



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

ADMISIBILIDAD Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN EL PROCESO PENAL

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO
EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES:

PABLO ANTONIO SILVA VARGAS
JUAN JOSÉ VALENZUELA RODRÍGUEZ

PROFESOR GUÍA: CRISTIÁN MATURANA MÍQUEL

Santiago, Chile
2011

ÍNDICE DE CONTENIDOS:

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I: Marco Teórico y Regulación de la Prueba Pericial	25
1.- Concepto de prueba pericial.....	26
1.1. Definición de Perito.....	26
1.2. Concepto de Prueba Pericial.....	27
1.3. Propuesta de concepto.....	29
1.4. Concepto de prueba pericial en el sistema del <i>common law</i>	30
2.- Evolución histórica de la prueba pericial.....	31
3.- Naturaleza jurídica de la prueba pericial.....	34
3.1. El peritaje como auxiliar del juez.....	34
3.2. El peritaje como medio de prueba.....	37
3.3. Nuestra opinión.....	41
4.- Diferenciación de la prueba pericial con otros medios de prueba, con la figura del intérprete y con el arbitraje.....	43
4.1. Diferencias entre la prueba pericial y la prueba testimonial.....	43
4.2. Diferencias entre la prueba pericial y la inspección personal del tribunal.....	45
4.3. Diferencias entre la prueba pericial y la prueba instrumental.....	45
4.4. Diferencias entre la prueba pericial y la figura del intérprete.....	46
4.5. Diferencias entre la prueba pericial y la figura del árbitro.....	46
5.- Clasificación de la prueba de peritos.....	48

5.1. Según el arte, ciencia u oficio que el perito profesa.....	48
5.2. Según si el peritaje es obligatorio o facultativo.....	48
5.3. Según el número de peritos que participa.....	51
5.4. Según si se trata de peritajes únicos o realizados en atención a peritajes anteriores.....	51
5.5. Según el rol que desempeña el perito en el proceso.....	51
5.6. Según su naturaleza pública o privada.....	52
5.7. Según si el peritaje es realizado por peritos judiciales, peritos de confianza o por peritos auxiliares de la administración de la justicia.....	54
6.- Prueba pericial en antiguo procedimiento penal.....	56
6.1. Procedencia de la prueba pericial.....	56
6.2. Iniciativa para rendir prueba pericial.....	57
6.3. Requisitos para ser perito.....	57
6.4. Designación del perito.....	58
6.5. Informe pericial.....	58
6.6. Conclusiones.....	59
7.- La prueba pericial en el código procesal penal.....	61
7.1. Ubicación de la prueba pericial en el C.P.P.....	61
7.2. Procedencia del informe de peritos.....	61
7.3. Admisibilidad de la prueba pericial.....	62
7.4. El reconocimiento.....	63
7.5. Informe pericial.....	63
7.6. Honorarios y gastos asociados a la prueba pericial.....	64
7.7. Incapacidad para ser perito.....	65
7.8. Declaración de los peritos en la audiencia de juicio oral.....	66
7.9. Improcedencia de la inhabilitación de los peritos.....	69
7.10. Instrucciones necesarias para el trabajo de los peritos.....	69

7.11. Auxiliares del ministerio público como peritos.....	70
7.12. Medidas de protección para los peritos.....	70
7.13. Diferencias con el antiguo procedimiento penal.....	70
CAPÍTULO II: Admisibilidad de la prueba pericial en el proceso penal.....	73
1.- La prueba en el proceso y su admisibilidad.....	74
2.- Fundamentos de la admisibilidad de la prueba.....	77
3.- Regulación de la admisibilidad de la prueba en el código procesal penal.....	81
4. Criterios generales de admisibilidad de la prueba	84
4.1. Prueba pertinente o relevante.....	84
4.2. Prueba sobre hechos controvertidos.....	87
4.3. Prueba sin fines dilatorios.....	88
4.4. Prueba lícita.....	88
4.5. Prueba acerca de hechos que no son públicos o notorios ni evidentes.....	89
5.- Admisibilidad de la prueba pericial.....	92
5.1. Problemas particulares de la admisibilidad de la prueba pericial.....	92
5.1.1. Problema de uso de recursos.....	92
5.1.2. Problemas asociados a la valoración de la prueba pericial.....	94
5.2. Criterios de admisibilidad de la prueba pericial.....	96
5.2.1. Relevancia o pertinencia de la prueba pericial.....	96
5.2.2. Necesidad de un conocimiento experto.....	99
5.2.3. Idoneidad del perito.....	102
5.2.4. Licitud de la prueba pericial.....	105
5.2.5. Confiabilidad del peritaje.....	106

6.- Aplicación de los criterios estadounidenses de admisibilidad de la prueba pericial al proceso chileno. caso del peritaje psicológico o psiquiátrico.....	123
6.1. Pertinencia o relevancia de la prueba pericial psicológica.....	125
6.2. Necesidad de un conocimiento experto.....	126
6.3. Idoneidad del perito.....	128
6.4. Confiabilidad del peritaje.....	129
6.5. Revisión de la admisibilidad de la prueba pericial por parte de tribunales superiores.....	134
6.6. Conclusión en torno a la aplicación de los criterios planteados a la prueba pericial psiquiátrica o psicológica.....	135
7.- Breve análisis de la jurisprudencia nacional sobre la admisibilidad de la prueba pericial en el proceso penal	137
CAPÍTULO III: Valoración de la prueba pericial en el proceso penal	148
1.- La valoración de la prueba	149
2.- Sistemas de valoración de la prueba	152
2.1. Sistema de prueba legal o tasada.....	152
2.2. Sistema de la íntima convicción.....	156
2.3. Libre valoración o sana crítica.....	158
3.- Sistema de valoración adoptado por el código procesal penal.....	166
4.- Problemática de la valoración de la prueba pericial	169
4.1 El juez promedio ante prueba científica.....	170

4.2	Posibilidad de contrariar a la disciplina del perito.....	171
4.3	El juez ante peritajes contradictorios.....	171
4.4	Utilización de conocimientos privados del juez	172
4.5	Situación en que el juez hace de la información pericial su resolución.....	173
5.	El juez promedio ante prueba científica: tres niveles de valoración para la prueba pericial.....	174
5.1.	Primer nivel: Del conocimiento que no cumple con mínimas condiciones de confiabilidad.....	175
5.2.	Segundo nivel: Ámbitos del conocimiento que no cumplen con todos los requisitos para ser reconocidos como ciencia, pero que tienen pretensiones de científicidad y cumplen mínimamente con el método científico.....	179
5.3	Tercer nivel: Conocimiento científico.....	181
6.	Posibilidad del juez de contrariar a la disciplina del perito.....	183
7.	El juez ante peritajes contradictorios: criterios de solución.....	189
8.	Posibilidad de utilización de conocimientos privados del juez.....	196
9.	Situación en que el juez hace de la pericia su resolución.....	202
10.	Aplicación de los criterios de valoración de la prueba pericial a una hipótesis: caso de la prueba de ADN.....	207
	CONCLUSIÓN.....	214
	BIBLIOGRAFÍA.....	226

ANEXOS.....234

1. Daubert v. Merrell Dow pharmaceuticals, inc., (1993).....235

2. General Electric Co. et al . v. joiner, (1997).....255

3.. Kumho Tire co., ltd., *et al.* v. Carmichael *et al.*, (1998).....272

INTRODUCCIÓN

A grandes rasgos, es posible definir la prueba pericial como aquella opinión emitida por un “perito”, en un juicio, relativa a un hecho del proceso que requiere de conocimientos especiales para ser comprendido a cabalidad y que es relevante a la hora de decidir por el tribunal.

