso primero y en la misma audiencia. Para estos efectos, el tribunal recibirá los antecedentes que hagan valer los intervinientes para fundamentar sus peticiones, y dejará su resolución para la audiencia de lectura de sentencia.

Si bien, el código habla de antecedentes, se trata de informes periciales que se incorporan sin las formalidades previstas para la prueba pericial pero que deberían ser valorados de conformidad a las normas técnicas generalmente aceptadas.

Informes para las postulaciones ante la Comisión de Libertad Condicional

Los artículos 2 y 3 del Decreto Ley 321 establecen que toda persona condenada a una pena superior a un año puede postular a la libertad condicional siempre que reúna tres requisitos: tiempo mínimo, conducta intachable e informe sicosocial elaborado por Gendarmería de Chile. Las normas relativas al contenido de estos informes, según dispone el artículo 11 del del Decreto Ley 321, se desarrollan en el Reglamento 338 que señala en su artículo 12:

Se adjuntará [...] un informe de postulación psicosocial de la persona postulante elaborado por un equipo profesional del área técnica de Gendarmería de Chile, o de los destinados al servicio de reinserción social, en el caso de la administración concesionada. El informe psicosocial orientará sobre los factores de riesgo de reincidencia delictual y que permita conocer sus posibilidades de reinsertarse adecuadamente en la sociedad.

El análisis de los factores de riesgo de reincidencia delictual evaluados deberá hacer especial referencia a aquellos antecedentes sociales y características de personalidad asociados a la conducta delictiva, dando cuenta además de la conciencia de la gravedad del delito y del mal que este causa e informar de su rechazo explícito a tales delitos.

Por su parte, el artículo 14 del reglamento antes citado establece los requisitos técnicos del informe de postulación sicosocial en los siguientes términos:

Con la finalidad de orientar sobre los factores que inciden en el proceso de reinserción social, el informe de postulación sicosocial al que se refiere el artículo 12 deberá contener a lo menos la siguiente información:

Una descripción de la metodología empleada para elaborar el informe que haga referencia a las técnicas utilizadas para recabar la información, especialmente, las entrevistas realizadas, los documentos consultados, los instrumentos aplicados y sus resultados.

Una descripción de la persona postulante, que haga referencia a sus antecedentes individuales, laborales y familiares, al delito cometido, a su riesgo de reincidencia, necesidades de intervención, recursos y fortalezas.

Una descripción de las actividades de reinserción social realizadas por la persona postulante durante el cumplimiento de su condena, que incluya los objetivos perseguidos y los logros alcanzados por su participación en estas actividades.

Un análisis global del proceso de reinserción social que explique la manera en que se vinculan las necesidades de intervención, los recursos y fortalezas de la persona postulante. Este análisis deberá incluir una fundamentación técnica de las áreas visualizadas como facilitadoras del proceso de reinserción social y de las áreas que requieren un mayor desarrollo para evitar reincidencias.

Según la evaluación de las necesidades de intervención, sugerir actividades y programas que podrían apoyar el proceso de reinserción social de la persona postulante una vez que se encuentre en el medio libre.

Incorporar las expectativas que la persona postulante tiene respecto a su proceso de reinserción social en el medio libre.

Las afirmaciones contenidas en el informe de postulación psicosocial deberán apoyarse en datos que sean contrastables, evitando incluir juicios de valor u opiniones personales sin fundamento técnico.

Si bien la normativa establece criterios acerca de los requisitos básicos del informe psicosocial, en la práctica, no existe una metodología uniformemente aceptada o validada para alcanzar los objetivos del informe. Más allá de la carencia de profesionales idóneos, estos informes se realizan sobre la base de entrevistas muy breves y revisión de antecedentes, pero carecen de evaluaciones psicológicas o sociales más profundas.

La mayoría de los penales carecen de oferta de actividades de reinserción y, en definitiva, el informe psicosocial es un insumo más bien de carácter formal que no profundiza los aspectos positivos o negativos que inciden en el proceso de reinserción del penado, lo que explica también que las Comisiones de Libertad Condicional, y luego las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, deban resolver con un amplio margen de discrecionalidad y con insumos poco confiables la concesión o negativa a un penado del beneficio de la libertad condicional, que cumple todos los demás requisitos establecidos en la ley.

Análisis en particular de la regulación algunos de los peritajes reglados en el Código Procesal Penal

Como podremos apreciar, más que peritajes, el Código Procesal Penal regla ciertos procedimientos de obtención de evidencia que servirán de base a peritajes en casos de común ocurrencia, establece obligaciones a personas e instituciones del área de salud y confiere al Servicio Médico Legal la función primordial de realizar ciertas pericias y el rol de acreditador de otras instituciones que podrían eventualmente realizar estas pruebas.

Exámenes corporales

En lo relativo a las lesiones corporales el artículo 200 del Código Procesal Penal obliga

a toda persona a cuyo cargo se encontrare un hospital u otro establecimiento de salud semejante, fuere público o privado, dar en el acto cuenta al fiscal de la entrada de cualquier individuo que tuviere lesiones corporales de significación, indicando brevemente el estado del paciente y la exposición que hicieren la o las personas que lo hubieren conducido acerca del origen de dichas lesiones y del lugar y estado en que se le hubiere encontrado.⁹

Exámenes sexológicos

El Código Procesal Penal detalla en los artículos 198 y siguientes ciertos procedimientos encaminados a obtener las muestras o evidencias para la realización de ciertos peritajes y exámenes:

En el caso de los delitos previstos en los artículos 361 a 367 y en el artículo 375 del Código Penal (delitos de carácter sexual), los hospitales, clínicas y establecimientos de salud semejantes, sean públicos o privados, deben practicar los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas conducentes a acreditar el hecho punible y a identificar a los partícipes en su comisión, debiendo conservar los antecedentes y muestras correspondientes.¹⁰

9 Artículo 200 del Código Procesal Penal.

10 Artículo 198 del Código Procesal Penal.

En lo que corresponde a pruebas de ADN esta reglamentación señala, en el artículo 199 *bis* del Código Procesal Penal, que los exámenes y pruebas biológicas destinados a la determinación de huellas genéticas solo podrán ser efectuados por profesionales y técnicos que se desempeñen en el Servicio Médico Legal, o en aquellas instituciones públicas o privadas que se encontraren acreditadas para tal efecto ante dicho servicio.

Las instituciones acreditadas constarán en una nómina que, en conformidad a lo dispuesto en el reglamento, publicará el Servicio Médico Legal en el Diario Oficial.

Autopsia

La autopsia médico legal o forense «se realiza en el SML o donde el fiscal ordene, sirve para identificar a quien falleció y establecer la causa de muerte (e incluso puede servir para determinar la forma médico legal de muerte). No se requiere consentimiento de los deudos, la solicita un tribunal y el flujo de información es de médico a tribunal».¹¹

En cuanto a sus objetivos, estos son, entre otros:

- Ayudar a establecer la identidad de la persona fallecida.
- Establecer la causa de muerte.
- Establecer la forma médico legal.
- Establecer la data aproximada de muerte.

Casos obligatorios de autopsia médico legal:

- Todas las muertes violentas: homicidios, suicidios, accidentes.
- Muertes súbitas.
- Muerte natural sin tratamiento médico reciente.
- Muerte natural con tratamiento, pero ocurrida en circunstancias sospechosas.
- Producto de abortos sospechosos.
- Muertes de madres por abortos sospechosos de ser provocados.

¹¹ «Aspectos legales relacionados con el ejercicio profesional», Síntesis, Biblioteca digital para estudiantes y profesionales de la salud. Disponible en <https://bit.ly/3B-DuQYc>.

En definitiva, será el Ministerio Público quien deberá evaluar si hay sospechas e intervención de terceros en la muerte.

La forma médico legal de muerte es:

- Suicida
- Homicida
- Accidental
- Natural

Exámenes de ADN y alcoholemia como excepciones del deber de comparecencia

El inciso final del artículo 315 del Código Procesal Penal establece en una redacción un tanto confusa que:

No obstante, de manera excepcional, las pericias consistentes en análisis de alcoholemia, de ADN y aquellas que recayeren sobre sustancias estupefacientes o sicotrópicas, podrán ser incorporadas al juicio oral mediante la sola presentación del informe respectivo. Sin embargo, si alguna de las partes lo solicitare fundadamente, la comparecencia del perito no podrá ser substituida por la presentación del informe.

La explicación de la norma viene respaldada por la idea de que estas pericias al tener un grado de exactitud y precisión propia de las ciencias exactas difícilmente pueden ser controvertidas en su metodología, por lo que se exige al litigante fundamentación para exigir la comparecencia personal del perito; también existe una razón de economía de recursos para los organismos técnicos encargados.

Capítulo 4

Aspectos problemáticos en la regulación de la prueba pericial en los procesos de familia y laboral

—Gonzalo Aguilera Chaparro

Procedimientos ante la judicatura de familia

La reforma al sistema procesal en el ámbito del derecho familiar es la segunda innovación de profundo calado en el derrotero desde los procedimientos escritos hacia la oralidad, intermediación y concentración.¹ Tras algunos años de vigencia de la reforma procesal penal es efectivo que la Ley 19.968 tuvo a la vista el nuevo Código Procesal Penal, sea replicando normas de idéntica redacción,² sea estableciendo procedimientos judiciales de similar estructura³ o derechamente con ciertos reenvíos legales episódicos.⁴

Ya en el ámbito de la prueba pericial —con las diferencias propias de ambos ámbitos jurídicos, principalmente en el activismo judicial regulado en la ley en el ámbito familiar— es del caso que en la reforma procesal en derecho familiar se recoge buena parte de la regulación del Código Procesal Penal para este medio probatorio en particular. Existe coincidencia general, por ende, en lo que hemos denominado aspectos

1 La Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, se publica el 30 de agosto del 2004.

2 Solo a modo de ejemplo, el artículo 63 *bis* de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, si bien fue introducido por la reforma de la Ley 20.286, es idéntico al artículo 336 del Código Procesal Penal.

3 En ambos ámbitos los procedimientos ordinarios tienen una estructura de doble audiencia: una preliminar para preparar el juicio y la segunda derechamente de juicio oral.

4 Los reenvíos que existen son: i) el inciso final del artículo 62 de la Ley 19.968 que reenvía al artículo 336 del Código Procesal Penal (aunque luego se introduce el actual artículo 63 *bis* en la primera ley, sin derogar el reenvío) y ii) el inciso final del artículo 45 de la Ley 19.968 que hace aplicable el artículo 315 del Código Procesal Penal.

comunes a los procedimientos reformados: comparecencia de la persona experta, informe previo, interrogatorio cruzado en el juicio oral y requisitos específicos de admisibilidad. Con todo, se replica además la institución del *perito de confianza* de las partes, lo que luego se abandona con la posterior reforma procesal laboral.

En lo atinente a la admisibilidad de medios de confirmación procesal, el modelo previsto en la Ley 19.968 establece cuatro grandes causas genéricas de exclusión o inadmisibilidad legal de prueba: manifiesta impertinencia; prueba que tenga por objeto acreditar hechos públicos y notorios; sobreabundancia; y que haya sido obtenida con infracción de garantías fundamentales.⁵ Sin embargo, se agregan las normas específicas de admisibilidad y procedencia de la prueba pericial, en un articulado legal expreso similar al previsto Código Procesal Penal⁶ y se añaden como requisitos especiales de admisibilidad de la prueba pericial: la necesidad del conocimiento experto; la idoneidad del perito; y la confiabilidad del peritaje.

Se verán, a continuación, algunas particularidades del estatuto legal de la prueba pericial en el procedimiento de familia.

Algunas particularidades en la elección de la persona experta

Pese a la normativa, ha existido cierta posición crítica sobre el nombramiento de los peritos en los procedimientos de familia, más aún por la trascendencia de las materias de su competencia, que se centra principalmente en la idoneidad, y acusa falta de preparación e inconsistencia de los antecedentes académicos de algunos peritos habituales en el foro.⁷ Lo antedicho pone de relieve la importancia del sistema de designación del experto en esta materia.

Como ya expusimos, uno de los requisitos especiales de admisibilidad de la prueba pericial es la acreditación de la idoneidad del perito, la que se constituye por la necesidad de acreditar que quien se presente como experto sea tal. El citado artículo 45 de la Ley 19.968 se refiere a

5 Artículo 31.

6 Véase el capítulo 2.

7 En este sentido, mucho impacto generó una investigación periodística de CIPER: Matías Jara y Catalina Albert, «Tribunales de Familia: Las graves deficiencias del sistema de peritos», CIPER, 30 de agosto de 2016. Disponible en <https://bit.ly/3pgXIP5>.

«los antecedentes que acrediten la idoneidad profesional del perito» y la opción legislativa es un control *in itinere* dentro del proceso mismo. Mediante un control del juez o jueza se realiza el examen de admisibilidad probatoria, lo que se acerca al modelo ya instaurado en la reforma procesal penal y se aleja del sistema del Código de Procedimiento Civil, que opta por un control *ex ante* al proceso, mediante un registro estatal de expertos o lista de peritos, vía por la cual el Estado controla la calidad del profesional o persona experta, previamente.

Se reiterarán⁸ los problemas prácticos que se producen: requisitos de acreditación; oportunidad; perito de órgano público; y prueba pericial decretada de oficio por el tribunal.

Respecto de los requisitos de acreditación, se puede distinguir entre el cumplimiento formal y el cumplimiento sustantivo del requisito. El primero importa acompañar efectivamente los antecedentes de idoneidad exigidos en la norma legal citada, para lo cual —según da cuenta la práctica tribunalicia— son suficientes exhibir un *curriculum vitae* y título profesional de la persona experta. El cumplimiento sustantivo —más bien implícito— considera el testeo sustancial de la efectiva o potencial experticia del perito, al tenor de los antecedentes formales acompañados, toda vez que no tendría sentido la mera satisfacción de la idoneidad con el primer nivel (formal) si no se supera el segundo nivel (sustantivo).

Precisamente, la finalidad garantista de dicha actuación —salvo que la entendamos como una formalidad inane— es la revisión real de la prueba de idoneidad de la persona experta, de guisa que si acompañándose los documentos, la judicatura colige que la persona experta no tiene los conocimientos específicos para la pericia requerida, el nombramiento propuesto debe ser excluido. Una práctica habitual es el ofrecimiento de una persona experta que previamente está en la lista de peritos de las respectivas Cortes de Apelaciones, lo que en sí no implica superar el mínimo estándar del requisito especial de idoneidad, pues el modelo de control *in itinere* de este requisito importa un análisis concreto de las cualidades del perito en cuestión para cada caso *sub judice*.

Respecto de la oportunidad del control de idoneidad, es difusa dentro del *iter* del proceso, por lo que debemos distinguir entre el control a nivel de admisibilidad y el control a nivel de la rendición de prueba y

8 Ya se hizo una referencia general en el capítulo 2.

de la etapa de alegación. En el primer nivel, la idoneidad como requisito especial de admisibilidad se controla por vía de la exclusión de prueba, de modo que los antecedentes de idoneidad aludidos en el artículo 45 de la Ley 19.968 deben, necesariamente, acompañarse en la audiencia preparatoria de juicio, ya que es ahí donde se producen las peticiones de exclusión probatoria. En el segundo nivel, y sin perjuicio de la admisibilidad de la persona experta, la idoneidad puede ser testada mediante preguntas dirigidas en el contraexamen, tras su declaración (exposición del contenido y conclusiones de su pericia), para luego denunciar la falta de experticia en las alegaciones finales, en las observaciones a la prueba o en los alegatos de clausura.⁹

Respecto del perito de órgano público procede el cuestionamiento sobre el control de idoneidad, en general, y sobre los antecedentes de acreditación, en particular. El control de idoneidad solo operaría a nivel de la rendición de prueba y de la etapa de alegación —mediante preguntas dirigidas en los interrogatorios cruzados y en los alegatos de clausura— pero no en el primer nivel de admisibilidad, lo que tiene dos explicaciones, una de texto legal y otra de homologación *ex ante* del control de admisibilidad. En la primera explicación, el artículo 45 de la Ley 19.968 distingue la ubicación y tratamiento de los peritos de confianza (primer inciso) y los peritos de órgano público o expertos institucionales (cuarto inciso).¹⁰ Es efectivo que la exigencia de acompañar antecedentes que acrediten la idoneidad solo se ubica en el inciso referido a los peritos de

9 El artículo 64 de la Ley 19.968 permite el interrogatorio de las partes tras la exposición de su informe y, a su vez, el artículo 48 de la misma ley faculta realizar preguntas respecto de la idoneidad. A la misma conclusión se llegaría por el reenvío a las normas de los testigos, del artículo 49, en particular al artículo 40, ambas del mismo cuerpo legal. Obviamente, dichas preguntas deben realizarse en los exámenes directos y contraexámenes (además el inciso segundo del artículo 64 es claro), ya que solo luego de la exposición previa de la persona experta esas preguntas pueden ser más exitosas (no han faltado jueces que dividen los interrogatorios —sin asidero legal y anulando los fines de testeo de la calidad informativa de la prueba—: antes de la exposición del perito, las preguntas de acreditación, y después de la exposición, las demás preguntas generales).

10 «Asimismo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar la elaboración de un informe de peritos a algún órgano público u organismo acreditado ante el Servicio Nacional de Menores que reciba aportes del Estado y que desarrolle la línea de acción a que se refiere el artículo 4 número 3, 4, de la Ley 20.032, cuando lo estime indispensable para la adecuada resolución del conflicto» (inciso cuarto del artículo 45 de la Ley 19.968).

confianza de cada parte, pero no a los expertos institucionales, lo que es un fuerte argumento de texto legal. En la segunda explicación —y además del argumento *ad rubrica* recién aludido— es razonable que la exigencia de acreditación de idoneidad a nivel de admisibilidad sea más alta respecto de supuestas personas expertas que nadie conoce de manera previa al proceso y respecto de quienes la derrota de la desconfianza de su experticia reclama un mayor esfuerzo. Mientras, sobre las personas expertas institucionales, la pertenencia a organismos públicos opera como un control *ex ante*, ya que la confianza en sus conocimientos se configura por esa pertenencia, por los mecanismos de selección al efecto y por la experticia que se acumula por la estandarización y cantidad de trabajo experto que ahí se desarrolla.

Con todo, valgan tres comentarios. El hecho de relevarse normativamente de un control de idoneidad a nivel de admisibilidad, no exime la identificación de los datos del perito (al menos el nombre) en la audiencia preparatoria, ya que conocer quién será el concreto experto que declarará en el juicio permite a las partes preparar las líneas de contraexamen y no se puede—salvo dispensa de las partes— subrogarse dicha persona experta por otra, a pretexto de ser del mismo organismo público, ya que el interrogatorio de la persona experta se prepara en razón de un concreto y específico deponente. Al bajar, por las razones expuestas, el estándar de control de idoneidad, el mismo legislador, como contrapeso, aumenta el requisito especial de admisibilidad de necesidad del conocimiento experto, ya que la parte final del inciso cuarto del artículo 45 exige que se «estime indispensable para la adecuada resolución del conflicto», en contraste con el inciso segundo que se refiere a la «necesidad o conveniencia»: como se rebaja la garantía de controlar en la admisión la idoneidad, la pericia institucional será excepcional. Como el control de idoneidad de las personas expertas institucionales se reduce al contraexamen en la audiencia de juicio —y a las consecuentes alegaciones en las observaciones a la prueba— es de vital importancia la comparecencia de la persona experta a declarar al juicio, de guisa que resulta mucho más peligrosa la eximición que algunos jueces hacen del perito institucional al juicio, por el mero hecho de pertenecer a una institución pública y por su recarga laboral.

Respecto de la prueba pericial decretada de oficio por el tribunal, como el inciso primero del artículo 45 de la Ley 19.968 reduce a los peritos de confianza a la prueba solicitada por las partes solamente, es del

caso que la judicatura —al decretar prueba del tribunal— solo puede acudir a las pericias de las personas expertas institucionales del inciso cuarto del artículo 45. Como ya expusimos, no será necesario exigirle al juez que acredite la idoneidad con antecedentes al efecto en la audiencia preparatoria de juicio. Sin perjuicio de lo anterior, las partes sí podrán debatir sobre la exclusión de prueba respecto de la prueba pericial de oficio, tanto porque el artículo 31 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia no distingue entre prueba ofertada por las partes o decretada por el tribunal, y tanto porque evidentemente las reglas legales de inadmisibilidad probatoria resguardan garantías de los justiciables, de manera que el Estado, por vía del poder judicial, es el primero en respetar dichas garantías, por lo que las partes en resguardo pueden perfectamente debatir la exclusión de prueba ordenada por el tribunal.