Se trata de una herramienta que ha adquirido en las últimas décadas amplia aplicación en el proceso judicial, donde frecuentemente es concebida como indispensable para la acreditación de hechos y la consecuente toma de decisiones. Muchas veces, incluso, ese fenómeno ha acontecido en desmedro de la aplicación de medios de prueba concebidos como “más tradicionales”, como son la documental o la testimonial, las que parecen ser insuficientes para la satisfacción de los estándares de prueba predeterminados.¹ En términos de Alan Gold, “*el conocimiento y expertizaje han crecido exponencialmente en nuestras sociedades y el incremento del consumo de los tribunales de prueba pericial refleja esta realidad en nuestro mundo moderno*”.²

¿Cuál es la justificación de este fenómeno? Sin duda no es otra que la necesidad de hacer frente a una realidad que supera la dimensión judicial: el hecho de que existen ámbitos del conocimiento que escapan a lo que el hombre común maneja y que resultan relevantes para la toma de determinados cursos de acción. El avance tecnocientífico de los últimos siglos acrecienta esa necesidad, en la medida en que el conocimiento tiende a complejizarse y hacerse cada vez más específico. Mientras más avanza el conocimiento humano, más difícil se hace para

¹ En el caso del proceso penal vigente en Chile el estándar a satisfacer para la condena del imputado es el de más allá de toda duda razonable. Se trata de un estándar extraído del sistema anglosajón y en virtud del cual no debe existir posibilidad de duda por parte de una persona razonable de que los hechos objeto de prueba en el proceso efectivamente acontecieron en la forma propuesta. Sobre el particular Vid. HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002. p. 338.

² GOLD, Alan, *Expert Evidence in criminal law: the scientific Approach*, Canada Irving Law, Canadá, 2003, p. 4 (traducción de Mauricio Duce). En el mismo sentido, Duce y Riego señalan: “*los peritajes han adquirido una creciente importancia en el funcionamiento de los sistemas judiciales contemporáneos siendo cada vez más frecuentes, masivos y de diverso uso*”, en DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian, *Proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, p. 416. También Roxin, para quien “*en el procedimiento penal moderno, en el que la aclaración científica de cuestiones que no son jurídicas juega un papel cada día más importante, el perito ha alcanzado, con frecuencia, una posición dominante en la práctica...*” en ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 240.

el hombre común tenerlo y, consecuentemente, más necesita éste de quienes son expertos en el campo de estudio que se trate.

A nivel judicial esa realidad de necesidad de conocimientos específicos ha hecho que se perfilen dos alternativas de solución, siendo la adopción de una u otra manifestación de dos auténticas formas de entender la judicatura.

Una primera alternativa es entregarle el conocimiento de asuntos sobre materias determinadas directamente a tribunales especializados. En otras palabras, la propuesta es que sean los propios jueces los entendidos en el campo de experticia propio de la materia de las causas que ante ellos se llevan. Sin entrar a considerar lo apropiado o beneficioso de esta alternativa, lo cierto es que se trata de una respuesta bastante radical, pues escapa a la noción más tradicional de jurisdicción y de competencia común. Por una parte, se abandona la noción de un tribunal integrado por un juez letrado y que se haya desarrollando una carrera judicial y se adopta como ideal el de un tribunal integrado por un juez especialista en un área determinada, en el cual surgen conflictos que son resueltos por alguien que no sólo cumple el rol de tercero imparcial, sino que además tiene las competencias técnicas consideradas relevantes de acuerdo a la naturaleza del asunto controvertido. En segundo lugar, se trata de un modelo tribunal poco ortodoxo, pues no conoce de la generalidad de asuntos de relevancia jurídica que ameritan un pronunciamiento de derecho, sino sólo de ciertas específicas materias encomendadas especialmente por el legislador en consideración de la especialidad técnica del juzgador.³

En Chile y en modelos comparados, es posible apreciar cierta tendencia hacia la especialización en el conocimiento de determinadas materias, siendo ejemplos de aquello los tribunales del crimen (y en la actualidad los tribunales de garantía y los tribunales del juicio oral en lo penal), los Juzgados del Trabajo y los de Tribunales de Familia. En un extremo se encuentran tribunales integrados por jueces especialistas no letrados, como es el caso del tribunal

³ De hecho, en Chile una de las bases de la jurisdicción es la de la competencia común, según la cual los tribunales de justicia están organizados para que estos conozcan de toda clase de asuntos. Se trataría de un principio recogido en el inciso primero del artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales. Sobre el particular, MATURANA, Cristián, “Órganos Jurisdiccionales”, Colección de Apuntes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2009, pp. 50 y ss.

de Defensa de la Libre Competencia⁴ y órganos que, aún no siendo su función personal, ejercen igualmente jurisdicción, como el director del Servicio de Impuestos Internos.⁵ Una variable de este tipo de respuesta es la que se da a través de jueces árbitros, con la diferencia que en este tipo de casos, por lo general, son las partes las que entregan la competencia para conocer de un asunto a un juez y no la ley. En efecto, una de las razones justificantes que muchas veces se señala para la figura del arbitraje es la intención de las partes de someter el asunto de interés ante un tribunal con competencias técnicas, lo que en cierta forma daría mayores garantías de una resolución de calidad.⁶

La segunda forma de enfrentar el problema de la especificidad de los conocimientos involucrados en la resolución de un asunto litigioso, es incorporar al juicio respectivo los conocimientos, manteniendo el juez su carácter de letrado y el tribunal su competencia común. Dentro de esta alternativa, la información puede ser puesta a disposición del juez a través de una asesoría prestada al juez por alguien con quien él cuenta para tal efecto (lo que está asociado a la visión del perito como un auxiliar del juez) o a través del medio de prueba que es el peritaje. En esta última, serán las partes o intervinientes que tienen una pretensión asociada al resultado del juicio quienes se valdrán de lo que un experto pueda señalar. El juez, por su parte, se mantendrá como un tercero imparcial y deberá emitir un juicio acerca del medio de prueba que ante él se hace valer, tanto en lo que respecta a su admisibilidad como en cuanto a su valoración.

Hay que constatar que la forma de estructura del Poder Judicial en todo caso no elimina la posibilidad de utilizar la prueba de peritos, dado que la prohibición del conocimiento privado del juez elimina o excluye la utilización del conocimiento privado del juez para ponderar por sí sólo ciertas situaciones científicas, siendo por ello la utilización de la prueba pericial cada vez

⁴ El artículo 115 del Código Tributario dispone que esta autoridad conoce en primera o única instancia las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias, salvo que expresamente se haya establecido una regla diversa. También son autoridades que ejercen jurisdicción el Subcontralor General de la República y el director del Servicio Nacional de Aduanas.

⁵ La ley 19.911 establece que el Tribunal de Defensa de la Libre competencia está compuesto no sólo por abogados, sino también por profesionales universitarios expertos en materias de libre competencia, exigiéndose que dos de estos sean licenciados o tengan post grados en ciencias económicas.

⁶ En términos del profesor Aylwin: *“Si una persona, por actos de su propia voluntad, puede renunciar a un derecho suyo o las disputas que sobre él tenga con un tercero, parece principio natural permitirle que entregue la suerte de su derecho a la decisión de otra persona que le inspire confianza”*, AYLWIN, Patricio, *El Juicio Arbitral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 23.

más necesaria en la sociedad actual. La especialización de la judicatura sólo facilita la mejor calidad del ejercicio de la jurisdicción en ramas en que se requieren conocimientos especializados y permite un conocimiento más profundo de las materias a resolver ante el desarrollo desmesurado e incontrolable de diversas ramas en el Derecho y especialidades dentro de cada una de ellas como por el continuo progreso de la ciencia y las diversas tecnologías en el mundo moderno.

En la presente memoria el objeto de estudio es esta forma de incorporación de conocimiento experto a juicio por medio de la prueba pericial.

Pues bien, conforme a lo que venimos diciendo, en el proceso puede presentarse la necesidad del juez de contar con conocimientos especializados que él, en cuanto persona lega en el arte, ciencia u oficio respectivo, no conoce ni tiene porqué conocer. Es justamente el requerimiento de determinada experticia la razón de ser de la prueba de peritos y, en la misma medida, un principio rector de la regulación y tratamiento de la misma. Lo dicho es relevante, porque a la prueba de peritos están asociados una serie de problemas que no se presentan cuando se trata de la aplicación de otros medios de prueba y a los que debe buscárseles solución siempre considerando el objetivo final de la institución. Se trata de complicaciones que se presentan en todo el desarrollo del proceso y que son objeto de estudio en la presente memoria. Para estos efectos, el plan de trabajo distribuye el tema de estudio en tres, dedicándosele un capítulo a cada uno.