Por último, como el control de idoneidad de las personas expertas institucionales (la judicatura solo puede acudir a ellos) se reduce al contraexamen en la audiencia de juicio, es importante su comparecencia a declarar al juicio, de guisa que —fuera de los casos legales de excepción— el juez no puede eximir la comparecencia de la persona experta al juicio oral.

Deber de comparecencia de la persona experta

Ya en la etapa de producción de la prueba pericial en la audiencia de juicio,¹¹ podemos sintetizar las siguientes vías para su incorporación: declaración del perito en el juicio o incorporación directa del informa pericial como prueba.

La vía de declaración del perito en el juicio, se produce —al tenor del actual artículo 46 de la Ley 19.968— cuando cualquiera las partes lo pide, con una solicitud expresa en la audiencia preparatoria. Antes de la reforma de la Ley 20.286 la regla era siempre la comparecencia del perito a declarar al juicio,¹² lo que importaba una mayor coherencia con

11 Para toda esta sección, véase Aguilera (2016).

12 El antiguo artículo 46 rezaba: «Sin perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar ante el juez acerca de su informe». La Ley 20.286 agregó: «a petición de parte», cambiando el diseño del sistema de rendición de dicho medio probatorio. La finalidad político-institucional de las reformas introducidas por la Ley 20.286 fue, entre otras, agilizar la tramitación de las causas, a costa de traicionar algunas reglas generales del propio diseño de la nueva judicatura de familia: la inmediación procesal fue una de las víctimas.

la regla procedimental de inmediación procesal prevenida en el artículo 9 de la Ley que crea los Tribunales de Familia, y además aseguraba un mayor estándar en el control de la calidad de la información experta que ingresaba al juicio, ya que el perito declaraba por regla bajo juramento, con la posibilidad generalizada de interrogatorio cruzado al experto declarante: el informe —como todo documento— no puede ser contraexaminado.

En la actual regulación, las partes deben pedir la declaración, sin necesidad de fundar dicha solicitud, y cualquiera de ellas —no solo quien oferta la pericia— puede ejercer dicha petición. Esto se sustenta tanto en la falta de distinción o restricción de la norma; como en que la comparecencia del perito guarda mayor armonía o engarce con la regla de inmediación procesal del artículo 9 y se debe preferir la interpretación de mayor armonía sistemática; y en que la producción de la prueba pericial mediante la declaración de la persona experta resguarda, mayormente, los fines de garantía que cumplen las normas sobre declaración de estos en un juicio oral, lo que permite optimizar el control horizontal de la calidad de la prueba.

También —por las mismas razones antedichas— procede aceptar la petición de declaración efectiva de la persona experta, respecto de la prueba de peritos decretada de oficio por el tribunal, ya que las hipótesis de excepción a la comparecencia son específicas.¹³ Además que el contradictorio que pueden ejercer las partes procede respecto de toda prueba que ingresa al proceso: que la prueba sea *ex officio* no la hace aséptica e inmune al control de las partes, ya que los destinatarios de las garantías de contradicción de la prueba son los justiciables. Por último, mucho más insostenible sería denegar la petición de comparecencia por la eventual sobrecarga de trabajo de los peritos —generalmente en los casos de expertos institucionales de organismos estatales— ya que no hay norma legal que releve de aplicar el estatuto de normas de prueba reglada, que resguardan el control en la formación probatoria, y el coste por las deficiencias de recursos de los organismos estatales o paraestatales no puede ser asumido por los justiciables, que verían menguados sus garantías de defensa en un juicio.¹⁴ Se suma a lo señalado, que en el

13 El reenvío al artículo 315 del Código Procesal Penal y el acuerdo de las partes al tenor del artículo 48 de la ley 19.968.

14 Se señaló en el capítulo 2 que lo costoso de la prueba pericial puede recogerse a

caso de peritos institucionales, al no exigirse acreditación previa de idoneidad en la audiencia preparatoria de juicio, la única oportunidad para verificar este requisito el interrogatorio cruzado en el juicio mismo.¹⁵

La vía de incorporación directa del informe pericial como prueba solo procede en dos hipótesis excepcionales: reenvío al artículo 315 del Código Procesal Penal y acuerdo de las partes, al tenor del artículo 49 de la Ley 19.968.

El reenvío al artículo 315 del Código Procesal Penal se incorpora con la reforma de la Ley 20.286, precisamente, para relevar por ley la comparecencia de los peritos en casos específicos de pericias mecánicas y estandarizadas, en los que —por la científicidad involucrada y el poco margen de opinión— la falibilidad es muy baja. Los casos son análisis de alcoholemia, de ADN¹⁶ y aquellas que recayeren sobre sustancias estupefacientes o sicotrópicas. El actual inciso final del artículo 315 del Código Procesal Penal —en cuanto releva la comparecencia de la persona experta para ciertos casos reglados— fue incorporado por la reforma de la Ley 20.074, que en este punto pretendía evitar costos innecesarios al sistema, para casos en que no hubiese peligro concreto de sacrificar la defensa en juicio. Con todo, el mismo inciso da una norma de escape y permite pedir, fundadamente, la comparecencia del perito. Por ser una norma de excepción cerrada, con una técnica de *numerus clausus*, no procede una interpretación analógica extensiva para hipótesis no reguladas en dicho texto legal.

El acuerdo de las partes, al tenor del artículo 49 de la Ley 19.968, siempre ha estado en el texto de la Ley que crea los Tribunales de Familia y, de forma evidente, guarda una mayor armonía con el antiguo tenor del artículo 46 de la Ley 19.968, el que exigía como regla la comparecencia del perito, sin necesidad de petición expresa de alguna de las partes. La reforma tras la Ley 20.286 crea una asimetría entre ambas re-

nivel de una admisibilidad más estricta, sea al ampliar el concepto de pertinencia y agregar la categoría de pertinencia legal utilizada por Duce (2017: 59) o al recurrir al requisito de necesidad del conocimiento experto.

15 En este ámbito problemático ingresa la comparecencia de un solo perito para el evento de confección de la pericia por más de un experto, como en las denominadas «duplas sicosociales».

16 Sobre la falibilidad de la prueba de ADN, los casos de error han sido de falsos negativos y no falsos positivos. Sin embargo, dicho margen de error —en sede familia— se resguarda con el derecho a pedir segundo peritaje biológico, al tenor del artículo del 199 Código Civil.

glas. Entonces, ¿cómo conciliar ambos textos normativos? Ya que, si una de las partes pidió la comparecencia del perito, obviamente no existe acuerdo de relevo para la declaración en juicio del perito. Creemos que la forma de encontrar un sentido útil a la regla del artículo 49 de la ley de comento es la petición de comparecencia del perito, hecha por cualquiera de las partes, en la audiencia preparatoria de juicio, sin necesidad de consenso. Luego, ya en la audiencia de juicio, podría relevarse de su comparecencia al perito por acuerdo de todas las partes. No basta que el peticionario del relevo sea la parte que previamente, en la audiencia intermedia, había hecho uso de la facultad de exigir la comparecencia al tenor del artículo 46. Si no existiese la norma del artículo 49 —que exige el acuerdo de todas las partes para el relevo— la parte litigante que había solicitado la comparecencia pericial podría sostener que como es el único interviniente que ejerció ese derecho, puede renunciar a él sin la aquiescencia de las demás partes, ya que si otro litigante quisiese que el perito declare, debería haber hecho también uso de la facultad de petición de comparecencia de la persona experta, referida en el artículo 46 de la Ley 19.968.

Uso del informe pericial

El artículo 46 de la Ley de Tribunales de Familia exige —sin perjuicio de la comparecencia del perito— el deber de entregar una copia del informe pericial para cada parte, para ponerlo en su conocimiento, con cinco días de anticipación a la audiencia de juicio, a lo menos. La conciencia sobre la finalidad de dicha regla legal permitirá solucionar algunos problemas prácticos que se producen en su aplicación.

La entrega previa del informe opera como una regla de *discovery* (descubrimiento) que evita que los litigantes se sorprendan por el conocimiento experto que ingresará al juicio oral, lo que les permite conocer de antemano la metodología, contenido y conclusiones empeñadas en el medio confirmatorio, y así diseñar estrategias para refutar la información incorporada por la persona experta o utilizar la misma para sus respectivas teorías del caso. En efecto, la facultad procesal que por antonomasia resguarda la contradicción es la posibilidad de contraexaminar a los declarantes, por lo que es indudable que conocer previamente los parámetros generales del conocimiento experto que ingresará al juicio permitirá —con mejor aptitud en la defensa técnica— preparar líneas o

temas de contraexamen. El refuerzo en el descubrimiento previo de los antecedentes que ingresarán al proceso se justifica, precisamente, porque en el caso de la prueba pericial es más difícil ejercer el control de la calidad de la información, por versar sobre información que un lego ordinariamente no tiene y el litigante debe procurar informarse o asesorarse para abordar con posibilidad de éxito el interrogatorio.

En sede penal el uso del informe pericial tiene una mayor amplitud —y es más alto el estándar de *discovery* con que opera dicho deber— ya que el perito puede ser directamente confrontado con su informe previo, al tenor de lo prevenido en el artículo 332 del Código Procesal Penal (además el informe debe acompañarse antes, en la audiencia preparatoria de juicio). La Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia no previene una herramienta similar al artículo 332, pero bien podría —por ejemplo, para el evento que la persona experta en su declaración niegue lo afirmado previamente en su informe, acudirse al instituto de la denominada prueba sobre prueba, regulada en el inciso segundo del artículo 63 *bis* de la Ley 19.968.

El corolario evidente ante el incumplimiento del deber de entrega del informe pericial, con la anticipación legal correspondiente, es la inadmisibilidad de la prueba pericial en la audiencia de juicio.¹⁷ La ley no prevé dicha sanción expresamente, pero es la única vía de resguardo de la finalidad de *discovery* que tiene el deber de actuación procesal, ya que su infracción acarrea una lesión evidente en las garantías de control del conocimiento experto que se introduce por la prueba pericial. Dicha sanción debe operar tanto cuando la prueba en colación se configura por la declaración del perito (artículo 46 de la Ley de Tribunales de Familia) o por el informe mismo (artículo 315 del Código Procesal Penal o artículo 49 de la Ley 19.968), ya que, en este último caso, si bien no habrá interrogatorio cruzado, igualmente el informe previo opera como una garantía para que las partes puedan preparar una prueba de refutación respecto del contenido del informe o alegaciones críticas en sus observaciones a la prueba. Evidentemente, las partes pueden renunciar a dicha garantía y permitir la incorporación de la prueba sin cumplir con la entrega previa del informe.

El deber de entrega del informe con anticipación al juicio oral y la sanción de su inadmisibilidad para el evento de infracción del deber,

¹⁷ En similar sentido, véase Núñez y Cortés (2012: 272).

tiene operatividad tanto para la prueba pericial ofertada por las partes como para las pericias decretadas de oficio por el tribunal. La norma no distingue y la finalidad de garantía, a favor de las partes, a las claras, también es pertinente respecto de la prueba oficiosa. No obstante, para la hipótesis de que el informe llegue fuera de plazo (recordemos que el tribunal solo puede acudir a los peritos institucionales, con la recarga que estos tienen) el juez o jueza puede acudir a la excepcional hipótesis de reprogramación de audiencia, hasta por dos veces, prevenida en el inciso primero del artículo 11 de la Ley 19.968, la cual prevé, como supuesto, la ausencia de prueba relevante decretada por el juez. La no realización de la audiencia no debería operar para los casos de pericias decretadas por las partes —salvo suspensión de común acuerdo al tenor del artículo 20 de la Ley 19.968—, ya que el inciso primero del citado artículo 11 se refiere a «prueba decretada por el juez» y no a prueba de las partes,¹⁸ por lo que no se puede aplicar tampoco el inciso segundo del mismo artículo, ya que es deber de las partes ocuparse de la recolección de las fuentes de prueba y de su incorporación al proceso, en armonía con las normas legales pertinentes.¹⁹

Falta de colaboración de una de las partes en el reconocimiento pericial

Por último, nos haremos cargo de la hipótesis de una prueba pericial decretada, en la que una de las partes no colabora con su realización, por lo que la prueba derechamente se frustra. Lo anterior opera cuando la parte contumaz es diversa a la oferente del medio probatorio, ya que si el litigante proponente no quisiese su incorporación bastaría el retiro o desistimiento de la prueba.

El problema se relaciona con la posibilidad o no de valoración judicial de la conducta procesal de las partes en el proceso, particularmente de su contumacia o resistencia. Es un asunto problemático dada la

¹⁸ En otros pasajes de la Ley 19.968 también se distingue entre prueba ordenada por la judicatura y prueba de las partes: artículo 64. Por si alguien quisiese decir que la prueba decretada por el tribunal incluye la de las partes.

¹⁹ En abono de lo expuesto, tras la reforma de la Ley 20.286 incluso se entrega la actividad de diligenciar la respuesta de los oficios pedidos a través del tribunal (inciso segundo del artículo 29 de la Ley de Tribunales de Familia), lo que refuerza que la labor de obtención de la prueba es de las partes.

ausencia de norma expresa. Al respecto, parece más sostenible que no procede valorar la conducta del litigante insurrecto a la realización de la pericia fallida.

En primer lugar, en el derecho comparado cuando un ordenamiento jurídico ha entregado tan amplia y omnicompreensiva potestad a la judicatura, de valorar genéricamente cualquier comportamiento de las partes en el proceso, siempre ha existido norma expresa al efecto. El precedente histórico de mayor fama es las disposiciones legales del llamado Código Procesal Civil fascista de 1940, el cual entregaba amplias facultades al juzgador,²⁰ existen reformas legislativas en otros países que siguieron dicha opción totalitaria o amplia, en lo referido a las potestades del juez en el proceso.²¹ Nuestro Código de Procedimiento Civil, en sus disposiciones comunes a todo procedimiento (libro primero), no ha seguido aquel lineamiento. Cuando el Código de Procedimiento Civil ha querido que se pueda valorar expresamente la conducta de las partes lo ha dicho expresamente, como ocurre en el artículo 724, a propósito del procedimiento especial de menor cuantía.²² Igualmente, la Ley 19.968, incluidas sus reformas, tampoco ha optado por ese derrotero.

En segundo lugar, como colofón de lo ya expuesto, tenemos que el legislador nacional cuando ha querido extraer consecuencias jurídicas adversas al litigante contumaz en la actividad probatoria, en general, lo ha establecido de manera clara y expresa. A vía ejemplar, tenemos normas sobre la negativa a exhibir documentos (artículo 349 del Código de Procedimiento Civil); sobre la negativa a absolver posiciones (artículo

20 El artículo 116 del Código Procesal Civil italiano de 1940, sin perjuicios de otras disposiciones en igual sentido, rezaba: «El juez debe valorar las pruebas según su prudente apreciación, salvo que la ley disponga otra cosa. El juez puede deducir argumentos de prueba de las respuestas que las partes le dan a tenor del artículo siguiente, de su negativa injustificada a consentir inspecciones que él ha ordenado y, en general, de comportamiento de dichas partes en el proceso». En similar sentido, destaca también el artículo 118 del mismo código.

21 Por vía ejemplar, el texto del artículo 165 inciso quinto, tercer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en Argentina, cuyo tenor fue introducido por la Ley 22.434, es el siguiente: «La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones».

22 Reza dicha norma: «La prueba se apreciará en la forma ordinaria. Pero podrá el tribunal, en casos calificados, estimarla conforme a conciencia, y según la impresión que le haya merecido la conducta de las partes durante el juicio y la buena o mala fe con que hayan litigado en él».

394 del Código de Procedimiento Civil); sobre la negativa a la realización de la medida prejudicial consistente en declaración jurada acerca de algún hecho relativo a la capacidad procesal (artículos 273 número 1 y 274 del Código de Procedimiento Civil); sobre la negativa a la realización de la medida prejudicial consistente en exhibición de una cosa que haya de ser objeto de la acción procesal (artículos 273 número 2 y 276 del Código de Procedimiento Civil); entre otras disposiciones. En la Ley 19.968 se previene una sanción expresa para el resistente a la diligencia probatoria de declaración de parte (artículo 52).

En tercer lugar, y en idéntico sentido, ya en materia especial de prueba pericial, cuando el legislador ha querido imponer consecuencias adversas para la resistencia a colaborar de una de las partes, lo ha regulado expresamente. El ejemplo de manual es la negativa injustificada de una de las partes a practicarse un examen pericial de carácter biológico para determinar la filiación de una persona, en cuyo evento se presumirá legalmente la paternidad, la maternidad o la ausencia de ellas, según corresponda (incisos cuarto y quinto del artículo 199 del Código Civil).²³

En cuarto lugar, la fijación de los hechos que debe realizar el juzgador tiene como marco límite la prueba que efectivamente se incorpore en el juicio oral y le está vedado valorar elementos exógenos a la prueba rendida en el juicio oral mismo. Lo anterior tiene sentido en el diseño de procedimiento por audiencias, en el cual —bajo las reglas de oralidad, inmediación y concentración— la prueba únicamente ingresa al proceso mediante su incorporación formal en la audiencia de juicio. Lo expuesto, obviamente, también tiene sustento legal expreso: los artículos 63 y 64 de la Ley 19.968 previenen que la audiencia de juicio tiene como objeto central, por antonomasia, la rendición de la prueba ofertada previamente en la audiencia de preparación de juicio.²⁴ El artículo 32 de la misma ley —en la parte final del inciso primero y a propósito de la valoración de la prueba— restringe al juez, a quien exige hacerse cargo de toda la prueba rendida en la fundamentación del juicio de los hechos, lo cual tiene como palmario contrafaz que solo podrá hacerse cargo de la prueba efectivamente rendida en el juicio oral. A su vez, el artículo 66

23 Incluso la doctrina procesal especializada, reconoce que pueden existir deberes procesales sin sanciones. Por todos, véase Carreta (2008).

24 Salvo excepciones, como la prueba anticipada que se produce en la audiencia de preparación de juicio (artículo 61 número 9) o la prueba nueva que se incorpora al juicio sin oferta previa en la etapa intermedia (artículo 63 *bis*).

número 4 del reseñado cuerpo legal, cuando establece como exigencia para el razonamiento en la fijación de los hechos el análisis de la prueba concreta rendida en juicio, lo que también implícitamente excluye es la valoración de las conductas procesales o extraprocesales que las partes hayan desplegado. Así las cosas, la judicatura debe fallar y establecer los hechos solo a partir de la prueba rendida en el juicio oral, de modo que si la prueba pericial no llega a realizarse —por lo que no puede introducirse formalmente al juicio oral—, cualquier información relativa a la conducta contumaz de las partes no podrá valorarse. Lo anterior es coherente con la regla de inmediación que reina en este procedimiento, en cuya virtud el sentenciador del juicio oral solo podrá decidir con la prueba presentada y no con lo ocurrido en etapas anteriores del proceso.

A su vez, creemos que el denominado *principio de colaboración* prevenido en el artículo 14 de la Ley 19.968 tampoco es óbice para lo expuesto. En efecto, ese principio apunta más bien a la búsqueda de soluciones colaborativas autocompositivas²⁵ y no puede colegirse —salvo de alejarse del texto expreso— que las partes tengan una suerte de deber de colaborar con la contraria, aun a costa de su propia teoría del caso.