El primer capítulo es la formulación de un marco teórico de la prueba pericial y la exposición de la regulación de la misma en Chile. El objetivo es hacer una introducción al tema en estudio, determinando en qué consiste y cuál es, a nuestro juicio, la forma de entender correctamente la prueba de peritos. Para ello, se identifican las definiciones que en doctrina nacional y extranjera se han entregado, proponiéndose una propia y se expone brevemente cuáles son los orígenes históricos del medio de prueba en estudio. También con el objeto de entender en qué consiste la prueba de peritos se enunciarán las fases que son identificables en la misma y sus principales características. Por último, se expondrán una serie de paralelos entre la prueba pericial y otros medios de prueba, así como uno con la figura del intérprete y otro que lo compara con el arbitraje.

Adicionalmente se analiza la naturaleza jurídica de la prueba pericial, punto en el cual, como se verá, no existe consenso. En efecto, para cierta doctrina la peritación es, antes que un medio de prueba, una apreciación para aclarar un hecho que intenta ser acreditado por otro medio de prueba, con el exclusivo fin de hacer más fácil la valoración de esta última. Según esta postura, el peritaje quedaría fuera de la categoría de los medios de prueba por no estar destinado al establecimiento de la existencia de hechos o circunstancias pertinentes y relevantes en el proceso⁷. El rol de los peritos tendría un carácter más “neutral”, asimilable en tal sentido a la de un auxiliar de la labor judicial.

Para otros autores, en cambio, la prueba pericial sería un medio de prueba más, cuya labor se entiende como la de consultores técnicos de las partes.⁸ Se trata de una forma de entender la institución mucho más cercana a la noción estadounidense del testimonio experto y de acuerdo a la cual, aun cuando no se trate de una institución destinada al establecimiento de hechos, igualmente opera en función de una pretensión de parte, por lo que es asimilable al resto de los medios de prueba.⁹

La distinción no es baladí, pues de la determinación del carácter que tenga la prueba pericial en el proceso se desprende el alcance que puede dársele a la obligación de estos de ajustarse ciertos criterios como la objetividad y los que son propios de un adecuado manejo de la ciencia, arte u oficio que estos profesen. En definitiva, mientras más cercanos estén los peritos a una noción “objetiva” o “neutra”, más lejos estarán de ser concebidos como medios de prueba. A su vez, mientras más cercanos estén a ser un medio de prueba, más se les identifica con las partes y sus pretensiones.

⁷ Así por ejemplo, Massari señala: “*El perito lleva al proceso la contribución de un examen técnico motivado, y por tanto, expresado en forma dialéctica, acerca del alcance de los datos y elementos ya adquiridos en el proceso*”. Citado por NÚÑEZ, J. Cristóbal, *Tratado del proceso penal y del juicio oral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, Tomo I, p. 351.

⁸ NÚÑEZ, J. Cristóbal, Op. cit., pp. 150 y ss.

⁹ Así por ejemplo, señala Guasp: “*La pericia es un medio de prueba procesal y personal, caracterizándose, dentro de los medios de prueba procesales y personales, por la intervención de un tercero sobre datos procesales, de modo que determina el concepto de esta prueba*”. En GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Tercera Edición, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1968, p. 385.

Para efectos de graficar la distinción anterior se realiza luego en el capítulo I una comparación entre la regulación del peritaje entre el antiguo y el nuevo sistema procesal penal chileno. Como se señalará en su momento, la forma en que está regulada la prueba de peritos en el actual proceso penal da cuenta de una auténtica renovación de la figura, en la cual se abandona la concepción del perito como auxiliar del juez y pasa éste a ser visto como un medio de prueba más. Es así como todo lo relativo a la procedencia de la prueba pericial, quiénes pueden ser peritos, la forma de incorporación de la prueba al juicio y la valoración que cabe hacer de la misma son distintos en uno y otro modelo. Para efectos de esta memoria esa evolución será relevante, toda vez que de ella derivarán una serie de consecuencias que resultarán determinantes en el análisis acerca de la admisibilidad y de la valoración del testimonio del experto.

El segundo capítulo trata sobre la admisibilidad de la prueba pericial. Como se verá, una vez que al peritaje se le entiende como un medio de prueba, se convierte en un tema la admisibilidad del mismo, examen que en Chile tiene lugar en la fase intermedia del proceso. Lo que sucede es que la función de la prueba, entendida como el aporte de elementos de hecho para apoyar una determinada conclusión, no admite ser cumplida por cualquier medio. Es por ello que, para que un determinado medio de prueba pueda llegar a ser incorporado al proceso, deberá cumplir con ciertos requisitos que resultan jurídicamente relevantes. Las exigencias en este sentido son diversas y están dotadas de múltiples fundamentos, como son la preocupación por una determinada calidad epistemológica, la economía procesal y la protección de los derechos fundamentales.

En su oportunidad se señalará que el examen de admisibilidad de la prueba pericial no puede ser igual al del resto de los medios de prueba, pues hay problemas que le son propios y que ameritan un trato diferenciado. En primer lugar, se encuentra el de la necesidad de hacer un uso eficiente de recursos, al tratarse de una prueba que implica una mayor utilización de los mismos. Además de los costos monetarios -representados principalmente por los honorarios del perito- existe un desgaste de actividad jurisdiccional importante, en cuanto los juicios se alargan y debe disponerse de mayor actividad de los funcionarios del tribunal. Todo esto significa que necesariamente los órganos de persecución penal y de defensa penal deberán contar con los

recursos para poder valerse del testimonio experto, ya sea a través del apoyo de organismos públicos o a través de recursos económicos para que tales servicios puedan ser contratados a privados. En definitiva, el uso eficiente de los recursos hace que la utilización de la prueba pericial no pueda ser indiscriminada, sino que deba regirse por una serie de criterios que serán analizados.

En segundo lugar, la prueba pericial trae aparejados una serie de problemas relativos a la valoración de la misma (problema en el que se profundizará en el tercer capítulo de la memoria). Como se señalará en su momento, el hecho de que sea una opinión experta hace que el tratamiento que debe dársele en la ponderación de los medios de prueba para dar o no por acreditados ciertos hechos no pueda ser igual al resto. El carácter técnico de la información incorporada así como el riesgo de que la misma se use para resolver por el sólo argumento de autoridad involucrado, ameritan un trato diferenciado. El problema se acrecienta cuando se agrega la posibilidad de que, a través del testimonio de un experto, sean introducidos al proceso conocimientos de confiabilidad dudosa.

Así pues, son estos problemas los que hacen que el tratamiento de la admisibilidad de la prueba pericial sea particularmente relevante. Es por esta razón que no sólo deberá cumplir con los requisitos comunes de los medios de prueba, sino con algunos particulares, los que en algunos casos se derivan de los demás y en otros son independientes. Todos estos requisitos se encuentran recogidos directa o indirectamente en la regulación que hace el Código Procesal Penal de la admisibilidad de la prueba, tal como se irá viendo en esta memoria.

Dentro de los requisitos comunes de admisibilidad de la prueba, puede señalarse que la prueba pericial admisible deberá ser pertinente o relevante, esto es, deberá guardar relación con los supuestos de hecho materia de la acusación o los alegados por la defensa. Además, deberá versar sobre hechos que revistan el carácter de controvertidos (pues de no ser así se estaría ante una convención probatoria y, de acuerdo a la regulación del Código Procesal Penal, quedaría fuera de la prueba), no deberá tener fines dilatorios ni deberá versar sobre hechos públicos o evidentes. Adicionalmente, deberá tratarse de una prueba lícita lo que a grandes rasgos, en el caso de la prueba pericial, significa que en la etapa de reconocimiento no debe existir vulneración de derechos o garantías fundamentales.

Además de los antedichos, existen requisitos de admisibilidad adicionales que se derivan de otros que son comunes. En relación a ellos debe existir especial atención en ciertas particularidades, lo que se aprecia en la relevancia o pertinencia de la prueba. En este sentido se usa un alcance más amplio que el dado en la “relevancia lógica” y se hace aplicación de la denominada “relevancia jurídica”, concepto acuñado por la doctrina norteamericana.¹⁰ En dicho examen habrá que hacer un análisis de costo y beneficio en relación a la incorporación del medio de prueba, es decir, no su posibilidad de acreditación de hechos sino la conveniencia de que ello sea así. Como se verá, la aplicación de esta modalidad de la relevancia de la prueba resulta un buen filtro para evitar un uso indiscriminado del testimonio experto en juicio.

Por su parte, existen ciertos requisitos de admisibilidad que son propios de la prueba pericial. En primer lugar, el peritaje debe resultar necesario para acreditar el hecho correspondiente. Se trata de algo que se deriva de la misma naturaleza de la institución en estudio, pues es justamente el hecho de existir información propia de un arte ciencia u oficio desconocido para el promedio de la gente lo que justifica la utilización de la prueba pericial. Pero aún más, la información respectiva no debe ser posible de incorporar al proceso sino a través de la declaración del perito. Naturalmente, la necesidad del conocimiento experto y la necesidad de que ello sea efectivo a través de la declaración de un experto son determinaciones esencialmente relativas en el tiempo y en el espacio, pues es dable pensar que lo que hoy es un conocimiento técnico y específico mañana sea parte del acervo cognitivo de una comunidad completa.

¹⁰ En el estudio de los requisitos particulares de admisibilidad de la prueba pericial y de la posibilidad de incorporación de nociones doctrinales norteamericanas resulta de gran ayuda el texto del autor canadiense Alan Gold. En su libro “Evidence in criminal law: the scientific Approach” este profesor analiza las distintas variables problemáticas involucradas en la aplicación del testimonio experto en el ámbito judicial canadiense y estadounidense. Se trata de una visión muy moderna y atinente en un modelo de litigación como el incorporado en Chile a través de la reforma procesal penal. Asimismo, respecto a la posibilidad de utilización de los referidos criterios en la realidad nacional, el profesor Mauricio Duce hace el ejercicio utilizando las herramientas legales e institucionales vigentes en Chile y formulando una interpretación de las normas ya existentes que resulta acorde con ese cometido. En DUCE, Mauricio, “La prueba pericial y su admisibilidad en el juicio oral”, en Revista de Ciencias Penal Iter Criminis del Instituto Nacional de Ciencias Penales de México, Mexico D.F. 2006.

En segundo lugar, la admisibilidad de la prueba pericial requiere necesariamente que el perito sea una persona idónea. Nuevamente se trata de un requisito que se desprende de la propia función de la prueba pericial en el proceso ya que si de lo que se trata es de información incorporada al proceso por un experto en determinada arte, ciencia u oficio, lo mínimo es cerciorarse que esa persona efectivamente cuente con el nivel de conocimientos y especialización requeridos. En un sistema en que rige la libertad probatoria como el chileno la forma de acreditación de la experticia no se encuentra predeterminado por reglas sino que se deja para ser realizado como lo estime mejor el interviniente interesado. Se trata, en definitiva, de una operación eminentemente casuística y dependiente del tipo de experticia que es necesario incorporar en una hipótesis determinada.

Por último, el peritaje debe fundarse en conocimientos confiables, esto es, dotados de un nivel de aceptación social, formal o informal, que resulte suficiente. Se trata de una exigencia que trasciende el ámbito judicial, pues es un hecho que hay disciplinas o áreas de experticia que culturalmente son más aceptadas que otras, lo que generalmente está asociado a un cierto desarrollo teórico- práctico y a un determinado grado de “tradicición”. Sin perjuicio de ello, no es un asunto pacífico la determinación de lo que debe entenderse por conocimiento confiable. Para estos efectos proponemos la aplicación de las categorías que la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha desarrollado durante las últimas décadas. Consideramos que la reflexión realizada para alcanzar las conclusiones que en su momento serán expuestas da cuenta de un trabajo racional, riguroso y plenamente aplicable a un sistema judicial penal como el vigente en Chile. Es más, creemos que dicha aplicación resulta del todo deseable en la labor de fijar limitaciones para la aplicación del testimonio experto y, de esa forma, para velar por una forma más racional de proceso.

Los criterios para determinación de la confiabilidad del peritaje son el fruto de un esfuerzo jurisprudencial que implicó una auténtica revolución en la forma de entender el testimonio experto y el rol de los tribunales en relación a ellos. Son tres los fallos en virtud de los cuales esto fue posible, a los que la doctrina identifica como una *trilogía*, compuesta por los casos Daubert, Joiner y Kuhmo. La relevancia de esta jurisprudencia es tal que motivaron incluso una modificación de las Normas Federales de Evidencia, reglamentación que la mayoría de los estados hace suyo.

De acuerdo a Daubert, el examen que se practica en los tribunales estadounidenses para calificar la confiabilidad de una disciplina es el grado en que puede ajustarse a lo que comúnmente se entiende por método científico, esto es, una serie de pasos lógicos y de eficacia demostrable, tendientes a explicar los fenómenos del mundo real y a predecir los del futuro.¹¹⁻¹² De acuerdo a ello, lo más o menos confiable de una materia que pretende ser incorporada a través de testimonio experto en juicio se calificaría desde entonces según su posibilidad de caber dentro de ciertos criterios que son una concretización de las fases del método científico. A los tribunales de justicia, desde entonces, les cabía un auténtico rol de “porteros” (*gatekeepers*) del testimonio experto en juicio.

El caso Joiner, por su parte, se hace cargo de la interrogante acerca de revisión de la resolución judicial de la admisibilidad del testimonio experto por parte de los tribunales jerárquicamente superiores.¹³ Como se verá, de acuerdo a la Corte Suprema de los Estados Unidos esa revisión es posible y necesaria, siendo el estándar a utilizar el del “abuso de discreción” (“*abuse of discretion*”). Se trata, básicamente, de determinar si el tribunal inferior, al admitir o excluir un testimonio experto en juicio realiza una fundamentación suficiente, en términos de no faltar a la lógica ni de dejar de atender a las particularidades que el caso concreto presenta.

Por último, en el caso Kumho se responde a la interrogante sobre la posibilidad de incorporar como materia de testimonio experto disciplinas no estrictamente científicas por no satisfacer todas las fases que el método científico impone.¹⁴ De lo que se trata es que existen desarrollos teóricos y prácticos que por novedad o por especificidad no son capaces de satisfacer todas las fases del método científico. El caso Kumho, en ese sentido, solucionó el problema fijando que la determinación de la confiabilidad conforme al método científico debía hacerse de acuerdo a las posibilidades que en el caso concreto se presentaban. De esa forma, la admisibilidad en el proceso de disciplinas no estrictamente científicas debía igualmente analizarse de acuerdo a los criterios sentados por Daubert, pero sólo en cuanto resultaran

¹¹ Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. 509 U.S. 579 (1993).

¹² GOLD, Alan, Op. cit., pp. 79 y 80.

¹³ General Electric Co. v. Joiner de 522 U.S. 136 (1997).

¹⁴ Kumho Tire Co. v. Carmichel, 526 U.S. 137 (1999).

aplicables. El rol de “porteros” de los tribunales debía pues, cumplirse de todos modos, pero atendiendo a las características particulares del caso.

Por último, el capítulo II se cierra con un examen de la admisibilidad de la prueba pericial psicológica o psiquiátrica, entendida, para estos efectos, como aquel testimonio experto que versa sobre aspectos relativos a la psiquis humana y que se realiza en el contexto de un proceso judicial. El propósito será manifestar la forma en que los criterios planteados anteriormente pueden tener aplicación en un peritaje que es de uso muy frecuente entre los tribunales nacionales, pero respecto del cual no existe discusión en torno a su admisibilidad en juicio. En particular, señalaremos que es discutible la científicidad de este tipo de pericia y, aún más, la confiabilidad que pueda haber atribuirle para ser incorporado como materia de testimonio experto.

El tercer capítulo de esta memoria está dedicado a la valoración de la prueba pericial, entendida como *“la verificación de enunciados fácticos introducidos en el proceso a través de los medios de prueba, así como el reconocimiento a los mismos de un determinado valor o peso en la convicción del juzgador sobre los hechos que se juzgan”*.¹⁵ Al igual que en el capítulo II, el objetivo acá será plantear una serie de particularidades en torno a la prueba pericial, que resultan problemáticos a la hora de ponderar el peso que cabe atribuirle en la satisfacción del estándar de prueba vigente en el proceso penal (“más allá de toda duda razonable”).