Tampoco creemos que puedan aplicarse apremios (multa, arresto o fuerza pública) durante el proceso, para compeler a la parte rebelde a cooperar en la pericia decretada. En dicho sentido, cuando el legislador en materias de familia ha querido aplicar tanto el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil como, directamente, apremios de multa o arresto, lo ha dicho expresamente. A vía ejemplar: a propósito de la obstaculización de un régimen de relación directa y regular, el artículo 48 de la Ley de Menores reenvía al artículo 66 del mismo cuerpo legal, el que hace expresamente aplicables los apremios del artículo 543 del Código de Procedimiento Civil; o el mismo artículo 66 de la Ley de Menores hace referencia al artículo 543 del Código de Procedimiento Civil ante el incumplimiento de resolución judicial que ordena la entrega de un menor; o el actual artículo 5 inciso segundo de la Ley de Alimentos —a propósito del *descubrimiento patrimonial* del demandado de alimentos— hace referencia y reenvío expreso al reseñado artículo 543 del Código de Procedimiento Civil. A su vez, cuando sin referencia expresa al

25 En sentido similar sobre dicho principio de colaboración, como realce de las *soluciones colaborativas* en oposición a las *soluciones competitivas*, véase Núñez Ávila y Cortés Rosso (2012: 224 y ss.).

artículo 543 del Código de Procedimiento Civil el legislador en sede de judicatura de familia ha querido permitir el uso directo de apremios de multa, arresto o el auxilio de la fuerza pública, también lo ha dicho por norma expresa: en materias de incumplimiento del deudor de alimentos el artículo 14 de la Ley de Alimentos permite su arresto; el artículo 13 de la misma ley reseña expresamente la multa para el empleador que no realiza la retención ordenada por el tribunal; en materia de medidas cautelares especiales, el artículo 94 de la Ley de Tribunales de Familia permite el arresto, hasta por 15 días, cuando se incumplen medidas cautelares sobre violencia intrafamiliar; o, a propósito de las medidas cautelares especiales para procedimientos sobre medidas de protección, el artículo 71 de la Ley 19.968 señala expresamente la posibilidad de auxilio de la fuerza pública. De este modo, es claro que no habiendo norma expresa que permita la aplicación de apremios, estos no proceden. Puede agregarse la improcedencia del reenvío normativo a ciertas normas de apremio procesal, como la de artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, precisamente por el carácter restrictivo de la norma de reenvío del artículo 27 de la Ley de Tribunales de Familia, que solo hace aplicables las disposiciones comunes a todo procedimiento del Código de Procedimiento Civil, y no las normas de los libros especiales como sería el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil.²⁶

Ante la falta del peritaje que se frustra por la ausencia de colaboración de alguna de las partes, la judicatura deberá igualmente sentenciar el pleito, ya sea con las demás evidencias o pruebas incorporadas legalmente en la audiencia de juicio oral o con la ausencia de prueba directa y con las normas generales sobre carga de la prueba que determinarán quién gana y quien pierde el pleito ante ausencia de medios de confirmación procesal.

Rol del Consejo Técnico

El Consejo Técnico es un cuerpo con una estructura compuesta por consejeros técnicos, de carácter multidisciplinario, que actúan (individual o

²⁶ Tampoco procedería aplicar el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, ya que dicha norma solo tiene operatividad para el cumplimiento de resoluciones judiciales que produzcan acción de cosa juzgada, las que solo pueden ser sentencias definitivas o interlocutorias (artículo 175 del Código de Procedimiento Civil) y no resoluciones de mero trámite, como las que admiten un medio probatorio ofertado.

conjuntamente) como auxiliares de la administración de justicia,²⁷ asesoran a las juezas y los jueces de familia o bien gestionan la relación con actores relevantes de la red de intervención y apoyo sicosociojurídico y de salud, en contacto con los Tribunales de Familia.²⁸ Su regulación es dispersa y existen variadas normas reglamentarias sobre su funcionamiento.²⁹

Su rol, entre otras funciones, comprende la emisión de opiniones técnicas solicitadas por la judicatura y asesorarla en todas las materias relacionadas con su especialidad. Este consejo, por exigencia legal,³⁰ está integrado por profesionales especializados en asuntos de familia, a los que se les exige título profesional de una carrera de, al menos, ocho semestres, experiencia profesional idónea y formación especializada de dos semestres, al menos.³¹ Los consejeros técnicos de esta guisa son profesionales especializados que asesoran y emiten opiniones técnicas en la órbita de su experticia.

Se trata, por ende, de expertos. No obstante, el auto acordado sobre el rol y funciones de los Consejos Técnicos en los Juzgados de Familia³² se preocupa celosamente de separar sus funciones de los peritos en juicio, al señalar que no están legalmente facultados para emitir informes periciales, ni recibir prueba no verificada en presencia de la judicatura, no obstante, asesorarán en la adecuada valoración de aquellos informes emitidos en juicio, así como la determinación de los que haya de decretarse y quiénes los evacuarán.³³

Con todo, cabe acentuar algunos aspectos relacionados con la configuración de su rol en relación con la prueba pericial. En primer lugar, pese a la prohibición de emitir informes periciales, no puede perderse

27 Sobre el carácter de auxiliares de la administración de justicia, véase el artículo 457 del Código Orgánico de Tribunales.

28 En dicho sentido, véase Henríquez (2017: 135).

29 Además del artículo 457 del Código Orgánico de Tribunales y los artículos 5 al 7 de la Ley 19.968, pueden citarse las Actas 93-05, 98-09, 71-16 y 76-16, entre otras normas variopintas.

30 Artículo 7 de la Ley 19.968, en sintonía con el artículo 289 del Código Orgánico de Tribunales.

31 Se ha destacado la exigencia, por ley, de tener una formación de postgrado universitario, no bastando la formación de pregrado (Henríquez, 2017: 139).

32 El Acta 92-2005 es la norma más sistemática sobre el Consejo Técnico, aunque sin rango legal.

33 Artículo 2 del Acta 92-2005.

de vista que se trata de expertos con funciones de tales al emitir opiniones técnicas y prestar asesoramiento a las juezas y los jueces en las materias de su especialidad. Sus actuaciones no pueden ser consideradas como una actividad probatoria en sí, como ocurre con una pericia en juicio, pero su labor está determinada precisamente por su experticia en materias vinculadas para los asuntos de competencia de la judicatura.

En segundo lugar, las opiniones técnicas y asesoramiento deben realizarse dentro de la esfera de experticia del respectivo consejero técnico y no en otra,³⁴ lo que —además de ser coherente con sus fines institucionales— tiene sustento legal en el artículo 5 letra e) y en el artículo 64 inciso sexto de la Ley 19.968, entre otras normas, al restringir sus actuaciones al ámbito de especialidad de la persona experta.

En tercer lugar, es de interés la posibilidad de asesorar al juzgador en la etapa de admisibilidad de una prueba pericial, ya que en la verificación de los requisitos especiales de inclusión probatoria de este medio de prueba —necesidad, idoneidad y confiabilidad— parece razonable que una persona experta entregue opiniones al juez o jueza de la etapa preliminar, para verificar dichas exigencias, más allá que obviamente la decisión jurisdiccional de inclusión o exclusión será del juez respectivo. No obstante, en principio, la ley solo permitiría asistir a los consejeros técnicos a las audiencias de juicio y no a las audiencias preparatorias,³⁵ pero el Acta 93-05 amplía las posibilidades sobre lo postulado, ya que, por una parte, les permite asistir a las audiencias preparatorias para emitir opiniones técnicas que les sean solicitadas³⁶ y, por otra, señala que aquellos asesorarán en la determinación de las pericias que hayan de decretarse y quiénes las evacúen,³⁷ lo que permitiría que los consejeros técnicos puedan asesorar a los jueces y las juezas sobre los requisitos de admisibilidad de las pruebas periciales.

En cuarto lugar, y en sintonía con lo antedicho, el citado auto acordado refiere expresamente el asesoramiento en la valoración de la prueba de peritos.³⁸ Si bien no está de manera tan explícita en la ley, puede cole-

34 En dicho sentido, véase Henríquez (2017: 146).

35 Texto expreso de la letra a) del artículo 5 de la Ley 19.968, circunscrito solo a las audiencias de juicio. Obviamente la admisibilidad probatoria se verifica en la audiencia preparatoria de juicio.

36 Artículo 1 letra c).

37 Artículo 2.

38 Nuevamente en el artículo 2.

girse del artículo 64 de la Ley 19.968 que faculta al juez para, después de practicada la prueba en el juicio oral, solicitar a un miembro del Consejo Técnico que emita su opinión respecto de la prueba rendida, en el ámbito de su especialidad. Lo antedicho no importa realizar actuaciones que solo son permitidas por la ley a las partes y a la judicatura, como pueden ser las preguntas cruzadas a los peritos en juicio. El destinatario de sus opiniones es el juez o jueza, pero siempre deben emitirse con total transparencia a las partes en juicio, de manera que estas conozcan dichas opiniones expertas y puedan incluir en sus alegatos de clausura las observaciones que les parezca —tanto sobre la prueba como sobre las opiniones del miembro de Consejo Técnico—, por lo que es evidente que las opiniones finales del consejero deben emitirse en el itinerario del juicio y siempre antes de los alegatos de cierre de las partes, y no a la inversa.³⁹

Por último, cabe destacar que la opinión experta del consejero técnico no puede subrogar la labor judicial, ya que son las y los jueces quienes deben ejercer la jurisdicción. Lo anterior implica que las opiniones de las y los consejeros técnicos no pueden inmiscuirse en calificaciones que son propias de la labor judicial. Por lo mismo —y acertadamente— existen fallos de cortes que han remarcado que los consejeros técnicos no pueden realizar actividades ajenas e inherentes a la labor jurisdiccional, como ocurre al calificar la credibilidad de un testigo o con la calificación de un hecho como violencia intrafamiliar.⁴⁰

Procedimientos ante la judicatura laboral

La reforma procesal laboral cierra las innovaciones en el camino desde procedimientos escritos hacia la oralidad, inmediación y concentración. No obstante contar con dos reformas precedentes, la redacción de las normas legales de los nuevos procedimientos laborales es escueta, cuando se pudo tener en vista algunas soluciones normativas del ámbito procesal laboral o familiar. En efecto, la regulación de las audiencias preparatorias se circunscribe a un artículo para cada una de ellas;⁴¹ no hay norma que prevenga algunas soluciones de textos de las reformas

39 Lo que es coherente con el texto expreso del citado artículo 64 de la Ley 19.968.

40 A modo ejemplar, véase la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua, rol IC 143-2012, 29 de julio del 2012.

41 Artículo 453 y 454 del Código del Trabajo, respectivamente.

anteriores como ocurre, a modo ejemplar, con la prueba nueva o con la prueba sobre prueba;⁴² existe un reenvío general al libro segundo del Código de Procedimiento Civil, lo que importa aplicar supletoriamente un procedimiento que transita a contraflujo con la oralidad, inmediatez y concentración; y, en general, existe una concisa reglamentación respecto de los medios probatorios en el nuevo modelo procesal laboral. Lo antedicho impacta por cierto a la prueba pericial.

En el ámbito de la prueba de expertos existe cierta coincidencia en las generalidades de los aspectos comunes a los procedimientos reformados: comparecencia de la persona experta, informe previo, interrogatorio cruzado en el juicio oral y requisitos específicos de admisibilidad. Con todo, también concurren algunas divergencias relevantes con las reformas precedentes, sobre las que nos detendremos a continuación.

Particularidades en la elección de la persona experta

La reforma procesal laboral interrumpe la continuidad de los procedimientos reformados que permitían los denominados peritos de confianza de las partes. Esto importa que, en el ámbito de la elección de la persona experta, va a contraflujo de los estándares previstos en los otros procedimientos en colación.

Como se ha señalado, en nuestro país existen dos grandes derroteros para controlar la idoneidad de la persona experta que incorporará su opinión al proceso. El primer modelo es el del control *ex ante* al proceso, mediante un registro estatal de expertos o lista de peritos, vía por la cual el Estado controla previamente la calidad del profesional o persona experta en alguna ciencia o arte, como ocurre en el Código de Procedimiento Civil; y el segundo modelo es mediante un control *in itinere* por el juez o jueza durante el proceso, aplicables a los procedimientos penales y familiares. El control *ex ante* es un sistema más bien formal y rígido que dificulta un debate más fructífero sobre si una persona experta en concreto es adecuada para una prueba pericial en específico. El control *in itinere* es un modelo que permite un debate más profundo y permite

42 Se podría añadir que, en algunas soluciones normativas novedosas de la reforma procesal laboral, estas no se concilian con los propios principios de oralidad, concentración e inmediatez, como ocurre en la ausencia de veredicto o decisión al finalizar el juicio oral, lo que posterga varios días, no solo la redacción del fallo, sino que la decisión misma, y pone en tensión, al menos, el principio de inmediatez.

enfocar de mejor manera el cuestionamiento sobre si una persona experta específica tiene los conocimientos necesarios para las necesidades epistemológicas de un caso judicial en concreto.

No obstante, las opciones legislativas de las anteriores reformas, el nuevo modelo procesal laboral no previene regulación expresa sobre una persona experta de confianza y, por ende, no establece un deber legal de acompañar los antecedentes de idoneidad del perito ofrecido para el debate de admisión o exclusión probatoria, lo que por cierto solo tiene sentido cuando precisamente la prueba de idoneidad de la persona experta se realiza en concreto por el juez o jueza del caso. El Código del Trabajo sigue más bien el primero de los sistemas reseñados y se remite, por reenvío legal, al sistema del listado de peritos.

Como también ya se ha señalado, a diferencia de las reformas anteriores, el sistema procedimental del Código del Trabajo es algo más oscuro sobre el tópico de la idoneidad de la persona experta, ya que opera por el reenvío del Código del Trabajo a los artículos 413 al 416 *bis* del Código de Procedimiento Civil.

La prueba de idoneidad de la persona experta en sede laboral,⁴³ se construye en dos ejes. El primero, alude a ciertas inhabilidades —previstas en el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil— para quienes no tengan un título profesional, si la ciencia o arte cuyo conocimiento se requiere está reglamentada por la ley, y en el territorio jurisdiccional hay dos o más personas tituladas que pueden desempeñar el cargo, lo que se puede dispensar por el acuerdo de las partes. No sería aplicable el número 1 del citado artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, referido a quienes sean inhábiles para declarar como testigos, ya que las inhabilidades de los testigos, sean absolutas o relativas, no son aplicables en la reforma laboral al prohibirse la formulación de tachas en el artículo 454 número 5 inciso quinto del Código del Trabajo, toda vez que por disposición legal expresa —artículo 453 número 8 inciso quinto del Código del Trabajo— a la declaración de los peritos se aplican las normas de los testigos. Por dicha razón, no se aplica en este punto la supletoriedad del libro segundo del Código de Procedimiento Civil.

El segundo eje se configura ante la falta de acuerdo de las partes sobre el nombramiento de peritos, en cuyo caso el nombramiento lo realiza

43 Que tiene como condición necesaria la aceptación del reenvío a las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la prueba de peritos.

la judicatura, en conformidad al listado oficial del artículo 416 *bis* del Código de Procedimiento Civil.⁴⁴ Dos notas: por disposición expresa del artículo 414 del Código del Trabajo, el debate sobre el nombramiento de peritos⁴⁵ tiene como puntos a debatir las aptitudes o títulos de la persona experta, lo que *prima facie* focaliza la discusión en su idoneidad; no obstante, ante la falta de acuerdo, el nombramiento judicial no puede recaer en las primeras personas que hayan sido propuestas por cada parte. Esto desincentiva un auténtico debate sobre la idoneidad de la persona experta, ya que a ningún litigante le es conveniente proponer inmediatamente a un buen experto. La falta de acuerdo vetará al perito propuesto, aunque sea un perito eximio para el caso determinado, y no podrá ser nombrado ni siquiera por el propio juez o jueza ante la falta de aquiescencia, aun cuando también la considere una persona experta adecuada y calificada. Lo anterior, desfigura el debate de nombramiento de personas expertas a, más bien, un sistema de vetos cruzados, antes que una auténtica argumentación sobre los méritos de una persona en concreto.

Operatividad supletoria del Código de Procedimiento Civil

Como se apuntó críticamente, en la reforma procesal laboral se conjugan dos ámbitos problemáticos que se cruzan, toda vez que por un extremo existe una escueta regulación legal de algunos aspectos probatorios que han tenido cierto desarrollo en los otros procedimientos reformados y, por otro lado, el Código del Trabajo optó novedosamente por un reenvío expreso, no solo al libro primero del Código de Procedimiento Civil, sino que también a su libro segundo, referido al juicio ordinario civil. Ambos aspectos se potencian para generar puntos problemáticos en el sistema procesal laboral, ya que la ausencia de norma específica en el Código del Trabajo invita preguntarse sobre la operatividad, en base a dicha omisión, de normas ya no solamente del libro primero del Código de Procedimiento Civil, sino que las propias del procedimiento ordinario civil que pueden postularse como la antítesis de los procedimientos reformados. La operatividad del libro primero del Código de Procedimiento Civil no ha sido especialmente problemática en los otros

44 Artículos 414 al 416 *bis* del Código de Procedimiento Civil.

45 En la denominación del procedimiento civil: audiencia de nombramiento de peritos.

procedimientos reformados, en que, existiendo normas de reenvío, sus normas solucionan más problemas de los que provocan y tienen operatividad diaria.⁴⁶

Como en casi todas las técnicas de reenvío normativo de un cuerpo legal a otro, el artículo 432 del Código del Trabajo tiene dos límites o exigencias que se podrían denominar: *límite de especificidad* y *límite de coherencia interna del sistema de normas*. La primera limitación de especificidad exige la ausencia de norma específica en el propio Código del Trabajo, ya que no tendría sentido un reenvío a otro cuerpo legal ajeno si ya existe una norma propia en el propio código citado, para cuya verificación basta escrutar sobre la existencia o no de norma legal propia.⁴⁷ La limitación de coherencia interna alude a la consistencia entre la norma exógena aplicada por el reenvío y los principios que informan al sistema procesal laboral, ya que las normas aplicadas supletoriamente no pueden ser contrarias a dichos principios. En este segundo aspecto, resulta claramente problemática la utilización de las normas del libro segundo del Código de Procedimiento Civil en procedimientos regidos por la oralidad, intermediación y concentración, ya que el procedimiento civil ordinario es gobernado por principios contrarios, que transitan a contraflujo con los nuevos procedimientos. Ciertamente, negar de entrada todo reenvío por esta incoherencia interna haría fútil la norma de reenvío *in integrum* para toda hipótesis, lo que restaría toda razón de ser de la norma expresa del artículo 432 del Código del Trabajo.

Lo antedicho tiñe de dudas toda aplicación por reenvío al libro segundo del Código de Procedimiento Civil, lo que impacta a la regulación de los medios de prueba en particular, los que en materia civil se reglan precisamente en dicho acápite del código. En materia de medios de prueba, si bien el Código del Trabajo establece una regulación específica, resulta muchas veces escueta y con algunos vacíos, para lo cual

46 A modo ejemplar, salta a la vista el uso cotidiano que en sede penal tiene, para debatir las solicitudes del Ministerio Público de ampliación del plazo de investigación fijado judicialmente, la utilización del artículo 67 del Código de Procedimiento Civil sobre prórroga de plazos judiciales, ante la ausencia de norma especial sobre dicho particular en el Código Procesal Penal.

47 Un ejemplo cotidiano es la aplicación del artículo 261 del Código de Procedimiento Civil, sobre rectificación de la demanda, aplicado al procedimiento de aplicación general en sede laboral, ante la ausencia de norma específica en el propio Código del Trabajo.

basta ejemplificar con el reducido número de normas sobre aquellos: algunas pocas reglas en el artículo 453 y variadas reglas del artículo 454 del Código del Trabajo. Por lo mismo, en lo referido a la prueba de peritos nos enfrentamos a problemas de cara a ambos límites planteados para la técnica del reenvío normativo: problemas por la especificidad de norma y problemas por la coherencia interna con los principios de la reforma procesal laboral.

En el ámbito de problemas por la especificidad de norma es evidente que tanto los artículos 453 y 454 del Código del Trabajo previenen normas específicas sobre la prueba de personas expertas. Veamos los aspectos reglados.⁴⁸

a) El artículo 453 número 8 inciso cuarto faculta al juez o jueza para recurrir al medio idóneo de comunicación o transmisión de datos que permita la pronta práctica de las diligencias relacionadas al informe de peritos. Todo a propósito de las citaciones y oficios en el ámbito probatorio y con un claro fin de celeridad en este particular medio probatorio, muy en sintonía con el ulterior artículo 454 número 7.

b) El artículo 453 número 8 inciso quinto que previene el plazo legal con que el informe pericial debe ser puesto a disposición de las partes antes del juicio oral, lo que como vimos opera como regla de *discovery* o descubrimiento y no es óbice para el deber de comparecencia de la persona experta, salvo acuerdo de las partes.

c) Se agrega en el mismo inciso quinto que la declaración de los peritos se realiza de acuerdo a las normas para los testigos, lo que abre la operatividad de un elenco de otras normas legales previstas para la prueba testimonial, en los artículos 454 número 5 y número 6: límite del número de peritos por cada parte hasta cuatro, con cierta posibilidad de atemperar dicha demarcación numérica; declaración bajo juramento con aplicación de las normas penales sobre el delito de falso testimonio; improcedencia de las tachas como control *ex ante*; y el interrogatorio cruzado por las partes en el juicio oral con la facultad judicial para formular preguntas.

d) El artículo 545 número 7 del Código del Trabajo previene ante la falta de evacuación del informe pericial antes del juicio oral y su contenido fuese relevante para la resolución del asunto, la judicatura tomará

⁴⁸ Se seguirá el orden de aparición en el texto legal y no un orden sistemático procesal.

todas las medidas inmediatas que fuesen necesarias para su aportación y puede, incluso, fijar para ese solo efecto una nueva audiencia dentro del plazo más breve.