Para estos efectos se realizará una somera aproximación conceptual de la valoración de la prueba, identificándose en qué consiste ésta, a través de definiciones doctrinales que a nivel nacional y extranjero han sido entregadas.

Una vez definida la valoración de la prueba, se enunciará los modelos de valoración, diferenciándose las alternativas que son los sistemas de prueba legal y de íntima convicción, así como el de sana crítica, que históricamente aparece como una alternativa intermedia entre las

¹⁵ NUÑEZ, Raúl, *El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo*, Revista Ius Et Praxis, Año 14, N°1, Universidad de Talca, Facultad de ciencias jurídicas y sociales, Talca, Chile, 2008, p. 213.

anteriores y que surge a partir de las críticas formuladas a las dos primeras. Se explicará particularmente cómo tratan cada uno de los enunciados modelos lo relativo a los medios de prueba utilizables y el peso que cabe asignar a cada uno de ellos.

Por su relevancia, nos detendremos en el modelo de valoración de la sana crítica, que es el adoptado en el proceso penal chileno desde la reforma del año 2000. Se expondrán sus antecedentes históricos y los principios que lo inspiran, así como sus méritos y las consecuencias de concebirlo como un intermedio entre los extremos que son la prueba legal y la íntima convicción. En su momento se le conceptualizará en relación a la libertad probatoria, por tratarse de un sistema en que no existe una valoración predeterminada por el legislador y que sea obligatoria de aplicar por el juez -como en el caso de la prueba legal- pero en el que tampoco cabe la total discrecionalidad del juez como en el modelo de la íntima convicción. Tal como se señalará, en realidad el juez tiene libertad de acción, pero encontrándose siempre limitado por las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Cada una de estas limitaciones será conceptualizada en su momento.

Por relacionarse con el tema de nuestra memoria, nos detendremos en la relación que existe entre las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, atendiendo a la interrogante sobre si los segundos caben o no dentro de la categoría de máximas de experiencia.

Pues bien, con el marco teórico ya señalado nos proponemos problematizar en torno a la valoración de la prueba pericial. Todas las complicaciones concebibles con respecto a la prueba de peritos encuentran su razón de ser en su carácter técnico y en una valoración que debe ser llevada a efecto por un juez que, en principio, es lego en el campo de conocimiento que se trate. Frente a este panorama, identificaremos las posibles situaciones que pueden darse y que significan un problema en la valoración de la prueba pericial.

En primer término, está el caso en que un juez lego se enfrenta a un peritaje propio de un campo de experticia que le es ajeno. Se trata de la hipótesis normal, pues la prueba de peritos supone un conocimiento que escapa del dominio que el juez tiene en cuanto hombre de conocimiento promedio. Para la valoración de la prueba proponemos que el parámetro a usar puede construirse en base al grado de satisfacción del método científico que tiene la materia que

es incorporada al proceso a través de la declaración del perito. De esa forma, la satisfacción del estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” dependerá de la materia de experticia que intenta ser introducida al proceso a través de la prueba pericial.

Siguiendo los criterios sentados por la jurisprudencia norteamericana en relación con la admisibilidad del testimonio experto, las disciplinas que no cumplan con los requisitos mínimos dentro de lo que el método científico exige para dar por entendido que se está en presencia de una ciencia o en un área del conocimiento en vías de constituirse en tal, no podrán ser consideradas en absoluto para dar o no por acreditado un hecho. Las que cumplan con estos requisitos mínimos pero que no se ajusten plenamente al método científico podrán servir como antecedente para la prueba de los hechos, pero sólo siendo considerado como un medio de prueba más y siempre en aplicación conjunta con otros medios de prueba de los cuales sea posible extraer igual conclusión. Por último, los conocimientos propiamente científicos deberían, en principio, ser suficientes para dar por acreditados los hechos correspondientes. Proponemos que ello será efectivo salvo que aparezcan *buenas razones* para alejarse de las conclusiones periciales, asociadas estas últimas a defectos en la propia prueba pericial y a la existencia de otros peritajes de los que se extraigan conclusiones diferentes.

Otra interrogante atingente es si lo que el experto dice resulta obligatorio de considerar para el juez su decisión, es decir, si las conclusiones a las que arriba el experto son determinantes en el razonamiento que el juez debe hacer al fallar. Claro está que en el contexto de un sistema de libre valoración de la prueba el juez se encuentra facultado para dar o no por acreditado un hecho a partir de los medios de prueba o antecedentes que estime pertinentes, siempre que la decisión correspondiente sea producto de evaluación racional de las circunstancias. De esa forma, el juez podría fallar sin considerar al efecto la información que a través de la declaración de un experto es introducida en juicio. Pero no debe olvidarse el juez se encuentra limitado en la valoración de la prueba por las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Siendo así, el juez podría verse en la necesidad de dar por cierto una conclusión pericial propia de una disciplina científica, pues de lo contrario podría estar contraviniendo los límites que el sistema de valoración de la prueba impone, a menos que su cuestionamiento se haga sobre la base de conocimientos científicamente

afianzados que no se han estimado superados con el informe experto en contra efectuado o por estar ante una diversa dimensión de los hechos sobre los cuales opina el experto.

Un problema particularmente complejo es el que tiene lugar cuando existe pluralidad de pruebas periciales rendidas en un proceso. Cuando ello ocurre, las pruebas periciales pueden entregar conclusiones iguales o disímiles.

En el caso en que existe una pluralidad de conclusiones periciales contestes en sus conclusiones, creemos que estas deben valorarse siguiendo con los criterios ya aludidos para la valoración de las pruebas periciales en general. De esta forma, la satisfacción del estándar de prueba para dar o no por acreditado un determinado hecho dependerá de lo ajustado que se encuentre la materia correspondiente al método científico. En consecuencia, el juez que pretenda desestimar las conclusiones que entrega un peritaje de tipo científico- reconocido como el más alto nivel de confiabilidad de conocimiento experto- sólo sería procedente si existiesen *buenas razones* para ello. Desarrollaremos este punto señalando que dicha posibilidad está asociada a dos clases de defecto en la prueba de peritos: Una es la que puede darse en la propia prueba (como por ejemplo cuando el perito debe efectuar el reconocimiento por sí mismo pero, en vez de eso, delega esa tarea en un tercero). En este caso, un tribunal diligente deberá apreciar el peritaje en que se han cometido errores u omisiones tomando en consideración dicha circunstancia y otorgándole valor a aquel que se ha desarrollado en forma rigurosa y sin errores.

Un segundo tipo de razones para que el juez pueda alejarse de lo que, habiendo pluralidad de pericias realizadas en el contexto de un proceso, éstas entregan información contradictoria. Para entender cómo es posible esta última posibilidad será relevante analizar lo que debe entenderse por ciencia, asumiendo desde ya que el punto de partida será el método científico. Lo que aquí se quiere decir es que al conocimiento científico no se le identifica de acuerdo a lo que es sino por la forma en que es obtenido (que debe corresponder a las fases que constituyen el método científico).¹⁶ En la medida en que ello es efectivo, la ciencia esencialmente tiende a evolucionar y asimismo, las conclusiones que a través de ella se obtienen

¹⁶ El método científico puede ser definido como “*proceso constituido por una serie de pasos lógicos y de eficacia demostrable, tendientes a explicar los fenómenos del mundo real y a predecir los del futuro*”. En GOLD, Alan, Op. cit., pp. 79 y 80.

para explicar los fenómenos del mundo pueden perfectamente variar de acuerdo a las circunstancias en que son obtenidas. Nos alejamos de esa forma de la visión común de la ciencia como una fuente de información invariable e incuestionable, para pasar a verla como un acervo cognitivo que da respuestas confiables pero de ninguna manera definitivas.

Como decíamos, en la medida en que la ciencia supone conocimientos que evolucionan con el tiempo es perfectamente posible concebir que las partes opten por la línea de pensamiento que más se ajuste a sus pretensiones en el juicio. En esa realidad y en un sistema judicial que funciona de acuerdo a una lógica adversarial el perito será elegido por la parte en la medida en que declare lo que le resulta conveniente.

¿Cómo debe valorar la prueba el juez en este caso de conclusiones periciales contradictorias? En un sistema de libre valoración de la prueba no hay soluciones preestablecidas por el Legislador, por lo que el trabajo argumentativo del juez es mayor. A este respecto, propondremos una serie de criterios –de ninguna manera taxativos- que pueden servir para la valoración de peritajes de conclusiones contradictorias, asumiendo las limitaciones que la sana crítica le impone al juez.

La siguiente situación problemática a estudiar en este capítulo es la que tiene lugar cuando el juez pretende valerse de sus conocimientos particulares para valorar la prueba pericial. En una primera hipótesis podría ello acontecer siendo el juez una persona lega. En una segunda situación, el juez, por simple casualidad, puede ser también un entendido en campo de conocimiento respectivo. ¿Puede en ese caso el juez recurrir a tales conocimientos y calificar conforme a ellos el peso que a la prueba pericial cabe atribuirle en el proceso?

Si los conocimientos propios de una arte o ciencia pueden ser concebidos como notorios o evidentes, en teoría no habría problema en el juez se valiera de ellos irrestrictamente. Pero para entender esto será necesario desarrollar el concepto de hecho notorio y estudiar los límites de lo que puede ser considerado tal, pues mientras más lata sea la noción, mayor será la posibilidad de utilización de los mismos por el juez al valorar la prueba. La línea que divide lo que es evidente de lo que es propio del conocimiento de especialistas es tenue y relativa. Sin embargo, se señalará en su momento que creemos existen buenas razones para que la noción de hecho

evidente que se maneje sea restringida, lo que fundamentalmente dice relación con la posibilidad de contradicción en el proceso y con un adecuado control de la idoneidad del experto y de la confiabilidad de la correspondiente disciplina (controles que no tendrían lugar si el juez fuera quien hiciera las veces de perito).

Un último problema que analizaremos es el que se da cuando, dada la complejidad que es propia de la prueba pericial, el juez sencillamente opta por hacer de la opinión pericial su resolución. Surge acá el problema de que quien ejerce jurisdicción en este caso es el experto y no el juez, entendiendo que la valoración de la prueba es parte de lo que al juez- y solamente al juez- le toca hacer al conocer de un determinado asunto de relevancia jurídica. Esta aparente delegación de jurisdicción conlleva un problema de inconstitucionalidad que no puede ser pasado por alto, pero también un problema de inconveniencia en la medida que implica un desconocimiento del carácter evolutivo que es propio del conocimiento científico.

El capítulo III concluye con una aplicación de los elementos para la valoración de la prueba a un caso concreto, como es el de la prueba de ADN. El objeto acá será formular un examen acerca de cómo debe valorarse un tipo de peritaje de bastante aplicación, pero respecto del cual pocas veces existe reflexión acerca del peso que realmente cabe asignarle en la prueba de los hechos.

Finalmente, en la última parte de esta memoria exponemos una serie de conclusiones generales acerca de la prueba pericial, relativas a su dimensión conceptual, su admisibilidad y su valoración. Nuestro propósito no es otro que dar herramientas para hacer frente a una realidad inevitable en la cual el conocimiento humano tiende a hacerse cada vez más complejo y específico y en la que los procesos judiciales requieren nutrirse de tal avance. En ese sentido, proponemos a la prueba pericial como un medio de prueba de mucha potencialidad en la averiguación de la verdad, pero a la vez digna de una aplicación cuidadosa. El estudio realizado pretende poner acento sus particularidades que como medio de prueba debe atribuírsele y en la necesidad de entender que existen problemas asociados al mismo que ameritan un trato diferenciado.

Al finalizar el trabajo esperamos haber aportado con un análisis de la figura de la prueba pericial que abarque la materia en sus distintas dimensiones y con los problemas que le son propios. En este sentido, consideramos que tratar tanto a la valoración como a la admisibilidad de la prueba pericial en una misma memoria permite un entendimiento más sistemático y comprensivo de la figura. Esperamos contribuir en el estudio del peritaje en el proceso penal, materia escasamente tratada en doctrina nacional, pero de mucha relevancia y creciente contingencia.

CAPÍTULO I:
MARCO TEÓRICO Y
REGULACIÓN DE LA PRUEBA
PERICIAL EN EL PROCESO
PENAL

1. CONCEPTO DE PRUEBA PERICIAL

Para efectos de entender de qué se trata el tema en estudio y cuáles son sus alcances, partiremos este capítulo por definir la expresión “prueba pericial”. A partir del concepto proporcionado por distintos autores, nos proponemos identificar los elementos más relevantes de dicha institución para así entregar una definición comprensiva y desarrollar los distintos temas en estudio. Dado que el concepto se encuentra esencialmente ligado al de “perito”, nos parece metodológicamente acertado partir por establecer qué entendemos por este último.¹⁷

1.1 Definición de perito:

Desde un punto de vista etimológico, el Diccionario de la Real Lengua Española define al “perito” como “*Entendido, experimentado, hábil, práctico en una ciencia o arte*”. De este concepto general se deriva un significado más técnico: “*toda persona que, poseyendo determinados conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, informa, bajo juramento, al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia*”¹⁸.

En la doctrina son varias las definiciones que han sido entregadas:

Alex Carocca los define como: “*personas que, teniendo conocimientos especializados en alguna ciencia o arte, prestan un informe en un proceso dando a conocer al tribunal sus conocimientos o máximas de experiencias especializadas, que le deberán servir para formar su convencimiento respecto a la coincidencia entre afirmaciones formuladas por las partes y las producidas por los medios de prueba*”.¹⁹

¹⁷ La bibliografía consultada se divide entre las que definen el concepto de “perito” y las que definen el de “prueba pericial”. Nuestra intención es tratar ambos términos, dado que se encuentran ineludiblemente ligados.

¹⁸ *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Editorial Espasa Calpe, Madrid, España, 2006.

¹⁹ CAROCCA, Alex, *El nuevo sistema procesal penal*, Editorial jurídica La Ley, Santiago de Chile, 2003, p. 236.

En términos de Sabas Chahuán, los peritos son “*terceros ajenos al juicio que procuran a los jueces el conocimiento del cual estos carecen, referido a una determinada ciencia o arte, que actúan cuando, para la debida ponderación de los hechos, se requieren conocimientos especializados en el área en el que el perito es especialista*”.²⁰

Por su parte, Guillermo Piedrabuena define a los peritos como “*terceros ajenos al litigio que disponen de conocimientos especializados sobre determinada ciencia, arte u oficio y que son llamados a prestar su testimonio experto en la interpretación de una determinada información*”.²¹

Por último, María Inés Horvitz se refiere al perito señalando que se trata “*de una persona con conocimientos especializados, un experto en determinadas materias*”.²²

En general, es posible concluir que existe consenso respecto a las características esenciales del perito. Así, se concluye que se trata de un tercero ajeno al juicio, lo que implica que no tuvo ninguna clase de participación en los hechos que se están discutiendo, ni una relación directa con ninguna de las partes.²³ También se deduce que el perito tiene algún grado de conocimiento especial o de especialización respecto a alguna ciencia, arte u oficio relacionada con alguna circunstancia de interés en el proceso. Es de especial relevancia notar que no se trata sólo de un experto en lo que se refiere tradicionalmente como “ciencia”, incluidos aspectos técnicos de distintas áreas, sino también cualquier tipo de actividad que sea susceptible de algún grado de especialización, como las “artes” o algún oficio.²⁴

1.2 Concepto de prueba pericial:

²⁰ CHAHUÁN, Sabas, *Manual del nuevo procedimiento penal*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2007, p. 326.

²¹ Ministerio Público, Oficio N° 60, 31 de enero de 2002, emitido por el Fiscal Nacional y dirigido a los fiscales regionales y adjuntos del país.

²² HORVITZ, María Inés, *Derecho procesal penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, p. 295.

²³ Este es uno de los puntos en que es posible diferenciar el perito del testigo. Sobre el particular, Vid. *Infra*. 4.5.