Esta última regla merece algunos comentarios. La hipótesis para su aplicación es la relevancia de la pericia, lo que parece implicar un estándar más alto que los criterios de pertinencia y de necesidad utilizados para su admisibilidad previa. Asimismo, la norma que permitiría que el informe pericial se aporte hasta el término de la audiencia de juicio relaja la exigencia de poner a disposición el informe con tres días de antelación a la referida audiencia, lo que podría anclarse en dicha relevancia, pero debería aplicarse excepcionalmente, ya que afecta las posibilidades de tomar decisiones estratégicas en el juicio oral. Por otra parte, la referida norma nada dice sobre el deber de comparecencia de la persona experta al juicio, por lo que continuaría aplicándose la regla general sobre este aspecto, es decir, el deber de comparecer del perito a exponer su pericia, con interrogatorio cruzado, salvo acuerdo de las partes. Finalmente, la eventual fijación de una audiencia específica solo para la recepción del informe pericial debería interpretarse como una continuación del juicio oral solo para dicha actividad probatoria, pero con la relación de las actuaciones posteriores propia de todo proceso: alegaciones finales o alegatos de cierre y eventual dictación de la sentencia definitiva en audiencia, ya que quebrantaría la idea misma de proceso si las partes tuviesen que realizar sus alegatos de clausura antes de la aportación de todos los medios de prueba.⁴⁹

Sin embargo, existe un elenco de aspectos propios de la prueba pericial que no se previenen, como las citadas reglas especiales. Es así como, a modo ilustrativo, no existen otras hipótesis de eximición legal para el deber de comparecencia de los peritos,⁵⁰ como sí ocurre en los otros procedimientos reformados, por ejemplo, a propósito de las pruebas de

49 Podría agregarse que una interpretación más estrecha y literal de dicha regla legal, implicaría que, si solo es para recibir el informe pericial, ya comenzaría a correr el plazo para dictar sentencia definitiva e incluso puede ocurrir que la continuación de juicio para la pericia se fijase antes del vencimiento del plazo legal para dictar el fallo, lo que no resiste análisis.

50 Aunque el reenvío en los otros procedimientos reformados es al artículo 315 del Código Procesal Penal, por lo que acá no entra en el aspecto problemático planteado.

ADN.⁵¹ Pero lo realmente sensible es la ausencia de normas sobre lo que hemos denominado requisitos especiales de admisibilidad de la prueba de peritos: necesidad del conocimiento experto, idoneidad del perito y confiabilidad del peritaje.

Efectivamente reina el silencio en el Código del Trabajo sobre dichos aspectos de tanta importancia para la procedencia de la prueba pericial en sí y para la ulterior designación de la persona experta que depondrá en juicio. En este primer nivel del problema podría sostenerse que el Código del Trabajo regula la prueba pericial y si hubiese querido reglamentar los antedichos requisitos lo hubiese hecho, por ende, es opción legislativa no establecer otros requisitos diferentes a los generales sobre pertinencia y prueba ilícita. Esa es una postura posible. Sin embargo, resulta inviable dicha postura ya que, si se aborda el asunto ya no desde el prisma de requisitos de admisibilidad probatoria, sino desde la mera interrogante sobre la elección de la persona experta, resulta evidente que si no se acude a alguna regla legal forastera para el propio Código del Trabajo nunca podría determinarse el nombramiento de una persona experta, ya que no existe norma interna sobre el particular, salvo por un mero voluntarismo judicial. Por lo mismo, resulta más razonable asumir la falta de una adecuada técnica legislativa del propio Código del Trabajo en su reforma procesal, entendiendo que existe una ausencia de reglas específicas sobre algunos aspectos de la prueba de peritos, lo que abre las fronteras para acudir a las reglas del Código de Procedimiento Civil.

Pero luego tenemos un segundo ámbito problemático relativo a la (in)coherencia interna con los principios de la reforma procesal laboral. Como se señaló, resulta rasposa la utilización de las normas del libro segundo del Código de Procedimiento Civil en la reforma procesal laboral regida por la oralidad, intermediación y concentración, ya que el procedimiento civil ordinario es gobernado por principios contrarios que caminan a contrapié a la aludida reforma. No obstante ser algo forzado el reenvío a las normas del procedimiento civil ordinario sobre aspectos de la prueba pericial, puede postularse la operatividad del reenvío. Como ya se señaló, negar de entrada todo reenvío por esta incoherencia inter-

51 En sede laboral podría resultar exótica una pericia de ADN, pero podría pensarse en alguna otra hipótesis razonable de excepción para el ámbito del derecho del trabajo.

na haría totalmente estéril la norma de reenvío en comento para toda hipótesis, lo que le restaría toda razón de ser ya que nunca operaría; y se reitera lo dicho sobre la necesidad de resolver aspectos relevantes sobre los requisitos especiales de admisibilidad, para lo cual debe acudir a normas que tampoco se encuentran en el libro primero del Código de Procedimiento Civil, sino que precisamente en su libro segundo.

Por cierto, de *lege ferenda* muy necesaria resulta una revisión y actualización de las normas procedimentales del Código del Trabajo, escuetas en parangón con las reformas que le precedieron, cuyo análisis sin duda excede estas cuartillas. Pero con el plexo de normas existente puede sostenerse por ahora la operatividad del reenvío legal a las reglas del libro segundo del Código de Procedimiento Civil, aun cuando no sea la más pulcra de las posibles opciones legislativas.

Prueba pericial en el procedimiento monitorio

Dentro de los procedimientos especiales reglados por el Código del Trabajo se encuentra el denominado *procedimiento monitorio*.⁵² Se trata de un procedimiento en que se acentúan los principios de concentración, oralidad e inmediación, ya que buena parte de las actuaciones procesales se agrupan en una audiencia única en la que se realiza la contestación de la demanda, la conciliación, se despliega toda la actividad probatoria y se dicta, al final, la sentencia definitiva del caso.⁵³ Además, el término de emplazamiento es más breve que en el procedimiento de aplicación general,⁵⁴ el deber de fundamentación en la sentencia definitiva es más atenuado⁵⁵ y, por último, no proceden todos los recursos procesales

52 Párrafo 7 del capítulo 2 del título 1 del libro quinto de la jurisdicción laboral en el Código del Trabajo.

53 Excepcionalmente, por aplicación del inciso final del artículo 501 del Código del Trabajo, puede dictarse la sentencia definitiva en el plazo de tres días de terminada la audiencia.

54 Entre la notificación de la demanda y la realización de la audiencia única deben mediar a lo menos cinco días. Claramente es un tiempo menor para preparar la defensa técnica que el prevenido en el procedimiento de aplicación general. Con todo, antes de la Ley 20.074, publicada el 3 de diciembre del 2016, ni siquiera se prevenía en la ley ese tiempo mínimo, lo que generó muchos problemas prácticos por denuncias de indefensión de partes demandadas ante notificaciones a veces de un par de días antes de la audiencia única.

55 En los requisitos de la sentencia definitiva, atento a lo prevenido en el artículo 501 del Código del Trabajo, no se exige el requisito del numeral 4 del artículo 459, lo

previstos en el propio Código del Trabajo.⁵⁶ La mayor brevedad de dicho tipo de procedimiento se enfatiza si se utiliza la *técnica monitoria* que permite un pronunciamiento preliminar o *in limine*, sin juicio, pero con la posibilidad de reclamación de la parte afectada con la respectiva sentencia monitoria, hipótesis que no abordaremos en este texto. Nos centraremos en los casos de fijación de audiencia única —sea por una primera resolución judicial o por una reclamación de parte— en que se puede desplegar actividad probatoria, lo que sí impacta en nuestro tema de estudio.

La razón político-legislativa para la utilización de un procedimiento más breve obedece a la necesidad de urgencia subyacente por razones de baja cuantía económica del asunto, para los casos que no excede de quince ingresos mínimos mensuales; o por la sensibilidad de la materia objeto del procedimiento, como acontece con las pretensiones de reincorporación por separación ilegal de trabajadora con fuero maternal.⁵⁷ Nótese que, por el ámbito de aplicación del procedimiento monitorio, es del caso que un número importante de casos judiciales se sustancian por este procedimiento especial,⁵⁸ lo que se ha visto agudizado tanto

que implica que la judicatura no debe hacerse cargo pormenorizadamente de cada medio probatorio. Si bien esto no lo exime del deber de fundamentación, atempera el rigor de su cumplimiento, lo que cobra fuerza y vigor en un procedimiento mucho más presto y concentrado.

⁵⁶ No procede el recurso de unificación de jurisprudencia, según lo reglado en el artículo 502 del Código del Trabajo.

⁵⁷ Por el reenvío del artículo 496 del Código del Trabajo al artículo 201 del mismo código. Ya existe cierto consenso en no hacer operativo el reenvío a las hipótesis de demandas de desafuero por maternidad, en cuyos casos no concurre dicha necesidad de urgencia, además de razones de técnica de reenvío que impiden dicha operatividad. Esto último no fue pacífico al inicio de la reforma procesal laboral.

⁵⁸ En el Juzgado del Trabajo de Concepción, durante el 2021 ingresaron 1.435 casos por el procedimiento de aplicación general y 902 por el procedimiento monitorio; mientras que entre el 2 de enero y el 26 de abril de 2022 ingresaron 574 casos por el procedimiento aplicación general y 299 por procedimiento monitorio. En el Juzgado del Trabajo de Valparaíso, durante el 2021 ingresaron 1.511 casos por el procedimiento de aplicación general y 944 por el procedimiento monitorio; mientras que entre el 2 de enero y el 26 de abril de 2022, ingresaron 564 casos por el procedimiento aplicación general y 216 por procedimiento monitorio. En el Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, durante el 2021 ingresaron 7.800 casos por el procedimiento de aplicación general y 3.103 por el procedimiento monitorio; mientras que entre el 2 de enero y el 26 de abril de 2022 ingresaron 2.540 casos por el procedimiento aplicación general y 854 por procedimiento monitorio. En el Segundo Juzgado del Trabajo de

transitoriamente, por el periodo de aplicación de la Ley 21.226 en que no durante un tiempo no se exigió el acta de conciliación para acudir a este procedimiento,⁵⁹ como de manera más definitiva con el aumento de la cuantía permitida para su operatividad.⁶⁰ Por ende, no es despreciable el número de procedimientos monitorios en la judicatura laboral, lo que requiere —salvando los casos de demandas acogidas o rechazadas de plano y no reclamadas— la aportación de medios probatorios para acreditar las afirmaciones fácticas. Es necesario reseñar que los casos de fondo sustanciados por dichos procedimientos especiales no son precisamente más simples o sencillos, desde el prisma del debate fáctico y juicio judicial de los hechos, ya que la razón de política legislativa obedece a razones de urgencia y no a la facilidad de los casos *sub lite*, por lo que la experiencia entrega, por ejemplo, muchos asuntos de baja cuantía económica pero de alta complejidad fáctica o jurídica.

En dicho contexto, ante la necesidad de confirmar procesalmente diferentes afirmaciones fácticas, muchas veces en casos de complejidad, en un procedimiento concentradísimo, surge la interrogante sobre cómo insertar en la actividad probatoria una eventual prueba de peritos, la que puede incluso satisfacer todos los requisitos de admisibilidad y ser inclusive muy relevante para la solución fáctica del caso. Piénsese a modo ejemplar en una demanda por despido injustificado, en que solo se pretende la indemnización sustitutiva del mes de aviso por el ingreso mínimo mensual, ante una causal de despido de vencimiento del plazo, en que todo el debate fáctico se centra en una eventual falsificación de una firma en el contrato de trabajo escriturado a plazo fijo, lo que sugiere la utilización de una pericial caligráfica.

Ciertamente, lo problemático se colige por la necesidad de tiempo intermedio entre la oferta y la rendición del medio probatorio, lo que en otros medios probatorios también ha generado cierto impacto problemático, como ocurre con la absolucón de posiciones y la exhibición de

Santiago, durante el 2021 ingresaron 7.800 casos por el procedimiento de aplicación general y 3.104 por el procedimiento monitorio; mientras que entre el 2 de enero y el 26 de abril de 2022 ingresaron 2.541 casos por el procedimiento aplicación general y 855 por procedimiento monitorio. Datos recogidos de la Oficina Judicial Virtual del Poder Judicial.

59 Artículo 8 de la Ley 21.226.

60 La Ley 21.394, en su artículo 5, amplía el tope de diez ingresos mínimos a quince.

documento.⁶¹ En la hipótesis de la prueba pericial se produce dicho problema ya que no es posible traer eventualmente preparada una prueba pericial y luego, en el caso de ser admitida, rendir en la misma audiencia monitoria el aludido medio probatorio.⁶² Lo anterior se ve impedido por la utilización de la lista de peritos para el nombramiento, lo que echa por tierra un posible intento de, incluso, contactar previamente a una persona experta del listado estatal para prever la confección del informe y la ulterior rendición de su declaración. Además, esto se ve reforzado por el sistema de vetos cruzados que existe en el nombramiento de peritos, ya que ante la falta de aquiescencia no se puede nombrar a los primeros de la propuesta de cada parte. Si existiese la institución del perito de confianza podría prepararse privadamente de manera anticipada y —sorteando los requisitos de admisibilidad— rendir la prueba pericial en la misma audiencia.

Las soluciones posibles son variopintas. La más extrema es rechazar todo intento de oferta de prueba pericial, por no ser compatible con la concentración del procedimiento monitorio lo que, a las claras, importa una postura muy lesiva del derecho a prueba de las partes. Puede agregarse que si es el demandante quien pretende la prueba pericial y su previsibilidad la tiene su defensa técnica, desde su preparación de la demanda inicial podría haber optado por acudir al procedimiento de aplicación general, lo que le permitiría tranquilamente solicitar la prueba de peritos.

Otra posibilidad, en sintonía con la anterior, es exigirle a la parte demandante que en su acto de postulación procesal —la demanda— solicite inmediatamente la prueba pericial, en la misma línea de la exigencia de algunos jueces y juezas de petición previa de otros medios de prueba conflictivos, como ocurre con la exhibición de documentos, absolución de posiciones y oficios, lo que salva el conflicto inicial, pero no tiene

61 Por lo mismo es que algunos jueces laborales han exigido que en la demanda se solicite inmediatamente la absolución de posiciones o la exhibición de documentos, ante la dificultad de previsión para la contraria y por la concentración de la audiencia única monitoria. Es una solución por cierto muy cuestionable por razones que exceden este trabajo.

62 Lo que implicaría que el perito concurra a declarar a la audiencia única, salvo acuerdo de las partes en contrario.

sustento legal⁶³ y no soluciona el problema para la petición de prueba de peritos para la parte demandada.

La tercera posibilidad pasa por el voluntarismo de aceptar un perito de confianza, pero sin sustento normativo que lo permita y que reglamente el control *in itinere* de su idoneidad a nivel de admisibilidad.

La cuarta solución posible es fijar una audiencia de continuación para el solo efecto de recibir la prueba pericial, lo que puede tener sustento en el artículo 545 número 7 del Código del Trabajo —aplicable por el reenvío del inciso segundo del artículo 432— que previene que ante la falta de evacuación del informe pericial y su contenido fuese relevante para la resolución del asunto, la judicatura tomará todas las medidas inmediatas que fuesen necesarias para su aportación e incluso puede fijar para ese solo efecto una nueva audiencia dentro del plazo más breve; para eso son aplicables todas las prevenciones ya realizadas sobre dicha regla legal, en especial sobre la exigencia de la relevancia de la pericia, lo que parece implicar un estándar más alto que los criterios de pertinencia y de necesidad. Esta solución, con anclaje en disposiciones legales, parece ser una puerta de salida para el problema, aunque en contrario puede sostenerse la afectación de la concentración propia del procedimiento monitorio, lo que puede atemperarse con lo excepcional de dicha opción.

Con todo, puede agregarse como quinta solución la utilización de medidas prejudiciales probatorias, con sustento en el artículo 432 inciso primero del Código del Trabajo y los artículos 281 y 288 del Código de Procedimiento Civil, que posibilita a las partes para sustentar la petición de una prueba de peritos prejudicialmente. Esto permite sortear la exigencia legal de *inminente daño o perjuicio* por la necesidad de urgencia de acudir al procedimiento monitorio y su derecho a prueba, que pudiese afectarse en dicho procedimiento ultra concentrado en el que podría no haber una solicitud *in tempore* de la prueba de expertos dentro de la audiencia única.

63 Nótese que en los procedimientos reformados, cuando se ha querido exigir que junto al acto de postulación procesal se señalen medios probatorios, se ha señalado expresamente por la ley, como ocurre con la acusación penal y el señalamiento de medios de prueba, según indica el artículo 259 del Código Procesal Penal. También en sede civil y en procedimientos hiperconcentrados cuando se ha querido exigir que la demanda contenga los medios probatorios se ha señalado por la ley claramente, como ocurre con los denominados interdictos posesorios, según previene el artículo 551 del Código de Procedimiento Civil. El Código del Trabajo no señala norma análoga.

Capítulo 5

La valoración del conocimiento experto y otros asuntos finales

—Héctor Galleguillos Carmona

Sobre la valoración probatoria

Sana crítica, conocimientos científicamente afianzados
y motivación en el juicio de los hechos

En nuestros procedimientos reformados existe libertad de prueba y rige el sistema de la sana crítica como régimen legal de su valoración. Esto significa que los tribunales pueden apreciar la prueba con entera libertad, pero no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Es decir, en principio, los conocimientos científicamente afianzados constituirían un límite a la actividad cognoscitiva de la judicatura, en su función de valoración de la prueba.

Nos referiremos a los conocimientos científicamente afianzados, en particular, porque son el límite que no pueden traspasar las juezas y los jueces en los procedimientos reformados para valorar la pericia científica (si bien la ley habla de ciencia o arte, en general son la ciencia y la técnica las que se expresan a través de la prueba pericial).

En este sentido, nosotros consideramos que los conocimientos científicamente afianzados constituyen, junto con los principios de la lógica y las máximas de experiencia, las herramientas cognoscitivas de las que se sirve la judicatura en la actividad valorativa de la prueba para la reconstrucción de los hechos materia de juicio. No son límites propiamente tales porque el juez o la jueza debe razonar sobre la base de premisas lógicas o conocidas en la valoración racional de los medios de prueba y estas premisas provienen de los conocimientos científicamente afianzados o de las máximas de experiencia, ya sea para valorar la declaración de un perito, testigo u otro medio probatorio. Quien juzga parte de una

premisa que proviene de la lógica o de la experiencia para valorar un medio de prueba y si la información introducida por el medio probatorio se ajusta a la premisa mayor será valorada positivamente, de lo contrario se le restará valor en este silogismo valorativo en el que las reglas de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de experiencia constituyen la premisa mayor del razonamiento judicial.

Asumir el carácter de inferencia inductiva a la averiguación de los hechos tiene enormes consecuencias epistemológicas y metodológicas. Como lo destaca el profesor Ibáñez implica:

[Situarse] reflexivamente el quehacer cognoscitivo del juez respecto de los hechos en el ámbito de las explicaciones probabilísticas, que son las que permiten afirmar algo, pero solo, y si la derivación es correcta, «con un alto grado de probabilidad, y quizá con «certeza práctica».¹

Estos conocimientos científicamente afianzados provienen de la ciencia y sobre el concepto histórico de la ciencia versa la rama de la filosofía denominada epistemología o también filosofía de la ciencia. Una definición de ciencia que nos puede servir en el desarrollo de este curso es la que formulan Rodrigo Coloma Correa y Claudio Agüero San Juan (2014), quienes definen ciencia como:

Un conjunto heterogéneo de discursos [...] calificamos como *científicos* a aquellos discursos que son formulados por grupos de expertos que gozan de prestigio social y que se circunscriben en ciertas áreas del conocimiento [...]. Los científicos investigan fenómenos que, en muchas ocasiones, resultan desconcertantes e inexplicables de acuerdo al sentido común [...]. Los saberes descubiertos o elaborados por los científicos son llamados *conocimientos científicos* para distinguirlos cualitativamente de otros saberes en razón de quien accedió a ellos [...]. No todos los conocimientos determinados a través del método científico se encuentran afianzados [...] Un conocimiento se ha afianzado, consolidado o asentado cuando es incuestionable en un sentido sincrónico.