²⁴ Véase, DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian, *Proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, p. 416.

Con el entendimiento de la noción de perito, puede deducirse que la prueba pericial es el medio referido al informe que prestan estos especialistas durante la tramitación de un litigio. Al igual que en el caso del concepto de perito, la literatura nacional ha sido relativamente uniforme a la hora de definirla:

Para Arturo Alesandri es *“el informe de las personas nombradas por el tribunal o las partes, y que poseen conocimientos especiales sobre la materia debatida”*.²⁵

Cristian Maturana Miquel lo conceptualiza como *“la opinión emitida en un proceso, por una persona que posee conocimientos especiales de alguna ciencia o arte, acerca de un hecho sustancial, pertinente y controvertido o alguna circunstancia necesaria para la adecuada resolución del asunto”*.²⁶

Así entendida la prueba pericial, puede señalarse que sus características esenciales son las siguientes:

En primer lugar, se trata de una opinión emitida por un “perito” en los mismos términos en que ya fue definido. Cabe señalar que dicha opinión puede prestarse de distintas maneras, en la medida que puede tratarse tanto de una opinión por escrito, como la declaración del perito en una audiencia oral.²⁷

En segundo lugar, se refiere a una materia cuyo conocimiento especializado se requiere para una acertada resolución de la causa que se está tratando. El perito expone su apreciación de los hechos del caso a la luz de su respectiva disciplina, permitiéndole entregar conclusiones relevantes a la hora de tomar una decisión final en un juicio. De esta forma, se entiende que el perito cuenta con conocimientos que escapan al “hombre promedio”, y que son necesarios para

²⁵ Arturo Alessandri Rodríguez, citado por RAMÍREZ, Gustavo, *La pericia*, Memoria para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1978, p. 25.

²⁶ MATURANA, Cristian, *Los medios de prueba*, Colección de Apuntes, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2003, p. 132.

²⁷ De esta forma se refieren tanto al informe de peritos, como al testimonio experto que este realiza en un juicio. Sobre la modalidad que aplica el actual sistema procesal penal chileno, Vid. *Infra*. 6.5.

generar la convicción del tribunal. Claus Roxin categoriza las distintas formas en que este conocimiento se materializa:

- a) Cuando informa sobre principios generales de la disciplina.
- b) Cuando comprueba hechos que únicamente pueden ser observados, comprendidos o juzgados exhaustivamente en virtud de conocimientos profesionales especiales.
- c) Cuando extrae conclusiones que únicamente pueden ser averiguadas en virtud de conocimientos profesionales.²⁸

Conviene recalcar que el conocimiento técnico o científico que es aportado por el experto en juicio resulta ser histórico y relativo en el tiempo, es decir, el conocimiento especializado del perito puede dejar de serlo cuando tal se vuelve parte del patrimonio cultural común. Parafraseando al profesor Denti, sólo en la medida en que un determinado ámbito del saber esté fuera del conocimiento del tribunal en cuanto “hombre medio” y parte integrante de una comunidad, se justificará que la prueba se vuelva científica, mas no cuando participa de ese conocimiento en su calidad de miembro de dicha comunidad. En otras palabras, la “necesidad” de un conocimiento experto marca el límite a partir del cual una prueba se vuelve científica y requiere una valoración que sobrepasa los conocimientos del juez como hombre medio.²⁹

1.3 Propuesta de concepto:

En atención a las nociones anteriores, proponemos definir a la prueba pericial como la opinión emitida por un “perito”, relativa a un hecho del proceso que requiere de conocimientos especiales para ser comprendido a cabalidad y que es relevante a la hora de decidir por el tribunal.

²⁸ ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 238.

²⁹ DENTI, Vittorio, “Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador”, ponencia general presentada en el V Congreso Internacional de Derecho Procesal, México D.F, México, 1972. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/13/art/art1.pdf>, visitado por última vez el 28 de octubre de 2008.

1.4 Concepto de prueba pericial en el sistema del *Common Law*:

Para efectos de la presente memoria, resulta relevante también entregar una noción de la prueba pericial de acuerdo a la forma que es tratada en el sistema del *common law*. Debe quedar claro, sin embargo, que la prueba de peritos en ese sistema no es igual que en el modelo continental, pues no se trata allí de un auxiliar del juez que desarrolla una función objetiva e independiente de la de las partes, sino que, por el contrario, se trata de un testigo experto (*expert witness*). En ese sentido, el rol del perito en el sistema del *common law* no es el de quien entrega ante el tribunal verdades absolutas e irrefutables y que participa sólo cuando el juez se vale de su auxilio, sino que se le reconoce una función motivada y son aportados por las partes según les sea favorable la interpretación técnica que puedan incorporar al caso específico.³⁰

Conforme a lo anterior, el conocido diccionario estadounidense Black Law Dictionary define al testigo experto (*expert witness*) como “*Un testigo calificado por su conocimiento, habilidad, experiencia, entrenamiento o educación para proveer una opinión científica, técnica o de otra especialidad acerca de una evidencia o un hecho*”.³¹ Se trata de un concepto acorde con la forma en que el mismo diccionario entiende la evidencia experta (*expert evidence*): “*Evidencia acerca de un asunto científico, técnico o profesional dado por una persona calificada para testificar por su familiaridad con la materia o por su entrenamiento especial en el campo de estudio*”.³²

³⁰ Una mayor profundización de esta dualidad de formas de entender la naturaleza del peritaje se realiza en el punto 3 de este capítulo.

³¹ “*A witness qualified by knowledge, skill, experience, training or education to provide a scientific, technical or other specialized opinion about the evidence or fact issue*”, BLACK, Henry, *Black Law Dictionary*, St. Paul Minn., West Group, Séptima ed., 2000.

³² “*Evidence about a scientific, technical or professional subject given by a person qualified because of familiarity with the subject or special training in the field*”, BLACK, Henry, Op. Cit.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRUEBA PERICIAL

Bastante coincidencia existe entre los distintos autores respecto a que la prueba pericial surge recién a partir del derecho romano clásico, sin que se conociera dicha institución en épocas más primitivas.³³ Esto tiene sentido, en la medida que en esos tiempos primaban de manera absoluta las decisiones judiciales producidas en virtud del “juicio de Dios”, es decir, por señales divinas provocadas para tal fin, o reglas probatorias fijas y mecánicas.³⁴

En el proceso romano clásico, el peritaje no desempeñaba un gran papel, en la medida que en aquellos tiempos las materias a analizar eran considerablemente más sencillas, y sin el rango de complejidad que se les asigna hoy en día. En ese entonces sólo se hacía mención a la comprobación del embarazo efectuado por tres comadronas, y también la intervención del de un agrimensor en una disputa de sobre propiedad territorial, determinación de deslindes y divisiones de tierras.³⁵

En el derecho romano post clásico, el peritaje toma mayor importancia, pero no en sí misma sino por la relación que esta tenía con la prueba documental. Esta última se produce un incremento en la presentación de documentos, lo que, a su vez, se tradujo en un aumento de la utilización de peritos para la comprobación de su autenticidad.³⁶ Esta materia era designada como “comparaciones”, en la cuales se negaba la autenticidad de un documento, y los peritos eran llamados a comprobarla.

En el derecho canónico se produce una notoria separación entre la prueba pericial y la relativa a los testigos pues a esta última se le asignan reglas rígidas de fuerza probatoria y de causales de inhabilidad. La pericia, en cambio, se aplicaba a todo lo que el juez no era capaz de deducir por sus propios medios y conocimientos. Sin embargo, y siguiendo los principios de la

³³ DÍAZ, Claudia, *El informe de peritos en los procedimientos civil y penal*, Memoria para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Talca, Talca, 2000, p. 68.

³⁴ WALTER, Gerhard, *Libre apreciación de la prueba*, Editorial TEMIS, Bogotá, Colombia, 1985, p. 14.