El modelo de la sana crítica estimula, de esta manera, la aplicación de generalizaciones que cuentan con mayor legitimación que las creencias personales de los jueces y las juezas, a los efectos de representar

¹ Expresión tomada de Bettiol G., *Istituzioni di diritto e procedura penale*. Cedam, Padua (1966: 203), traducción al español de Gutiérrez-Alviz y Conradí, citado en Ibáñez (1992).

el mundo (Coloma, 2012). La sana crítica —en su dimensión de libertad— apunta a que es absurdo reducir cualquier manifestación de la conducta humana a una estructura que correlaciona anticipadamente un caso con una solución. Esto es: «si se demuestra la existencia de un determinado estado de cosas, estaremos autorizados para contar con que otro estado de cosas (necesariamente/probablemente) se ha producido» (Coloma Correa y Agüero San Juan, 2014). Esta constatación ha llevado a que la decisión del legislador, en orden a autoconstreñir su potestad de dictar reglas sobre cómo deben valorarse las pruebas —o de reenviar a otros sistemas de producción de conocimientos en asuntos a los que no pueden dar respuestas—, se entienda como una estrategia que aminora los potenciales errores en que podría incurrirse en las sentencias. Así, el modelo de la sana crítica evita la errónea aplicación de generalizaciones que carecen de legitimación epistémica-cultural y da espacio para que las creencias de los jueces y las juezas (todas las cosas consideradas) sean las que provean de respuestas (Coloma Correa y Agüero San Juan, 2014).

Desde esta perspectiva podemos afirmar que los conocimientos científicamente afianzados constituirían una excepción a la regla que excluye del establecimiento de la verdad procesal la ciencia privada del juez o jueza; y que se trata de una forma de razonamiento lógico que, siguiendo criterios de valoración, permite validar ciertas conclusiones sobre los hechos del juicio.

La importancia de la materia, y la necesaria precisión conceptual, radica en que sí sostiene parte importante de la doctrina, en el sentido de que tanto para los conocimientos científicamente afianzados como para las máximas de la experiencia:

No les rige la prohibición común de no admitir otros hechos que los probados en el juicio. La máxima *quod non est in actis non est in mundo* no es aplicable totalmente a ellas ya que implicaría rechazar juicios o razones que por su generalidad, notoriedad, reiteración y permanencia en el tiempo se tienen generalmente por aceptados por la sociedad (González, 2006).

Esta importancia es radical si se piensa que abolida la prohibición de no admitir otros hechos que los probados en el juicio,² se puede afec-

² Incluso algunos autores señalan, en sentido contrario, que la sana crítica —en su

tar seriamente el principio de contradictoriedad, pilar fundamental del modelo acusatorio. Además, la decisión así adoptada, sobre la base de un hecho que no ha sido objeto de prueba ni debate, escapa al control de la motivación de la sentencia que exige al juez o jueza:

Dar los motivos por los que adquiere su convicción, lo que es una importante garantía para asegurar que resolverá la *litis* según *allegata et probata*, pues, al tener que ponderar la prueba y dar las razones de su convencimiento, necesariamente tiene que apreciar en mejor forma los datos probatorios [...]. No le es permitido (al juez) obrar *prima facie*, sin formarse una entera convicción, sino que, por el contrario, debe llegar a un pleno conocimiento del *facta probandi* a través de un estudio razonado de la prueba, pues la sentencia no puede apoyarse en un juicio dubitable, sino en hechos realmente demostrados en el juicio (Paillás, 1991: 24, 28 y 29).

Nosotros adherimos a la concepción cognoscitiva de la prueba que elabora el profesor Taruffo (2003: 20) quien sostiene:

El juez debe fundar su decisión exclusivamente en pruebas admisibles. Por lo tanto, no es irrelevante cuál sea la fuente de su persuasión: si esta deriva de informaciones extrajudiciales (la denominada «ciencia privada» del juez) o de pruebas ilícitas o inadmisibles, la decisión no se podrá basar en ellas solo porque el juez las encuentre persuasivas. Por otro lado, el juez debe someter a control crítico las fuentes de su convencimiento (verificando la autenticidad y la credibilidad o la falsedad de la prueba), las inferencias que formula de un enunciado fáctico a otro (ya que los criterios de razonamiento deben ser aceptables y lógicamente válidos) la credibilidad y la fundamentación de las conclusiones que extrae (ya que sus elecciones deben estar racionalmente justificadas).

Desde el punto de vista de la valoración de la prueba pericial creemos útil distinguir entre ciencia y técnica y entre ciencias exactas y ciencias humanas.

dimensión de sujeción— prohíbe a los jueces y las juezas recurrir a conocimientos privados provenientes de experiencias individuales.

Distinción entre ciencia y técnica

Respecto de este primer punto, como señalan Coloma Correa y Agüero San Juan (2014):

La clásica distinción entre ciencia y tecnología ha sido superada porque el modo de trabajar de los científicos es cada vez más tecnocientífico y porque muchos filósofos han aceptado que la ciencia no solo describe la realidad, sino que la interviene. Un enfoque que puede ser útil para nuestros fines lo proporciona Bunge (1969), para quien es característico de la tecnología «contar con instrucciones para realizar un número finito de actos en un orden dado y con un objetivo determinado». Estas instrucciones son normas que se basan en leyes científicas y cuyo propósito es regular el desempeño de quien ejecuta la técnica para garantizar así un resultado consistente en el tiempo. La idea de instrucción de Bunge es muy ilustrativa sobre lo que esperamos los abogados —como legos en ciencia y en tecnología— de un perito (médico, bioquímico, mecánico, bombero, etc.). Queremos tener seguridad sobre la consistencia de un resultado en el tiempo y queremos saber cómo es posible resguardar esa seguridad.

Finalmente podemos señalar que la técnica no es otra cosa que la ciencia aplicada.

Distinción entre ciencias exactas y ciencias humanas

Este es quizá un aspecto más problemático para definir cuando nos encontramos con un conocimiento científicamente afianzado. Al parecer, el desarrollo de un conocimiento científico en una ciencia natural o exacta (si se nos permiten estas nomenclaturas) no es cuestionable si ha alcanzado una validación en la comunidad científica; sin embargo, no ocurre lo mismo con las llamadas ciencias humanas, donde por definición existen distintas escuelas epistemológicas, que tienen muchas más dificultades para lograr un consenso en la comunidad científica, así es que el ejercicio cognoscitivo está en gran medida influenciado por las propias convicciones personales de los jueces y las juezas.

Como señalan Rodrigo Coloma y Claudio Agüero (2014) en el artículo que hemos citado:

Sin profundizar en el problema de juzgar resultados periciales parcialmente incompatibles, creemos que dirimir controversias entre peritajes

de dos ciencias o disciplinas, entre escuelas rivales de una misma ciencia o, simplemente entre dos peritos, exige realizar distinciones. Siguiendo a Latour, es útil diferenciar entre peritajes que son producidos preeminentemente por la intervención de artefactos, aparatos e instrumentos; y peritajes en donde los resultados son fuertemente dependientes de la intervención de un agente humano. Una distinción así es útil porque permite entender mejor el significado de la expresión «científicamente afianzado» al exigir distinguir el modo en que se consolida un resultado científico-tecnológico y a través de la forma en que se ha obtenido.

Coloma y Agüero (2014) diferencian:

[los] resultados producidos principalmente por artefactos, instrumentos o máquinas (como el test de ADN); los producidos por la concurrencia de aparatos y de agentes humanos (como la autopsia), los elaborados principalmente por la intervención de un agente (como una pericia psiquiátrica). Intuitivamente, sin experticia en las tecnologías respectivas, nos parece que el ADN es una prueba más fuerte que las otras. Esa intuición no está determinada solo por el valor científico o el prestigio de la bioquímica como ciencia. El sustento de la validez y la confiabilidad de test de ADN, se encuentran en que es una prueba biológica que cuyo resultado es obtenido usando «la mejor tecnología disponible»; donde la expresión «la mejor tecnología disponible» significa, aproximadamente, atender al menos a cuatro factores: i) la capacidad de repetir el test en igualdad de condiciones, ii) la baja tasa de error de resultados, iii) la intervención de aparatos, artefactos e instrumentos de última generación diseñados especialmente para ejecutar el examen y, iv) la existencia de mecanismos de control de calidad en la ejecución del procedimiento. Algunos de esos cuatro factores fallan en el peritaje planimétrico y más todavía, en el test psicológico: por eso confiamos menos en ellos.

Finalmente, como se puede apreciar se trata de valorar conocimientos científicos que poseen distintos estatus epistemológicos, donde las ciencias exactas o naturales se encuentran en la punta de la pirámide por su solidez y posibilidades de verificación mediante un método definido en relación con su objeto de estudio.

Criterios de valoración de la prueba pericial en los procedimientos reformados

Los criterios de valoración en los procedimientos reformados están sujetos, como ya hemos señalado, a las reglas de la sana crítica y la judicatura tiene libertad para valorar, sin otros límites que los de las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

En derecho comparado, ya se ha hecho referencia en este libro, a los criterios de Daubert, que incorporaron a la prueba de admisibilidad la validez científica de la técnica aplicada.

La validez científica del Daubert *test* ha de acreditarse evaluando los siguientes factores: a) si la teoría o la técnica se puede probar y si ha sido efectivamente puesta a prueba (verificabilidad y refutabilidad como criterios mínimos de científicidad de cualquier teoría); b) si se han realizado publicaciones especializadas en el tema; c) cuáles son los márgenes de errores potenciales asociados al método; y d) cuáles son —si es que existen— los procedimientos estandarizados y los controles de calidad que rigen la práctica. No es que el Daubert *test* exija que cualquier técnica científica usada como fuente de prueba cumpla todos los criterios mencionados, pues esto es algo que queda al criterio del juez. Pero sí exige a los jueces —y esto es lo más significativo— escrutar de manera más estricta muchas pruebas científicas que hasta ahora no habían sido cuestionadas y conduce así a que estos recuperen su papel de *gatekeeper* (Gascón, 2010b).

Este criterio de admisibilidad también nos sirve porque nos permite fijar un primer nivel de valoración, consistente en aquellas pruebas que no cumplen el mínimo de los requisitos de confiabilidad y no se ajustan al método científico, es decir, aquellos considerados como *ciencia basura*. Un segundo nivel, corresponde a los ámbitos del conocimiento que no cumplen con todos los requisitos para ser reconocidos como ciencia, pero a los que se les reconoce ciertas pretensiones de científicidad, ya que cumplen mínimamente con el método científico. El tercer nivel, es el de la ciencia propiamente tal, con un objeto, método y estatus epistemológico reconocido por la comunidad científica.

En los procedimientos reformados, los peritajes son objeto de libre valoración por la judicatura y tienen como límites aquellos que se seña-

lan como límites para la sana crítica y, en materia procesal penal, se exige además superar el estándar de convicción que exige el Código Procesal Penal, que es la superación de la duda razonable.

La valoración de una prueba pericial científica, que cumpla con los requisitos generales de admisibilidad y no contradiga la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicamente afianzados, debería ser positiva, salvo que existan defectos en la propia prueba como, por ejemplo, una mala praxis pericial que lleve a que un peritaje no cumpla con las condiciones de rigurosidad necesarias en sus distintas fases.

Dichos defectos pueden acontecer en el reconocimiento de la persona o cosa que es objeto de la pericia, ya sea porque nunca existió o porque no se hizo apropiadamente, como podría ser el caso de una pericia en la que resulta necesario que el perito vea personalmente una cosa o persona y no lo haga de esa forma. Así también en una prueba pericial puede haber una falta de calificación o conocimientos del perito o una equivocada aplicación de los conocimientos de una ciencia, arte u oficio al caso particular (Silva y Valenzuela, 2011).³

En el juicio oral, los intervinientes pueden realizar preguntas y contraexamen para determinar la imparcialidad e idoneidad del perito, así como el rigor técnico y científico de sus conclusiones. De esta manera, un tribunal diligente puede apreciar:

Al efectuar la valoración de la prueba (de ser procedente, la declaración de un perito de dudoso rigor debiese ser valorada con ese alcance). Sin perjuicio de ello, una nueva prueba pericial en la modalidad de prueba sobre prueba puede aquí también resultar muy útil a la hora de dejar en evidencia frente al tribunal la falta de idoneidad del perito o los problemas que puedan estar presentes en su declaración asociados a la materia de experticia que se trate. Por último, puede darse que las conclusiones a las que se arriba en la pericia científica no devinieren lógicamente del proceso seguido (Silva y Valenzuela, 2011).

A diferencia de los defectos posibles en el reconocimiento de la prueba pericial, el examen del raciocinio lógico que se usó para llegar a las conclusiones debiese poder ser realizado por el mismo tribunal al valo-

³ Sobre este particular, cobra especial relevancia la utilización de metaperitajes que han sido ampliamente aceptados en la jurisprudencia.

rar el peritaje que se presenta como prueba, «pues no implica conocimientos adicionales que como persona lego, pero razonable, debe tener. Sin perjuicio de ello, una prueba pericial que se haga valer para dejar en evidencia la falta de rigor lógico de otro testimonio experto puede resultar del todo deseable» (Silva y Valenzuela, 2011).⁴

Valoración de pruebas periciales con conclusiones diferentes

El juez o la jueza también pueden alejarse de las conclusiones de un peritaje que ha cumplido con las exigencias del primer nivel de valoración, es decir de la confiabilidad que le da la validez científica:

Cuando en el juicio correspondiente se hubiere hecho valer otro peritaje que, fundándose en principios propios de la misma arte, ciencia u oficio, aportara conclusiones diferentes. Naturalmente, este segundo peritaje debe también haber superado el examen de admisibilidad ante el juez de garantía y debe haberse realizado con una rigurosidad equivalente a la del primer peritaje, pues de no ser así sería desacreditado en función de tales defectos. Si se tiene peritajes que llegan a conclusiones diferentes, pero en uno no existió reconocimiento o este se hizo deficientemente o si la secuencia lógica seguida para arribar a sus conclusiones contiene errores, pareciera más razonable darle valor al dictamen del otro perito. La hipótesis aquí presente es compleja, pues existen dos medios de prueba de la misma naturaleza y que resultan igualmente admisibles, igualmente confiables e igualmente rigurosos en su forma de llevarse a cabo, pero que, sin embargo, entregan informaciones contradictorias (Silva y Valenzuela, 2011).

A continuación, se plantea el problema de si la judicatura puede, con su solo conocimiento privado, valorar negativamente una pericia por vulnerar los límites de la sana crítica (en este caso los conocimientos científicamente afianzados del juzgador). Las críticas a esta posibilidad suelen ser dos: una dogmática, por la inseguridad jurídica que deriva del hecho de que cada juez o jueza decida según su criterio (vulnerando el principio de contradicción del sistema acusatorio); y la otra crítica es práctica «porque los criterios sentados por Daubert presuponen en todo caso que el juez es capaz de comprender y manejar conceptos científicos

4 Claramente el metaperitaje es ampliamente utilizado para develar estas deficiencias metodológicas de la prueba pericial.

que la mayoría de las veces son complejos, lo que acaso no siempre sea cierto» (Gascón, 2010).

En síntesis, tratándose de una prueba pericial admisible y válida, que ha pasado por todos los filtros del proceso penal, se puede:

Enunciar cuatro reglas de decisión entre estos conocimientos científico-tecnológicos (afianzados). La primera regla dice que debe preferirse el conocimiento producido con la mejor tecnología disponible en un momento dado. La segunda regla dice que ante igualdad de condiciones tecnológicas debe preferirse al conocimiento que tiene mayor sustento en la comunidad científica de referencia. La tercera regla dice que la tasa de error condiciona la elección entre un resultado producido por un artefacto y un resultado producido por un humano. La cuarta regla dice que a igualdad de todos los factores anteriores el juez tiene discrecionalidad para decidir entre los dos resultados científicos (Silva y Valenzuela, 2011).

Medios de impugnación de la prueba pericial en procedimientos reformados

Respecto de los medios de impugnación de la prueba pericial en los procedimientos reformados podemos distinguir:

Medios de impugnación en sede penal

Medios de impugnación relativos a su admisibilidad. En el proceso penal actual, la apelación se encuentra limitada a ciertas resoluciones atendido su diseño acusatorio. Una de esas oportunidades es la apelación concedida al Ministerio Público en el artículo 277 inciso penúltimo del Código Procesal Penal que dispone: «el auto de apertura del juicio oral solo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el Ministerio Público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será concedido en ambos efectos». Como se puede apreciar, es una norma sumamente restrictiva que más allá de la discusión acerca de la titularidad del recurso, que se ha planteado en el Tribunal Constitucional respecto de la posibilidad que la defensa también esté legitimada para interponerlo, solo se refiere a la hipótesis de exclusión de vulneración de garantías fundamentales en la realización, por

ejemplo, de un peritaje que no ha sido autorizado por el juez o jueza de garantía o ha sido obtenido con otras inobservancias de garantías fundamentales. La apelación no procede, por ejemplo, tratándose de otras causales de exclusión como la impertinencia.

El medio de impugnación idóneo para discutir la admisibilidad de la prueba pericial será necesariamente el recurso de nulidad. En todo caso, este recurso debería ser preparado por la interposición del respectivo incidente de nulidad procesal.

Mediante la causal del artículo 374 letra a) del Código Procesal Penal se puede discutir la exclusión o inclusión de una prueba pericial, de manera indirecta, porque lo que se impugna es el juicio y la sentencia, fundando en que se privó a una de las partes intervinientes de una prueba relevante para sus intereses o bien se ingresó una prueba pericial que no era admisible, reclamándose de esta forma la vulneración a las normas del procedimiento lo que habría generado indefensión lo que constituye la infracción al debido proceso.

Medios de impugnación relativos a la valoración de la prueba pericial en materia penal. En materia procesal penal claramente el arbitrio idóneo para impugnar una prueba pericial es el recurso de nulidad. En su causal del artículo 374 letra e) relativo a la exigencia legal de fundamentación, esta exigencia dice relación con la libre valoración de los medios de prueba y se tiene como límites aquellos establecidos por la sana crítica, esto es, las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Es necesario señalar, que las partes litigantes también han recurrido a la causal prevista en el artículo 373 letra b) para impugnar la insuficiencia de la prueba pericial, causal que si bien puede parecer improcedente ha sido acogida por la Corte Suprema en causas relativas a la infracción de la Ley 20.000, que contempla una hipótesis de peritaje obligatorio para acreditar la sustancia y pureza de la droga por parte del Instituto de Salud Pública, requisito que se ha entendido parte del tipo penal, por nuestro máximo tribunal en los siguientes términos:

Que, tratándose de la infracción penal en examen, su lesividad consiste en el peligro concreto que debe revestir la sustancia estupefaciente respectiva para la salud pública —objeto jurídico de protección— derivado de su naturaleza, peso o cantidad, contenido, composición y grado de pureza.

Esta Corte ha resuelto que si en el informe regulado en el artículo 43 de la Ley 20.000 no se estableció la pureza o concentración de la droga, sino únicamente la presencia del estupefaciente, resulta imposible determinar si ella tiene o no idoneidad o aptitud como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública y, por consiguiente, los hechos tenidos por comprobados no pueden ser castigados como tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas (SSCS rol 4215-12 de 25 de julio de 2012, rol 21.599-2014 de 1 de septiembre de 2014, rol 25.488-2014 de 20 de noviembre de 2014, rol 3421-2015 de 14 de abril de 2015, rol 3707-2015 de 28 de abril de 2015 y rol 19.722-15 de 9 de diciembre de 2015). En ese sentido, la carencia de informe sobre la pureza de la sustancia dubitada y su composición redundan en la imposibilidad de adquirir la certeza demandada por el artículo 340 del Código Procesal Penal respecto de la lesividad o dañosidad social de la conducta atribuida al enjuiciado y, por ende, respecto de la existencia del delito.⁵

Medios de impugnación en sede laboral

En el procedimiento laboral podemos apreciar que la impugnación sobre la admisibilidad o valoración de la prueba pericial se puede realizar de las siguientes formas:

Medios de impugnación relativos a la admisibilidad de la prueba pericial en materia laboral. Respecto de un eventual error en la admisibilidad o exclusión de una prueba pericial solo cabe el recurso de reposición, al tenor del artículo 475 del Código del Trabajo. En contra de la resolución dictada en audiencia, la reposición deberá interponerse en forma verbal, inmediatamente después de pronunciada la resolución que se impugna y se resolverá en el acto.

El recurso de apelación se encuentra restringido en el proceso laboral y sigue el modelo recursivo del Código Procesal Penal. La interposición del recurso de reposición es relevante en la hipótesis de una eventual causal de recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva para los fines de su preparación y se posterga, en este caso para la vista del recurso de nulidad, el examen de la correcta admisibilidad de la prueba pericial impugnada.

Luego, en contra de la sentencia definitiva cabe el recurso de nulidad laboral (si se cumplen otros requisitos propios del recurso de nulidad:

⁵ Corte Suprema, causa rol 15207-2017, recurso de nulidad.

trascendencia, preparación, etcétera), mediante el cual se puede discutir la admisibilidad de una prueba pericial en las siguientes hipótesis:

- Si se excluyó una prueba pericial que debió incluirse, se configuraría la causal de infracción de garantías fundamentales, en especial el derecho a prueba y debido proceso, al tenor de la causal del artículo 477 del Código del Trabajo (infracción de garantías durante la tramitación del procedimiento) en relación con el artículo 19 número 3 de la Constitución Política de la República.
- Si se incluyó una prueba pericial que debió excluirse, debemos distinguir: i) si se trata de la inclusión de una prueba ilícita, cabe la causa de infracción de garantías fundamentales, con base en la garantía alegada en el caso concreto (artículo 477 del Código del Trabajo); o ii) si se debió excluir por otra causal, no existe causal específica en el recurso de nulidad laboral y se debe revisar caso a caso la procedencia de una causal.

Medios de impugnación relativos a la valoración de la prueba pericial en materia laboral. La valoración de la prueba pericial en materia laboral puede impugnarse mediante la interposición de un recurso de nulidad por las siguientes causales:

- Si el tribunal *a quo* no valoró la prueba pericial cabría la causal prevista en el artículo 478 letra e) del Código del Trabajo, esto es la falta de fundamentación. Todo basado en la omisión de un requisito de la sentencia, particularmente, la exigencia del análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esta estimación. Nótese que, en los procedimientos monitorios por la atenuación del deber de fundamentación, esta causal se encuentra, a su vez, matizada en su operatividad.
- Si el tribunal *a quo* valoró la prueba pericial contraviniendo los límites de la sana crítica, se configura la causal prevista en el artículo 478 letra b) del Código del Trabajo, esto es, cuando la sentencia haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

Medio de impugnación en materia de familia

El proceso de familia es distinto a los procesos penales y laborales en el sentido que no existe recurso de nulidad. Así las cosas, resulta procedente el recurso de apelación y las disposiciones del Código de Procedimiento Civil como normativa supletoria.

Respecto de la admisibilidad de la prueba pericial, en materia de familia no existe recurso de apelación directa contra la resolución que excluye o no una prueba pericial en el debate de exclusión que se verifica en la audiencia preparatoria. Sin embargo, en contra de la sentencia definitiva de primera instancia solo procede el recurso de apelación, mediante el cual se puede debatir nuevamente tanto sobre la admisibilidad, como sobre la valoración de la prueba pericial. Así lo establece el artículo 67 número 2 de la Ley 19.968.

Por último, la valoración de la prueba pericial se podría impugnar adicionalmente a través del recurso de casación en el fondo, respecto de la sentencia definitiva de segunda instancia, en que puede plantearse una violación de las normas sustantivas reguladoras de la prueba por infracción manifiesta de las normas sobre sana crítica.

Algunas consideraciones en la valoración de los peritajes

Peligro de sobrevaloración de la prueba pericial en procedimientos reformados

Como se advertía previamente, la sobrevaloración del conocimiento experto representa un riesgo enorme para la función jurisdiccional porque la prueba pericial científica posee tal estatus y reconocimiento epistemológico que se corre el riesgo de subrogación de la decisión judicial, fundada en la autoridad que posee una ciencia o disciplina científica.

Mauricio Duce (2013: 44) señala:

Por una parte, se puede constatar que en la medida en que la prueba pericial se utiliza extensivamente, para casos en los cuales no es necesaria, ello tiende a generar un proceso de sustitución del trabajo judicial por el trabajo de expertos, con lo cual se afectan las bases por sobre las cuales se construye la legitimidad de las decisiones judiciales. De otra, vinculada a la anterior, el impacto que produce este tipo de prueba en el

juzgador, especialmente tratándose de pericias en disciplinas de difícil comprensión para no especialistas, debilita el control judicial sobre la calidad de la información aportada por peritos, y ello aumenta la probabilidad en qué casos se resuelvan producto de errores judiciales.

Principales problemas detectados en derecho comparado

El profesor Mauricio Duce ha sistematizado los principales problemas que presenta la utilización de la prueba pericial en el derecho comparado, lo que se puede extrapolar perfectamente a la experiencia nacional como se podrá apreciar más adelante, esta sistematización ha permitido una aproximación conceptual al problema.

El uso de prueba pericial poco confiable

La utilización de una prueba pericial basada en disciplinas de escaso valor metodológico o científico (la llamada ciencia basura) es uno de los principales problemas detectados.

Si bien el concepto puede resultar exagerado, existen numerosos casos donde se presentan informes periciales basados en disciplinas tales como peritaje investigativo criminalístico, por ejemplo, que introducen información al juicio sin que exista una metodología validada científicamente y se apoyan en técnicas de investigación poco confiables pero que pueden inducir a decisiones judiciales erradas.

El punto central que se pretende enfatizar es que en muchas oportunidades se utiliza como evidencia en juicio prueba pericial que es presentada con un aura de rigor científico o metodológico, que realmente no posee y que lleva a los juzgadores a cometer errores en la decisión final [...]. Sobre esta materia, un aporte central desde la comunidad científica ha venido del trabajo desarrollado por la Academia Nacional de Ciencias (*National Academy of Science* o NAS) de los Estados Unidos. El año 2009, el *National Research Council* de la institución publicó un informe elaborado con el objetivo de contribuir a la mejora de la calidad de las ciencias forenses en dicho país. En él se identificaron serias deficiencias en el trabajo forense en áreas de común uso en los tribunales penales. Dentro de ellas, el análisis de marcas de mordeduras, los análisis microscópicos de pelos, las marcas de huellas de zapatos, la comparación de voces y el uso huellas digitales. El informe establece que se trata de

disciplinas que no tienen grados de confiabilidad mínimos, debido al escaso soporte de investigación científica sobre el que se fundan y que permita validar las premisas básicas y las técnicas sobre las cuales se construyen. En pocas palabras, se trata de pruebas generadas con base científicas débiles y discutibles. Como se podrá comprender, no es de extrañar que si una prueba pericial de uso habitual no tiene soporte científico real, ello sea un motor de decisiones erradas de condena. El lector imaginará el impacto que un informe de esta naturaleza, producido por una institución con alta validación en el mundo científico, ha tenido en dicho país y a nivel mundial (Duce, 2018b).

Nos parece que, en este sentido, el Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación tendría algo que decir en la validación de ciertas técnicas científicas utilizadas en la investigación penal para evitar el uso de una prueba pericial poco confiable y así reducir la posibilidad de errores judiciales.

En nuestro país no existen investigaciones empíricas sobre la utilización de ciencia basura en investigaciones penales, pero no se puede dejar de señalar el caso de la llamada Operación Huracán donde se utilizó un programa creado por un perito que enviaba desde el servidor de la Unidad de Inteligencia Operativa Especializada (UIOE) de Carabineros un correo electrónico al teléfono que se quería intervenir, y que permitía intervenir las comunicaciones de mensajería de los imputados, con la respectiva autorización orden judicial. «El correo enviado contaminaba el teléfono [...]. Una vez que el teléfono estaba infectado, cada vez que el usuario utilizara aplicaciones tales como Whatsapp y Telegram, esta información se podía observar en otro aparato».⁶

El problema presentado acá es la utilización de una técnica de investigación seudocientífica que no se encuentra validada por ningún organismo estatal o privado que pueda certificar su confiabilidad.

El llamado software Antorcha fue desacreditado posteriormente por la misma Fiscalía:

[Con] un peritaje particular, realizado por el ingeniero Felipe Sánchez, perito judicial de la Corte de Apelaciones de Santiago; cuenta con cursos en la PDI y Carabineros; y está acreditado por McAfee. El profesio-

6 Felipe Díaz, «Operación Huracán: peritaje de experto contradice versión de hacker que trabajó con Carabineros», *La Tercera*, 7 de febrero de 2018. Disponible en <https://bit.ly/3Aade4h>.

nal realizó un análisis de cuatro teléfonos celulares de los imputados y llegó a conclusiones que ponen en entredicho las explicaciones de «el profesor». Por ejemplo, determinó que en los equipos «por medio de un software especializado se analizó cada archivo extraído, con la finalidad de detectar algún indicio de *malware* que pudiese comprometer el funcionamiento del teléfono inteligente. Del análisis realizado se obtuvo que no existe ninguna presencia de *malware* de tales características».

Otro punto al que hace referencia este peritaje tiene relación a los mensajes de texto hallados en su interior y que darían cuenta de las coordinaciones para realizar atentados. El informe señala que las carpetas en que estaban almacenadas las conversaciones, así como su formato, no coinciden con las de aplicaciones de mensajería.⁷

Pensemos que esta técnica seudocientífica de investigación fue utilizada por organismos altamente especializados de la policía uniformada, respaldada en su momento por la misma Fiscalía y sirvió de base para emitir órdenes de detención y prisión preventiva de ocho personas, autorizadas por un ministro de la Corte de Apelaciones de acuerdo con la Ley de Inteligencia. Lo anterior deja en evidencia una ausencia de control de la confiabilidad de la técnica científica de investigación a la que se ha hecho referencia.

El testimonio inválido de los peritos

Un segundo problema es lo que Garret y Naufeld (2009: 1-97) describen como testimonio pericial inválido. Con ello, se refieren a que peritos, incluso pertenecientes a disciplinas que no presentan problemas de confiabilidad importante, tienen la tendencia en juicio a realizar afirmaciones y entregar conclusiones que no cuentan con apoyo empírico en su respectiva disciplina. Es decir, el problema se da en la manera en que los expertos reportan e interpretan los resultados obtenidos en sus operaciones al momento de entregar sus testimonios en las audiencias de juicio (Garret y Naufeld, 2009: 6-8).⁸ El estudio de ambos autores analiza

7 Felipe Díaz, «Operación Huracán: peritaje de experto contradice versión de hacker que trabajó con Carabineros».

8 Por ejemplo, en el estudio se determina que en un 27% de los casos en que se presentaron analistas de ADN, una tecnología ampliamente validada por la ciencia, hubo declaraciones inválidas en la audiencia de parte de los expertos que comparecieron (p. 15). Siguiendo con este ejemplo, Peter Gill, conocido como uno de los padres fundadores de la disciplina de la técnica del ADN forense, ha sostenido: «Hay

137 casos de personas exoneradas por el *Innocent Project* (de un universo total de 232 exonerados a esa fecha) en donde se produjo prueba pericial en juicio. Con base en esto, determinaron que en un 60% (82 casos) los analistas prestaron testimonio inválido.

En nuestro país, tampoco existen estudios empíricos sobre errores judiciales motivados por testimonio inválido de peritos, pero no es posible descartar que también haya una incidencia importante de este problema en la práctica forense.

El mal comportamiento de los peritos

Un tercer problema —que identifica el profesor Duce (2018)— es el mal comportamiento de las personas expertas que trabajan para los sistemas de justicia penal. Por mal comportamiento se entiende:

Comportamientos explícitamente orientados a causar un error. Esto incluiría conductas como: no dar a conocer al acusado evidencia favorable a su caso; fabricar evidencia forense en su contra; y, presentar la opinión forense de manera de asistir indebidamente al trabajo de las policías o los fiscales. Si bien hay casos de mal comportamiento extremadamente graves documentados en países como Estados Unidos e Inglaterra, en donde algunos expertos han tenido influencia decisiva en decenas o centenas de casos a lo largo de varios años de trabajo, existe un cierto debate acerca de la real magnitud del problema. Así, el estudio de Garret y Naufeld identifica que cerca de un 10% de los casos analizados incluyó fallas en descubrimiento de evidencia exculpatoria o derechamente fabricación de evidencia. Esa cifra se elevaría a cerca de un 14% en los estudios del propio Garret al año 2011.

Según el profesor Mauricio Duce (2018), existiría un caso documentado de mal comportamiento de peritos en Chile en el llamado caso *Larraín*:

Se trata de un caso en el que se produjo una situación que podría ubicarse bajo la lógica de “fabricación” de prueba pericial descrita en el ámbito comparado y que revisé en forma previa. Me refiero al caso conocido como “Caso Larraín” del año 2013, que tuvo alta connotación pública al ser imputado del delito de conducción en estado de ebriedad

pocas dudas [...] que la interpretación errónea de los perfiles de ADN puede causar decisiones erradas de la justicia». Gill (2014), citado en Murphy, Erin (2015).

con resultado de muerte, el hijo de un senador de la República. En este se descubrió, producto de un segundo peritaje realizado sobre el cadáver de la víctima, que el informe de autopsia original practicado por un especialista del Servicio Médico Legal (SML) incorporó información falsa sobre procedimientos que nunca se realizaron en el cuerpo de la víctima ya que sus cavidades o el cráneo no fueron abiertos, cuestión que era observable a simple vista. El perito terminó siendo condenado por estos hechos como autor del delito de falsificación de un instrumento público en enero de 2016 en un procedimiento abreviado.

El uso tardío de la prueba pericial

El último problema detectado por el profesor Duce (2018) es el uso y evaluación tardío de la evidencia experta en las investigaciones penales.

En efecto, si bien en estos casos el uso de prueba pericial por lo general ha permitido exonerar a las personas inocentes antes de haber sido condenadas, un problema detectado en muchos de ellos es la tardanza en su realización. Por ejemplo, al someter a análisis las evidencias físicas encontradas en los sitios del suceso o en el curso de la investigación.

Aparentemente, el problema de fondo estaría en la concepción que habría de las agencias de persecución penal sobre el rol de esta prueba. Así, se comprendería a la prueba pericial como una forma de asegurar una condena de una persona cuya culpabilidad ya creen establecida, lo que generaría pocos incentivos para su uso temprano.

Análisis de casos

Peritajes y decisiones equivocadas:
experiencia nacional e internacional

Si bien en nuestro país existen pocos estudios empíricos sobre los problemas que presenta la utilización de la prueba pericial en los procedimientos reformados, podemos señalar que hay en nuestro sistema jurídico varios de los problemas que señala la doctrina y la experiencia comparada producto, en primer término, de una tendencia a la subrogación de la decisión judicial por el conocimiento experto (como ocurre especialmente en los procedimientos de familia donde la opinión de psicólogos y trabajadores sociales institucionales, muchas veces con

una sobrecarga de trabajo que incentiva la estandarización y una acreditación de la idoneidad insuficiente, es determinante en las decisiones judiciales dada la estructura del procedimiento, la falta de recursos de muchos justiciables para generar prueba pericial propia que revierta los dictámenes de peritos institucionales y, también, la tendencia a respaldar el trabajo de organismos colaboradores del sistema de justicia). Además, al no existir reglas más estrictas relativas a los criterios de admisibilidad de la prueba pericial, se incorporan muchas veces peritajes que no poseen la confiabilidad e idoneidad necesaria en estos procedimientos. Aquí es necesario señalar que existe un rol que el Servicio Médico Legal debe ejercer para fijar metodologías y requisitos mínimos respecto de la prueba pericial.

El sistema de acreditación tampoco asegura que la prueba pericial pueda cumplir con los estándares requeridos. Los requisitos para ser perito en materia de familia y laboral son más bien formales y en materia penal tampoco existen normas más estrictas.

Respecto de los principales nudos críticos en materia penal se pueden señalar la demora de los informes periciales, producto de la sobrecarga y falta de recursos del Servicio Médico Legal; la utilización de peritajes psicológicos de credibilidad del relato deficientes, en causas donde las víctimas son niñas, niños o adolescentes, debido a la falta de uso de metodologías validadas científicamente y, muchas veces, debido a la falta de rigurosidad relacionada con los problemas de recursos y la capacitación de las y los profesionales que trabajan en ese ámbito; y también el sesgo de confirmación, siempre presente en mayor o menor grado en los organismos colaboradores de la persecución penal.

También se critica la sobreutilización de esta prueba pericial desde la perspectiva de su necesidad. Así, uno de los pocos estudios empíricos relativos a este tema específico de las profesoras Alejandra Mera y Lidia Casas (2015) considera que, además de las falencias antes señaladas, problemas de doble victimización y peligro de subrogación de este recurso, debería operar:

Un cambio de perspectiva en cuanto al estándar de convicción sobre la credibilidad, tanto del Ministerio Público como de los Tribunales, con relación a estas víctimas. Así, en primer término, los fiscales deberían comenzar por bajar el estándar de credibilidad que ellos mismos imponen a las víctimas. Solo en los casos en que existan razonables motivos

para dudar de su veracidad, debería requerirse un examen de veracidad. Si no, no es necesario hacerlo. Si los casos van a juicio oral, el fiscal debe evaluar la conveniencia de contar con un informe de veracidad de la víctima, a objeto de presentar a un perito en juicio, pero ello no es necesario en todos los casos, solo debería serlo cuando hay prueba de descargo importante, que cuestione la teoría del caso de la acusación, o bien, cuando la declaración de la víctima no esté avalada en otra prueba de cargo, o en alguna situación similar. Finalmente, si se decide llevar a un perito al juicio para afirmar la credibilidad de la víctima, basta con llevar a un solo profesional, porque no se ve cómo aumenta la credibilidad con la acumulación de expertos que deponen sobre el mismo punto, aplicando generalmente los mismos procedimientos.

Al parecer, como señalamos al referirnos a la Ley de Entrevista Videograbada, esta prueba pericial será cada vez más excepcional, lo que soluciona de algún modo las críticas formuladas a esta pericia de credibilidad del relato, pero deja planteado el problema de conciliar el estándar de credibilidad de las víctimas de esa clase de delitos, con el estándar de convicción que debe superar el tribunal al momento de decidir sobre una acusación de este tipo. En estos casos, muchas veces, la única prueba directa es el relato de los hechos que hace la víctima, por lo que cobra especial relevancia la posibilidad de la defensa de realizar un contrainterrogatorio adecuado, para ello, se requerirá una mayor preparación de los intervinientes en general para abordar y resolver este tipo de delito, y la posibilidad de contrastar con lo obrado en la entrevista.

En un sentido más técnico legal, el profesor Duce (2018a) ha identificado tres posibles reformas legales que permitirían una mejor depuración de la prueba pericial en el proceso penal.

En primer término, para:

Mejorar la posibilidad de controlar la admisibilidad de la prueba pericial en la APJO supone introducir dos modificaciones legales. Por una parte, que se regule una regla específica que establezca exigencias de admisibilidad especiales a este tipo de prueba y que se contemple otra que de manera directa le permita al juez excluir o no admitir la prueba pericial presentada en la APJO que no cumpla con estos requisitos especiales.

En segundo término, se propone modificar:

Las reglas que regulan el descubrimiento o de acceso a información sobre la prueba pericial que se pretende introducir a juicio. Esto supone regular un momento claro para el acceso de todos los intervinientes al informe pericial de manera previa a la APJO para poder facilitar su estudio, debatir sobre su admisibilidad en la misma y eventualmente para luego preparar su confrontación en juicio. Además, se hace necesario mejorar los contenidos de los informes, es decir, los aspectos que debería incluir. En mi opinión, el artículo 315 del CPP que regula esta materia contiene exigencias bastante razonables, pero podría ser mejorado en dos órdenes de cuestiones. Por una parte, exigir la inclusión en los informes de mayor información en aspectos curriculares de los peritos. Por ejemplo, se podría incluir un listado de casos judiciales en los últimos años que han comparecido como peritos, identificando la parte que los convocó, y también una lista de publicaciones en el área si las tienen.

También señala el profesor Duce la inclusión de los anexos sobre los que se elaboran los peritajes, esto es, los registros, grabaciones, fotografías, etcétera, para que puedan ser contrastadas con el informe al que sirven de base por todos los intervinientes. En específico, respecto de peritajes siquiátricos y psicológicos debería acompañarse el registro de la entrevista, cuestión que viene a ser solucionada en lo relativo a niñas, niños y adolescentes por la existencia de la entrevista videograbada.

En tercer lugar, propone el profesor Duce (2018) a modificar:

Las reglas que regulan la presentación de la prueba pericial en el juicio de manera de mejorar el escenario de su producción y control. Una primera cuestión se refiere a la regla del artículo 329 inciso tercero del CPP que regula la declaración del perito en juicio de una manera distinta a la de los testigos señalando que los peritos deben iniciar su declaración exponiendo brevemente el contenido y conclusiones de su informe. Como se vio en el capítulo anterior, esta regla ha generado una práctica bastante formalista en la producción de la prueba pericial, afectando la calidad de la información que los jueces reciben para valorarla. Lo lógico sería eliminar esta regulación especial y someter al perito a las mismas reglas que rigen para testigos, es decir, la declaración por vía de las preguntas que formula el interviniente que lo trae.

Por último, a nivel de tendencias emergentes se puede anticipar que los peritajes sociológicos y antropológicos serán en el futuro relevantes para determinar cuestiones como enfoque de género, violencia in-

trafamiliar, pertenencia a un pueblo originario, cosmovisión indígena, etcétera.

Para el sistema en su conjunto sería importante que los requisitos de acreditación de estas materias específicas sean mayores. Atendido que, al tratarse de nuevas perspectivas, se requiere también que los operadores del sistema se capaciten en estas nuevas perspectivas epistemológicas, con todas las prevenciones que se hicieron en su oportunidad respecto de las ciencias humanas donde coexisten distintos enfoques y metodologías. Lo mismo ocurre con el sistema de justicia adolescente, donde no es usual que se presenten peritajes relativos a la sociología y psicología del desarrollo de niñas, niños y adolescentes, lo que es muy relevante, por ejemplo, en la investigación de delitos sexuales que no están comprendidos en la eximente del artículo 4 de la Ley 20.184, para evitar la criminalización de conductas propias de esa etapa de desarrollo.

Casos Proyecto Inocentes

A continuación, daremos una mirada a algunos casos del llamado Proyecto Inocentes donde se han recopilado casos de condenas erróneas basadas en pruebas periciales deficientes. Este estudio fue impulsado por la Defensoría Penal Pública y destacadas investigadoras para evidenciar los problemas del sistema de justicia penal relativo a condenas erróneas.

El primer caso es el de Fernando Vásquez Mamani, quien el 2003 fue sobreseído definitivamente por el delito de tráfico de estupefacientes, luego de haber estado sesenta días en prisión preventiva, producto de un examen preliminar realizado por la policía a un polvo de talco para los pies que había comprado y que arrojó que se trataba de pasta base de cocaína. Vásquez solo obtuvo su liberación luego de que, además de sostener su inocencia, las muestras se enviaran al Instituto de Salud Pública en Santiago donde se practicó un examen que efectivamente acreditó que se trataba de polvo para los pies. En consecuencia, un examen inicial fallido generó una privación de libertad extendida, que no tenía ninguna justificación.⁹

⁹ «Fernando Vásquez Mamani», Proyecto Inocentes. Disponible en <https://bit.ly/3D01Jtt>.

El problema acá es que se confunde una prueba orientativa (narco-test) con un peritaje propiamente tal, pero en las investigaciones sobre la Ley 20.000 el informe de drogas del ISP demora varios meses. Entonces, para acreditar que hay indicios de que se trata de una sustancia prohibida se recurre a esta prueba orientativa. El problema pareciera tratarse más bien de un caso de uso de prueba pericial tardía.

Un segundo caso registrado en el Proyecto Inocentes es el de Alonso Etcheverría Martínez, quien en 2007 fue absuelto por un Tribunal Oral en lo Penal luego de haber estado 123 días en prisión preventiva, imputado como autor del delito de abuso sexual en contra de un niño:

La persecución penal se sustentó, en buena medida, en la confección de un peritaje psicológico de credibilidad del relato que sostenía que la víctima era altamente creíble. Múltiples evidencias presentadas en juicio descreditaban tal versión y el tribunal consideró que el peritaje era especialmente poco fiable, al ser elaborado con escaso rigor metodológico y ser «altamente incompleto y ambiguo». Nuevamente, entonces, una prueba pericial de poca confiabilidad sustenta la persecución penal y permite que la persona pase un período relativamente extenso privada de libertad mientras se desarrolla el proceso (Duce, 2018).

Nuevamente queda en evidencia los problemas que trae aparejada esta prueba pericial denominada peritaje de credibilidad de relato específicamente utilizada para reforzar la convicción en torno al relato de denunciantes de delitos sexuales menores de edad. Estas investigaciones deberían sustentarse en prueba directa como la declaración misma del niño, niña o adolescente, situación que vendría a ser corregida con la implementación de la Ley de Entrevista Videograbada. Este material debe servir para evaluar la concurrencia de los requisitos del presupuesto material que permitan dar por acreditado el hecho y la participación que hagan procedente la prisión preventiva, siempre y cuando, no exista duda razonable de la misma o una versión alternativa del imputado no desacreditada por otro medio de prueba. Aquí cobra relevancia el control acerca de la pertinencia jurídica que debería efectuar el tribunal respecto de este medio probatorio, considerando el peligro que encierra admitir o sobrevalorar esta clase de pericias que pueden generar un prejuicio en el tribunal y afectar directamente la valoración de la prueba testimonial, y que no obstante puede ser desacreditada por la defensa. La contaminación que produce la circunstancia que una persona exper-

ta se refiera a la prueba testimonial como verosímil, nos lleva a cuestionar su pertinencia, atendido que su valor probatorio es cuestionable en comparación con las posibilidades de inducir a error en la valoración que hace el tribunal de la prueba rendida en el juicio.

El caso de C.P.P.F. también corresponde al de un imputado absuelto en juicio oral el 2013, luego de haber estado 220 días en prisión preventiva como presunto autor del delito violación en contra de la hija de ocho años de su pareja.

Un elemento central que desencadenó la persecución penal fue el examen inicial realizado por un médico general no especialista que señaló encontrar signos de que se habría producido el delito. Esta prueba fue contradicha por peritajes realizados dos días después por especialistas y por el resto de la evidencia, todo lo que llevó al Tribunal Oral en lo Penal a absolverlo y puso especial énfasis en el mal procedimiento seguido en el peritaje inicial, que desencadenó el resto del proceso (Duce, 2018).

Desconocemos los detalles de la investigación, pero pareciera ser un caso de lo que denominamos testimonio inválido de peritos, en los que peritos pertenecientes a disciplinas que no presentan problemas de confiabilidad, realizan afirmaciones y entregan conclusiones que no cuentan con apoyo empírico en su respectiva disciplina.

Finalmente, el último caso en que el Proyecto Inocentes identifica como principal causa del error el uso de prueba pericial es el de Elías Cartes Parra. Este individuo fue absuelto por un tribunal oral en lo penal el 2014, luego de haber pasado 160 días en prisión preventiva y 90 días en arresto domiciliario, imputado por el delito de homicidio. Una prueba clave para inculparlo fue un peritaje químico realizado sobre una muestra de sangre encontrada en el baño del domicilio en donde se produjo el homicidio y que indicaba que correspondía al perfil genético de Cartes. Un examen pericial posterior, encargado por su defensa, determinó que el peritaje original había sido realizado sin cumplir con el estándar científico básico exigido por la legislación nacional en la materia y ello no se había informado correctamente. El tribunal oral lo absolvió considerando especialmente la falta de rigor científico de la prueba pericial en su contra.¹⁰

¹⁰ «Elías Cartes Parra», Proyecto Inocentes. Disponible en <https://bit.ly/3QFl2Bd>.

Este caso podría responder a lo que denominamos mal comportamiento del perito, esto es, un comportamiento o testimonio inválido de perito, ya sea si el perito realizó explícitamente la pericia para causar error o sencillamente sin el sustento empírico de su respectiva disciplina.

Reseñas jurisprudenciales: El caso Orellana

A continuación, nos detendremos en el caso *Orellana*. Se trata de un juicio paradigmático, no solo en lo relativo a la materia que nos ocupa sino también en lo relativo a los márgenes de error del sistema y los criterios de la Corte Suprema acerca de las garantías del debido proceso y derecho de defensa, que quedaron plasmados en los recursos de nulidad acogidos y que determinaron la anulación del primer juicio oral.

En esta causa se acusaba al imputado de la violación de sus tres hijas menores de edad en forma reiterada y gran relevancia tuvo para los jueces la valoración de la prueba pericial en cada juicio.

En el primer juicio se condenó al imputado a 60 años en total, por los tres delitos de violación de menor de edad; en el segundo juicio fue absuelto; y así también en el tercero.

En el primer juicio, el tribunal valoró favorablemente la pericia realizada por el doctor Enrique Roncone, del Servicio Médico Legal, e hizo un extenso desarrollo, más bien basados en argumentos de autoridad que en la evidencia empírica, de por qué resultaba más creíble el perito de cargo que el de la defensa, doctor Leonardo González Wilhelm:

Respecto del examen efectuado en el Servicio Médico Legal, concurrió a estrados el perito médico Enrique Roncone Ditzel dando cuenta de la evaluación sexológica que efectuó a las niñas S.O.C., P.O.C. y C.O.C. En este sentido esta prueba pericial reafirmó, desde el punto de vista científico, que efectivamente las niñas fueron penetradas analmente, dando así valor y crédito al relato de las menores. En efecto, el referido doctor Roncone declaró que examinó a las niñas utilizando el protocolo estandarizado del Servicio, utilizando un box, asistido por un técnico paramédico y en presencia de la madre de las niñas quien entregó los datos de la anamnesis. Para el examen propiamente tal, aparte de la observación directa a simple vista, utilizó un instrumento llamado colposcopio que permite observar a través de una pantalla y obtener fotografías, que en la especie se sacaron a una distancia de 40 cm. aproximadamente, las que no fueron vistas por la madre que estaba presente. Para llevar a cabo

el procedimiento, las niñas debieron abrir las piernas en una posición sin pujos que duró menos de un minuto; en este caso no se hicieron otros exámenes, como manometría, ecografía rectal o tacto rectal [...]. Las tres niñas presentaron himen intacto, pero observó la existencia de lesiones anales sugerentes de penetración anal reiterada con objeto contundoso [...]. Sin embargo, estos jueces en las fotografías que se exhibieron, *de visu* pudieron apreciar que el ano de las niñas en cada caso eran absolutamente irregulares y deformados, por verse abiertos, lo que resultó concordante con las explicaciones del perito Roncone. Respecto de esta pericia, los sentenciadores apreciaron la idoneidad del profesional por cuanto se trató de un médico cirujano con especialidad en ginecología por más de veinte años y que se desempeñó en el Servicio Médico Legal de Santiago entre los años 2009 a 2011, lugar donde efectuó entre 800 y 1.000 pericias como las de este caso. En cuanto a la confiabilidad de su trabajo, describió detalladamente que para examinar a las niñas utilizó el procedimiento estandarizado en el Servicio, dando cuenta que en este caso no fue necesario efectuar otras operaciones, como un examen proctológico, por cuanto no era necesario, dadas las certezas que tenía por la naturaleza de las lesiones encontradas. A su vez, fue categórico al concluir que los pliegues anales de las niñas estaban aplanados, no por causa de la posición en el examen sino por efectos de la penetración y porque las cicatrizaciones encontradas respecto de los desgarros anales eran antiguas. En apoyo del aserto anterior explicó que un desgarro cicatriza en un lapso de 48 a 72 horas y deja rastros de sangre, evidencias que no observó en el presente. Precisó que las lesiones observadas correspondieron a desgarros y no a fisuras anales, porque estas últimas son superficiales y están relacionadas con la constipación, patología que por lo mismo fue descartada como causa de las lesiones encontradas en el ano de las menores. Por último, dio cuenta que tampoco halló evidencias de una vulvovaginitis. En relación a los hallazgos del doctor Roncone debe considerarse lo señalado por el doctor Wolff, en cuanto expresó que Yamile Caba le llevó unas fotos en donde aparecían laceraciones en los anos de sus hijas, pero que él no observó en su examen. Este aspecto para el tribunal no fue sorprendente porque fue evidente su conclusión porque el doctor Wolff no es ginecólogo, ni ha efectuado pericias sexológicas a víctimas de agresiones sexuales y su explicación viene a confirmar precisamente que no es lo mismo hacer un análisis de fotografías de supuestas lesiones anales sin la observación directa a través de un método propio de la especialidad que sí tiene, por ejemplo, el doctor Roncone. Este punto resultó de toda lógica porque ni siquiera el

perito de la defensa Leonardo González, quien supuestamente tendría competencia para pronunciarse respecto de lesiones anales, pudo precisar el significado de una zona de color blanco que aparecía en la fotografía perteneciente al ano de la niña C.O.C., señalando que no sabía qué era. Además, expuso las hipótesis alternativas a la penetración anal con elemento contuso que podrían explicar las lesiones encontradas en las niñas, señalando que podía deberse a constipación y malformación congénita. Respecto de la constipación, la descartó por cuanto tuvo a la vista las fichas clínicas de ellas, en donde constató la inexistencia de antecedente alguno de constipación, sino que al contrario una de ellas presentaba incontinencia fecal o pérdida de deposiciones que puede explicarse por la penetración. Sobre la hipótesis de malformación congénita, también la desechó estimando que era muy poco probable que existiera ese antecedente en tres niñas de la misma familia. [...] Los sentenciadores valoraron la fiabilidad de la pericia del señor Roncone y su credibilidad como perito contrastándola con la efectuada por el médico Leonardo González Wilhelm como prueba de la defensa. Sopesados los peritajes, el del doctor Roncone se impuso en credibilidad, objetividad, rigor técnico, imparcialidad, conocimiento y experiencia al efectuado por el perito González, la que fue desestimada por cuanto no fue capaz de generar duda razonable respecto de la existencia de las agresiones sexuales en las víctimas. En efecto, el doctor Leonardo González sostuvo que efectuó una «pericia de antecedentes» cuyo objetivo era aclarar los antecedentes y hallazgos físicos encontrados en las niñas en el examen efectuado por el doctor Roncone del Servicio Médico Legal, es decir, peritó la información contenida en la carpeta investigativa a fin de aclarar la congruencia o incongruencia de sus conclusiones en relación a las lesiones que observó directamente en las menores. El perito González en cuanto a la naturaleza de su trabajo indicó que no fue una pericia sexológica o pericia directa ni una metapericia o contrainforme, sino que se trató de un análisis en base a antecedentes. En tal sentido, el perito González concluyó que de la revisión de las fotografías tomadas por el perito Roncone al ano de las menores, ninguna de estas presentó desgarros antiguos pero sí observó una dilatación anal parcial que consideró normal, producto de la posición mahometana de las examinadas. Dio cuenta que las lesiones observadas por el perito Roncone no fueron objetivadas por un examen más idóneo, lo que se evidenció estimando que el esfínter anal funcionó bien, concluyendo, en definitiva, las niñas nunca fueron penetradas analmente. Al mismo tiempo el perito González señaló que antes del examen sexológico efectuado a las niñas, fueron

examinadas por dos médicos, el doctor Wolff y la doctora Merino, quienes no encontraron ningún tipo de lesión como las descritas por el doctor Roncone, quien ni siquiera refirió la existencia de la vulvovaginitis encontrada por la doctora Merino y que podría explicarse por un error en el examen o evolución favorable, máxime que la vulvovaginitis produce irritación, dolor e inflamación que puede llevar al niño a rascarse y producir alguna fisura anal. Sobre este punto cabe una explicación, y es que en autos no se acreditó la existencia de vulvovaginitis por cuanto el examen de flujo vaginal ordenado por la doctora Merino no hizo referencia a ello y solo entregó una serie de indicadores acerca de lo encontrado. De tal examen no pudo desprenderse alguna interpretación distinta acerca de las consecuencias de la vulvovaginitis por cuanto la doctora Merino no prestó declaración en este juicio, y por ende el tribunal no pudo obtener una información más directa y completa de esta facultativa. De esta forma, para el tribunal el perito señor González careció de las competencias profesionales para pronunciarse respecto de las lesiones anales observadas por el perito Roncone del Servicio Médico Legal, ya que a diferencia de este, no tiene la especialidad de ginecólogo o sexólogo, sino que tiene la especialidad de médico legista, que obtuvo en Alemania y que validó en Chile a través de la certificación del CONACEM, para lo cual solo debió rendir un examen teórico y práctico. Dicha especialidad, en todo caso, no resulta idónea para referirse a las conclusiones de la pericia del Servicio Médico Legal, por cuanto la obtuvo en Alemania y versó sobre temática de alcohol y drogas en la ciudad de Frankfurt. De lo anterior es dable concluir que la especialidad de medicina legal reconocida en Chile no la desarrolló en sexología forense si no únicamente en el ámbito de las lesiones en general, para lo cual se desempeñó por breve tiempo en el Servicio Médico Legal de Temuco. De este modo, resultó errónea la opinión del perito González de que para efectuar una pericia sexológica, la especialidad más idónea sería la de médico legista y no la de ginecólogo, por cuanto precisamente un examen de tal naturaleza exige como requisito *sine qua non* que el perito esté dotado de los conocimientos teóricos y prácticos en el área de la observación de genitales, cuestión que por lo demás es de toda lógica. Lo contrario sería contradecir los fundamentos mismos de la disciplina médica en el campo de la ginecología, especialmente tomando en cuenta que el perito Roncone que es un ginecobstetra con más de veinte años de ejercicio de esta especialidad, en que su tarea ha consistido en todo este tiempo en ver e interpretar exclusivamente hallazgos en los órganos genitales, siendo evidente que se encuentra en mejores con-

diciones profesionales que el señor González, para pronunciarse acerca de lesiones por agresión sexual por vía anal. A mayor abundamiento, no dejó de llamar la atención del tribunal cuando el señor González reconoció tener solamente cuatro meses de experiencia en el área de la ginecología al realizar su internado siendo aún estudiante de medicina. Del mismo modo, es de toda lógica concluir que la medicina siendo una disciplina y área de conocimiento tan vasta y compleja, ha sido dividida en segmentos que los médicos estudian como base de las respectivas especialidades, porque solo de esta manera se va logrando un conocimiento completo de una parte específica del cuerpo humano que permita acumular la mayor cantidad de conocimiento científico que asegure un diagnóstico certero, específico y coherente con los problemas que afectan a la salud de las personas. En síntesis, un médico general no está en condiciones de dominar todas las áreas de la medicina y por ende debe especializarse y profundizar sus conocimientos en un área específica. Luego, el perito González, si bien expuso una gran cantidad de antecedentes acerca de trabajos y publicaciones, dichas actividades académicas versaron sobre temáticas diversas, como alcohol, violencia intrafamiliar, economía de salud, educación sexual, entre otras, pero jamás sobre sexología. En definitiva, el doctor González frente a la versación del doctor Roncone, dejó en evidencia su falta de idoneidad y experticia suficientes para afirmar en los términos categóricos que lo hizo, que las menores no presentaban lesiones anales, defectos que en caso alguno tuvieron la virtud de generar una mínima duda razonable en estos jueces que llevara a desvirtuar el mérito probatorio de las conclusiones del perito del Servicio Médico Legal. Asimismo, el perito González fundamentó sus conclusiones señalando que eran compartidas por la comunidad científica internacional citando, por ejemplo, la validación que habría hecho de su trabajo la doctora Joyce Adams. Sin embargo, ninguna prueba se rindió acerca de la existencia e idoneidad profesional de dicha facultativa. Relacionado con lo anterior, no fue un hecho controvertido que el doctor González nunca examinó directamente a las víctimas como sí lo hizo el doctor Roncone. El único acercamiento con las peritadas que tuvo el perito de la defensa fue a través de las fotografías obtenidas por el perito del Servicio Médico Legal y que este tribunal pudo ver. Luego, las conclusiones de que las menores no habrían tenido lesiones, González las obtuvo solo de dicha observación y de la revisión de antecedentes de la carpeta investigativa, según refirió, siendo evidente para este tribunal que una pericia sexológica como la del caso que nos ocupa, requiere esencialmente del examen directo y

presencial que debe hacer el perito, de la misma forma que un médico debe examinar físicamente a su paciente antes de dar un diagnóstico, actividad que no realizó el perito González, por lo que mal pudo llegar a las conclusiones que sostuvo con el rigor técnico y científico necesarios para un examen de esta naturaleza.¹¹

La valoración de la pericia médico legal que hace el tribunal es interesante desde un doble punto de vista:

- Contrapone el peritaje sexológico del Servicio Médico Legal con una metapericia (o pericia de revisión de antecedentes) y no se detiene en considerar si el peritaje del servicio resulta coherente con los datos empíricos de que se disponía para evaluar la pericia y recurre constantemente a argumentos de autoridad para valorar uno y desacreditar el otro peritaje.
- No desarrolla adecuadamente porque descarta la duda razonable que se podría generar a partir de lo consignado por el perito González, quien señaló que antes del examen sexológico del Servicio Médico Legal, las niñas fueron examinadas por dos médicos, el doctor Wolff y la doctora Merino, quienes no encontraron ningún tipo de lesión como las descritas por el doctor Roncone (hecho acreditado en juicio).

Respecto de la pericia de credibilidad de relato y metapericia, el tribunal es categórico en este primer juicio en el sentido que se hace imprescindible contrastar las pericias realizadas a las niñas por parte del Servicio Médico Legal con las conclusiones de la metapericia efectuada por la psicóloga de la defensa, Greter Macurán Nodarse.

Por lo mismo, si ya una pericia de credibilidad tiene escaso valor desde el momento que se adentra en un ámbito exclusivo del juzgador de los hechos, una metapericia definitivamente no lo tiene, ya que ni siquiera interactúa con la víctima como sujeto de su estudio.

Su falta de credibilidad y fiabilidad como prueba, dice relación, además, con el hecho de que la psicóloga aparece como colaboradora o consultora de la empresa Forensik, a la que pertenece el doctor Leonardo González, quien hizo un peritaje en esta causa tendiente a tratar de demostrar la falta de fiabilidad del informe sexológico del doctor Ron-

¹¹ Sentencia condenatoria, Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 282-201.

cone, basado en la falta de actualización de sus conocimientos. Pero, además, de los propios dichos de la sicóloga constaría que más del 50% de sus pericias son funcionales a las estrategias de la parte que la presenta, como en el caso de autos. En tal sentido, por ejemplo, de su propia declaración se supo que participó en una causa semejante a esta, denominada caso *Tocornal*, en que también planteó conclusiones favorables a la defensa. La Fiscalía dio cuenta de esto con una frase atribuida por el órgano sentenciador a esta profesional incluida en la sentencia dictada en dicho juicio: «se estableció que la mayoría de los niños disfrutaban del abuso, señalando que el relato del menor no es creíble», frente a lo cual la perito replicó en estrados que piensa que el abuso sexual no es de suyo traumático.

La observación de la perita Macurán se encuentra en abierta oposición a lo que racionalmente se sabe acerca del efecto dañino que las agresiones sexuales producen en las víctimas, tanto emocional como psicológicamente. Lo anterior, es más grave en el caso de menores de edad y es lógico y evidente que una agresión sexual está lejos de ser disfrutada por ellos, por el contrario, se trata de eventos altamente traumáticos que dejan secuelas psicológicas permanentes, con una serie de efectos que se van desencadenando en el tiempo y de una dimensión difícilmente cuantificable, todo lo cual se ve agravado cuando el agresor es precisamente el propio padre.

Acá es interesante destacar que la postura del tribunal respecto de los peritajes de credibilidad es bien clara, en el sentido de restarle valor probatorio, pero que aun menor valor tendría un metaperitaje de estas pericias. Esta cuestión podemos compartir, pero los motivos que da el tribunal para negar valor probatorio a las metapericias es cuestionable porque evidentemente no existe una interacción directa con la niña, niño o adolescente pero se puede aportar desde la crítica metodológica antecedentes para valorar un peritaje y, si bien al parecer no es el caso, los fundamentos que tiene el tribunal para rechazar las conclusiones de la metapericia también son de autoridad (porque la perito trabaja con el perito médico legal de la defensa y de ahí se sostiene la desconfianza hacia los peritos de parte). Además, contraargumenta con afirmaciones provenientes del conocimiento privado del juez, sin referir ningún conocimiento científicamente afianzado que lo funde y se señala solamente que la aseveración de la perita, en orden a que el abuso sexual no

es de suyo traumático, se contrapone con lo que racionalmente se sabe sobre el tema.

El fallo absolutorio, en cambio, valoró como insuficiente la pericia médico legal del doctor Roscone y cuestionó la metodología utilizada, la ausencia de explicaciones que fuesen más allá del argumento de autoridad del perito para los hallazgos realizados, la idoneidad profesional del mismo y, especialmente, «al surgimiento de la interrogante: cómo es posible que dos profesionales que examinaron a las niñas Orellana Caba hayan descartado toda evidencia física por agresión sexual, y que luego, en menos de 24 horas otro profesional concluya la existencia de múltiples lesiones a expensas de penetraciones reiteradas».¹²

El tribunal cuestiona entonces la suficiencia del peritaje del Servicio Médico Legal, a partir de que el perito no explicó suficientemente la metodología utilizada, por ejemplo, en la observación a través del aparato colposcopio y reprocha que en las fotografías obtenidas a través de dicho aparato:

Estuvieran ausentes elementos que hicieran de testigo en relación a las dimensiones de los presuntos hallazgos e incluso a las dimensiones de los cuerpos fotografiados, [...]. Este desconocimiento hace que necesariamente se provoquen preguntas tales como: si en los anos se aprecia dilatación o abertura, tales dilataciones ¿cuánto miden? ¿A qué se asemeja? ¿Si están dilatados que ocurre con la funcionalidad de los mismos? [...] A mayor abundamiento, el perito, en cuanto experto, debió haber descrito sus pretendidos descubrimientos, como, por ejemplo, señalar coloración, dimensiones, ubicación de los presuntos desgarros (a excepción de lo ocurrido con Sofía), sino haber explicado desde su experticia que es lo que considera normal, para menores de la edad de las niñas objeto de los peritajes, y sobre que bases científicas apoyó sus conclusiones clínicas.

Se tiene presente en relación a lo anterior que cada perito expone en juicio su opinión, pero su *expertise* no convierte su parecer en «objetivo» *per se*, ya que debió sostener sus dichos precisamente en conocimientos profundizados y afianzados en el área que conoce.¹³

Luego reprocha no haber realizado pruebas complementarias. Como

¹² Sentencia absolutoria, Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, causa RIT 282-2012.

¹³ Sentencia absolutoria, causa RIT 282-2012.

ecografías y nanografía transrectal porque el perito no las había recomendado puesto que «no tenía dudas», descartando así malformaciones congénitas o episodios de constipación.

El tribunal también cuestiona la formación forense del perito Roncone quien «no obstante ser un profesional calificado en ámbito clínico no tenía al tiempo de realizar su pericia los estudios de medicina forense ni tampoco la experiencia mínima» (el perito llevaba trabajando solamente cuatro meses en el Servicio Médico Legal).¹⁴

Por último, refiriéndose a la pericia de la defensa, el tribunal hace una reflexión muy interesante, el perito González señala que «uno de los motivos frecuentes de error en los diagnósticos de supuestos atentados sexuales en niños es interpretar la presencia de dilatación anal (hecho completamente normal) con un indicio de lesión provocada por penetración». Y eso habría sido lo observado por el perito del Servicio Médico Legal.

Respecto del análisis de confiabilidad del peritaje del doctor González, razona el tribunal, no les permite dar por ciertas las afirmaciones de este perito, toda vez que los sentenciadores con el solo mérito de las pruebas aparejadas en el juicio no pueden determinar el estado de la sexología forense o medicina a nivel mundial puesto que está fuera del control que puede realizar el juzgador. Esta pericia introduce una segunda explicación posible y verosímil para el mismo fenómeno observado.¹⁵ Surge así la duda razonable que fundó la absolución del acusado.

Palabras finales

Por el influjo del sistema anglosajón, buena parte de la preocupación sobre la prueba pericial ha estado centrada en los debates de admisibilidad y las reglas de exclusión probatoria. Por cierto, también han existido intentos de enlistar un elenco de criterios de valoración, con la evidente dificultad —en sistemas de sana crítica como sistema de valoración— de conciliar una valoración con base en criterios objetivos, con la subjetiva valoración de todos los medios probatorios ingresados en proceso.

Habiendo ya dedicado varias páginas a asuntos de admisibilidad, rendición y valoración de la prueba pericial en los procedimientos reformados, vale la pena cerrar con algunas ideas fuerza:

¹⁴ Sentencia absolutoria, causa RIT 282-2012.

¹⁵ Sentencia absolutoria, causa RIT 282-2012.

- Los ámbitos problemáticos y riesgos de la prueba pericial detallados en el capítulo 1, deben tenerse en consideración para la admisibilidad, rendición y valoración de la prueba pericial. Precisamente, por dichos problemas y riesgos es que este particular medio probatorio, en general, opera de manera reglada —aun en sistemas tendiente a la libertad probatoria— y con requisitos especiales de admisibilidad, adicionales a los que en forma habitual operan para todos los medios de prueba.
- Los requisitos especiales de admisibilidad probatoria, en especial los de idoneidad y confiabilidad, tienen un doble control, y se pueden probar *in limine* en la etapa de admisibilidad probatoria, pero también debe ser un campo fértil para el control cruzado durante su producción, donde debe reinar el principio de contradicción o confrontación, y en especial durante la valoración por las sentenciadoras.
- El examen de admisibilidad no debe confundirse con una suerte de juicio sobre la suficiencia probatoria, ya que esto último ocurre en la valoración probatoria, para la toma de decisión sobre la acreditación o no de un hecho, de guisa que la examinación de los requisitos de admisibilidad no debe implicar anticipar el juicio sobre esta suficiencia.
- La preocupación respecto de la calidad de la información experta para dirimir su admisión o exclusión debe focalizarse en torno a la posibilidad de tener información sobre dicha calidad.
- Los modelos de control *in itinere* del requisito de idoneidad de la persona experta deben propender a un debate fértil sobre sus cualidades en concreto para cada caso judicial, no bastando una satisfacción meramente formal o mecánica. Por cierto, ya en la fase valoración de la pericia son importantes las propiedades epistémicas de las afirmaciones expertas y no solo sus credenciales.
- A propósito de la imparcialidad de la persona experta es útil la distinción entre *parcialidad de origen*, *parcialidad disposicional* y *parcialidad cognitiva*, lo que permitirá apuntar a nudos críticos y desdramatizar otros. La parcialidad de origen no es esencialmente problemática ya que no importa necesariamente una parcialidad en los otros dos aspectos y no apareja que el conocimiento experto que se pretende introducir al proceso sea de suyo desconfiable. Las

últimas dos categorías de parcialidades por cierto ponen en jaque la confiabilidad del conocimiento experto. Sin duda, es relevante diferencias dichas categorías de parcialidades, ya que toda persona experta, sea parcial o no en su origen, puede ser o no ser parcial disposicional o cognitivamente.

- La concurrencia del perito a juicio a explicar sus conclusiones y metodología colabora a un mejor ejercicio de la contradicción en juicio, probándose así la calidad de la pericia en todos sus ámbitos.
- En la valoración probatoria, coincidimos con la doctrina (Vásquez, 2015: 284-285) en: exigir información empírica sobre la fiabilidad de los dispositivos empleados por los peritos, no bastando criterios meramente numéricos como la pluralidad coincidente o tercero en discordia y, en general, indagar sobre las posibles fuentes de error en las afirmaciones periciales.

Los jueces y las juezas profesionales son *repeat players* en el ámbito procesal, de guisa que van adquiriendo un bagaje lo suficientemente rico para someter a la prueba pericial a desafíos que, dentro del marco del contradictorio, le permitan adquirir una mejor comprensión acerca de los hechos en los casos concretos que deciden y en la etapa de valoración de criterios adecuados para conocer su fiabilidad (Vásquez, 2015: 185).

Como se señaló en las primeras líneas de este libro, ya casi un siglo ha transcurrido desde el famoso caso *Frye* en Estados Unidos, que precede a la denominada Trilogía Daubert. Lejos vemos esos debates iniciales sobre la admisibilidad probatoria por el famoso detector de mentiras de William Moulton Marston. En estos tiempos, con una mayor confianza en el conocimiento de las personas expertas, vale la pena este derrotero para examinar las bondades y peligros de la prueba pericial en los procesos modernos, siendo los jueces y las juezas quienes tienen un rol vigilante para minimizar sus riesgos y destacar sus virtudes. Es una tarea difícil, pero necesaria para una mejor administración de justicia.

Referencias

- Aguilera Chaparro, Gonzalo (2012). «De la prueba reglada en los ordenamientos jurídicos con libertad probatoria y de la etapa de admisibilidad de los medios confirmatorios en el proceso: De la correspondencia entre las fuentes de prueba y medios de confirmación procesal reglados como criterio de admisibilidad probatoria y del problema de la prueba encubierta». En *Primer Congreso Internacional sobre Derecho Procesal: Proceso, garantía y libertad* (pp.109-144). Medellín: Corporación Universitaria Remington.
- . (2016). «La prueba pericial ante los Tribunales de Familia. Algunos tópicos problemáticos en su admisibilidad y producción». En *Derecho Procesal de Familia. A 10 años de la reforma* (pp. 113-146). Santiago: Libromar.
- Alvarado Velloso, Adolfo (2009a). *Sistema procesal. Garantía de libertad*. Tomo 2. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- . (2009b). *La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*. Santiago: Librotecnia.
- Arazi, Roland (2008). *La prueba en el proceso civil*. Tercera edición actualizada. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Berizonce, Roberto Omar (2009). «La prueba científica». En Eduardo Oteiza (coordinador), *La prueba en el proceso judicial* (pp. 343-350). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Capuano Tomey, Carola (2009). «El secreto profesional». En Roland Arazi (director), *Prueba ilícita y prueba científica* (pp. 201-240). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Carbone, Carlos Alberto (2009). «La prueba científica. Notas esenciales y los problemas de su vinculación a la decisión judicial». En Eduardo Oteiza (coordinador), *La prueba en el proceso judicial* (pp. 351-384). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Carreta Muñoz, Francesco. «Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: Referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia». *Revista de Derecho* (Valdivia), 21 (1): 101-127. DOI: [10.4067/S0718-0950200800010](https://doi.org/10.4067/S0718-0950200800010).

- Casas Becerra, Lidia y Alejandra Mera González-Ballesteros (2015). *Delitos sexuales y lesiones. La violencia de género en la reforma procesal penal en Chile*. Disponible en <https://bit.ly/3Af8vOY>.
- Cerda San Martín, Rodrigo (2012). «¿El secreto médico constituye una excepción a la obligación de todo testigo a declarar en juicio?». En *Práctica de la prueba en el juicio oral. Su valoración y el estándar del más allá de toda duda razonable* (pp. 74-82). Santiago: Librotecnia.
- Coloma Correa, Rodrigo (2012). «La caída del argumento de autoridad y el ascenso de la sana crítica». *Revista de Derecho* (Valdivia), 25 (2): 207-228. Disponible en <https://bit.ly/3ClndGT>.
- Coloma Correa, Rodrigo y Claudio Agüero San Juan (2014). «Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba». *Revista Chilena de Derecho*, 41 (2): 685-686. DOI: [10.4067/S0718-34372014000200011](https://doi.org/10.4067/S0718-34372014000200011).
- Cueva Castro, Edvar Alberto (2020). «La prueba científica de ADN en el proceso penal». *Vox Juris*, 38 (2): 163-183. DOI: [10.24265/voxjuris.2020.v38n2.09](https://doi.org/10.24265/voxjuris.2020.v38n2.09).
- Devis Echandía, Hernando (2007). *Compendio de la prueba judicial*. Anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso. Tomo 1. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Díaz Carracedo Patricia C. y Rosa M. Mengual Ayán (2020). «Dictamen técnico sobre la metodología utilizada en el análisis de credibilidad del testimonio de una menor con discapacidad intelectual». *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 20: 72-88. Disponible en: <https://bit.ly/3Rwx1C2>.
- Duce, Mauricio (2010). «Admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales: Un modelo para armar en la jurisprudencia nacional». En Daniela Accatino (coordinadora), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*. (pp. 45-86). Santiago: Abeledo Perrot Legal Publishing.
- . (2013). *La prueba pericial*. Buenos Aires: Didot.
- . (2017). *La prueba pericial. Aspectos legales y estratégicos claves para el litigio en los sistemas procesales penales acusatorios*. Buenos Aires: Didot.
- . (2018a). «Una aproximación empírica al uso y prácticas de la prueba pericial en el proceso penal chileno a la luz de su impacto en los errores del sistema». *Política Criminal*, 13 (25). DOI: [10.4067/S0718-33992018000100042](https://doi.org/10.4067/S0718-33992018000100042).

- . (2018b). «Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate». *Ius et Praxis*, 24 (2). Disponible en <https://bit.ly/3Azu26i>.
- Falcón, Enrique M. (2009). «Lógica y justificación del razonamiento probatorio». En Eduardo Oteiza (coordinador), *La prueba en el proceso judicial* (pp. 77-152). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Garret, Brandon L. y Peter J. Naufeld (2009). «Invalid forensic testimony and wrongful convictions». *Virginia Law Review*, 95 (1): 1-97. Disponible en <https://bit.ly/3dPFi5L>.
- Gascón Abellán, Marina (2010a). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. 3.ª edición. Madrid: Marcial Pons.
- . (2010b). «Prueba científica: Mitos y paradigmas». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44: 81-103. DOI: [10.30827/acfs.v44io.500](https://doi.org/10.30827/acfs.v44io.500).
- González Castillo, Joel (2006). «La fundamentación de las sentencias y la sana crítica». *Revista Chilena de Derecho*, 33 (1): 93-107.
- Hermosilla Iriarte, Francisco (2012). «¿De qué manera se acredita la idoneidad de los peritos y cuáles son las consecuencias de la falta de acreditación?» En *Práctica de la prueba en el juicio oral. Su valoración y el estándar del más allá de toda duda razonable* (pp. 161-164). Santiago: Librotecnia.
- Hernández Basualto, Héctor (2010). «Pertinencia como garantía: Prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba». En Daniela Accatino (coordinadora), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal* (pp. 21-44). Santiago: Abeledo Perrot Legal Publishing.
- Henríquez Galindo, Sergio (2017). «El Consejo Técnico de los Tribunales de Familia de Chile. Regulación, límites y proyección». *Revista de Derecho (Escuela de Postgrado)*, 9: 134-170. DOI: [10.5354/0719-5516.2017.48394](https://doi.org/10.5354/0719-5516.2017.48394).
- Horvitz Lennon, María Inés y Julián López Masle (2004). *Derecho procesal penal chileno. Tomo 2*. Santiago: Jurídica.
- Hotham, Richard A. (2007). *El prejuzgamiento*. Rosario, Santa Fe: Nova Tesis.
- Hoyl Moreno, Gonzalo (2018). «La valoración de la prueba en el proceso penal chileno y convicción judicial. Aproximación a la sana crítica en relación a la prueba pericial». *International Center for Criminal Studies*. Disponible en <https://bit.ly/3Ror3Uo>.

- Huerta Castro, Sofía y Francisco Maffioletti Celedón (2009). «Acerca del valor de los llamados metaperitajes sobre evaluaciones periciales psicológicas a víctimas». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 41: 113-124.
- Ibáñez, Perfecto Andrés (1992). «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal». *Doxa*, 12: 257-299. DOI: [10.14198/DOXA1992.12.08](https://doi.org/10.14198/DOXA1992.12.08).
- Midón, Marcelo Sebastián (2007). «Concepto de prueba, jerarquía y contenido del derecho a prueba». En Marcelo Sebastián Midón (coordinador), *Tratado de la prueba* (pp. 33-58). Resistencia: Librería de la Paz.
- Miranda Estrampes, Manuel (2012). «¿Qué estándares de calidad debe reunir una prueba científica para su valoración en el Tribunal de Juicio Oral?». En *Práctica de la prueba en el juicio oral. Su valoración y el estándar del más allá de toda duda razonable* (pp. 357-368). Santiago: Librotecnia.
- Nieva Fenoll, Jordi (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Núñez Ávila, René y Mauricio Cortés Rosso (2012). *Derecho Procesal de Familia. La primera reforma procesal civil en Chile*. Santiago: Abeledo Perrot Legal Publishing.
- Paillás Peña, Enrique (1991). *Estudios de Derecho Probatorio*. Santiago: Jurídica.
- Poblete Iturrate, Osvaldo (2010). «Acerca del acceso de la defensa a la obtención de pruebas periciales y testimoniales en relación a la víctima de delitos sexuales». Informes en derecho doctrina procesal penal, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública.
- Silva Vargas, Pablo Antonio y Juan José Valenzuela Rodríguez (2011). «Admisibilidad y valoración de la prueba pericial en el proceso penal». Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, profesor guía: Cristián Maturana Miquel. Disponible en <https://bit.ly/3CfKSZc>.
- Taruffo, Michelle (2003). «Algunas consideraciones sobre prueba y verdad». *Discusiones: Prueba y Conocimiento*, 3: 15-41. Disponible en <https://bit.ly/3QIq5lw>.
- . (2005). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.

Torres Traba, José María (2007). «Los medios de prueba no previstos y el principio de libertad probatoria». En Marcelo Sebastián Midón (coordinador), *Tratado de la prueba* (pp. 749-776). Resistencia: Librería de la Paz.

Vásquez, Carmen (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons.

Peritajes en procedimientos reformados: análisis y valoración
de Gonzalo Andrés Aguilera Chaparro y Héctor Flavio Galleguillos Carmona



Academia Judicial de Chile
Colección Materiales Docentes



Como parte del equipo de Tipografía,
trabajaron en este libro: Gabriela Villanueva, Ana María Moraga,
Constanza Valenzuela y Marco Antonio Coloma