³⁵ *Ibidem.*, p.16

³⁶ *Ibidem.*, p.19

prueba legal y tasada, en lo relativo a la fuerza probatoria del testimonio, sólo las declaraciones concordantes de dos testigos juramentados hacían plena prueba del hecho afirmado.³⁷

En la Edad media, con el nacimiento del procedimiento inquisitivo, se produjo una hipertrofia de la prueba confesional asociada a la aplicación de la tortura, en desmedro de otros medios de prueba más racionales, abandonándose los principios procedimentales que regían con anterioridad. Ya con la promulgación de la “Constitutio Criminalis Carolina” de Carlos V, en 1532, se buscó poner fin al arbitrio judicial del proceso inquisitivo y, de paso, le dio nueva vida a la prueba pericial al exigirse, por ejemplo, la intervención del médico en las lesiones, homicidio, aborto, infanticidio, parto clandestino, etc.³⁸

Francisco I, en Francia en el mismo año de promulgación de la “Constitutio Criminalis Carolina”, en un edicto concedido en Valence, hace mención de los reconocimientos e informes bajo juramento de personas de experiencia, y en 1579, las Ordenanzas de Elois disponen de la actividad pericial.³⁹

La obra de Ambrosio Paré, “*Des Rapports Et Des Moyens D`Embaumer Les Corps Morts*”, es conocida como el primer tratado sobre la prueba pericial⁴⁰ y consagra de manera definitiva la vinculación entre esta materia y la Medicina legal, al hacer profundos estudios sobre la gravedad de las heridas, asfíxia, reconocimiento de la virginidad y otros asuntos.⁴¹

En Chile, el peritaje sólo comienza a tratarse de manera sistemática con la dictación de los Códigos de Procedimiento Civil y Penal, sin perjuicio a que se hacía mención en diversos cuerpos legales de la necesidad de contar con la apreciación de técnicos en la decisión de materias especiales. Entre otros, algunos de estos casos son los siguientes:⁴²

- a) En la Constitución Política de 1823, en lo relativo a las Cortes de Apelaciones, se estableció que en materias que exigían conocimientos prácticos o técnicos, podía

³⁷ Ibidem, p. 35

³⁸ DÍAZ Sánchez, Claudia Lorena, Op. cit., p.69.

³⁹ RAMIREZ, Gustavo, Op. cit., p. 23.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ DÍAZ, Claudia, Op. cit., p.69.

⁴² Ibidem, p.72.

llamarse a su seno a facultativos en clase de conjueces y para tal evento determinó el nombramiento de un comerciante, un minero y dos empleados de hacienda.⁴³

- b) En la ley general sobre Hurtos y Robos, de 7 de agosto de 1849, se establece que, al no resultar probado el valor de la cosa hurtada o robada ni pudiese estimarse por peritos, u otro arbitro legal, el juez debía regular la pena prudencialmente.

Desde este punto en adelante, la evolución de la prueba pericial se ha relacionado directamente con el desarrollo de la ciencia y la técnica, teniendo su gran impulso en la segunda mitad del siglo XIX. De la misma forma, junto con el aumento de su importancia para resolver asuntos cada vez más complejos, su precisión técnica también se ha ido perfeccionando, convirtiéndose en uno de los puntos clave de los procedimientos judiciales de hoy.⁴⁴

⁴³ Cabe recalcar que en esta disposición se deja de manifiesto de manera prácticamente incuestionable, la preeminencia de la noción que considera a los peritos como “auxiliares del juez”, llegando incluso a referirse a ellos como una especie de “conjueces”. Sobre el particular, Vid. Infra 3.1.

⁴⁴ Sobre el particular Vid. Cita N° 2.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA PERICIAL

La discusión referente a si el peritaje constituye un medio probatorio propiamente tal o si, por sus especiales características, obedece a otro tipo de institución, no es nueva. El asunto que aquí se trata está en directa relación con el establecimiento de los elementos esenciales de la prueba pericial y se relaciona fundamentalmente con el problema de la valoración de la prueba pericial y de cómo ésta es concebida en el proceso.⁴⁵ Por dicha razón, procederemos a contextualizar cada una de las formas de entender la prueba pericial con el sistema continental y con el del *common law*, así como con posiciones doctrinales referidas a la materia. Finalmente, ofreceremos nuestra opinión al respecto.

3.1 El peritaje como auxiliar del Juez:

Esta forma de entender la prueba pericial se basa en la idea fundamental de que la función del perito consiste en entregarle al juez ciertos conocimientos especiales o máximas de experiencias que éste necesita para tomar una decisión en un caso concreto (de las cuales carece por tratarse de conocimientos técnicos de alguna ciencia, arte u oficio). En consecuencia, su función no sería la de acreditar un hecho en juicio.⁴⁶

Tal es la opinión que defienden autores italianos como Borettini, quien sostiene que “*la peritación no es substancialmente un prueba, sino que una apreciación para aclarar una fuente de prueba, al exclusivo fin de hacer, por dicho medio (subsidiario) más fácil su valoración*”. Massari, por su parte, se pronuncia de manera similar al afirmar que “*el perito lleva al proceso la contribución de un examen técnico motivado, y por tanto, expresado en forma dialéctica, acerca del alcance de los datos y elementos ya adquiridos en el proceso*”.⁴⁷

En otras palabras, según estos autores un informe presentado por un perito no puede considerarse una prueba en sentido estricto, en la medida que éste sólo facilita la apreciación de

⁴⁵ Sobre el particular, Vid. Cap. III.

⁴⁶ Sobre diferencias de la prueba pericial con otros medios de prueba, Vid. Infra. 4.

⁴⁷ Borettini, y Massari citados por NUÑEZ, Cristóbal, *Tratado del Proceso Penal y de Juicio Oral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2003, p. 351.

un hecho (en todo su alcance y relevancia), pero no cumple la función de constatar su ocurrencia (lo que se lleva a efecto normalmente a través de otros medios probatorios).

No sólo profesores italianos adhieren a esta corriente que considera al perito como un colaborador del juez. En esta línea Prieto Castro afirma que “*el perito debe ser considerado como auxiliar del juez, en la búsqueda de circunstancias o de máximas o reglas de experiencia que no se hallen a su alcance*”.⁴⁸

En Chile, Hugo Pereira Anabalón sostiene, basándose en lo sostenido por Couture y por un análisis de las normas de los antiguos Códigos de Procedimiento Civil y Penal, que “*en el derecho procesal civil y penal chileno, el informe de peritos tiene el doble carácter que la doctrina le reconoce, como medio de prueba los textos son suficientemente categóricos y en cuanto medio de ilustración al juez y por tanto de auxiliar suyo, lo confirman los datos siguientes: en ambas categorías de procesos el juez está facultado para ordenar el informe de peritos de oficio en cualquier estado de la causa (...), el juez oír o pedirá informe de peritos si hay necesidad de consultar opiniones periciales (...), etc.*”.⁴⁹

De manera concordante, Cristóbal Núñez afirma que “*el informe pericial, además de no constituir propiamente un medio probatorio, por servir al juez sólo para ilustrarlo acerca del alcance y contenido científico o técnico de un hecho o circunstancia probado en el proceso, se diferencia de la prueba testimonial en que mientras el perito dictamina y valora datos o elementos acreditados en el juicio, el testigo se limita a relatar sucesos que ha percibido fuera de la causa criminal, sin que esté autorizado para opinar o emitir conclusiones sobre ellos*”.⁵⁰

A partir de las anteriores nociones, es posible reconocer los siguientes elementos al entenderse la prueba de peritos en la forma que viene siendo tratada:

- a) En primer lugar, se sostiene que los peritos sólo realizan una labor de apoyo a la función del juzgador al proporcionarle conocimientos especiales de los que éste

⁴⁸ Prieto Castro, citado por RAMIREZ, Gustavo, Op. cit., p. 31.

⁴⁹ PEREIRA, Hugo, “Naturaleza Jurídica de la Pericia Judicial”, en Gaceta Jurídica, N° 269, Santiago, Chile, 2002, p. 9.

⁵⁰ NUÑEZ, Cristóbal, Op. cit., p. 351 y 352.

carece y que son necesarios para una correcta decisión del asunto sometido a conocimiento jurisprudencial.

- b) En segundo lugar, el peritaje, a diferencia de otros medios probatorios, no cumple con la función de acreditar un hecho en el juicio, sino la de proporcionar una correcta valoración a una situación ya establecida por otro medio de prueba.
- c) Por último, pese a que el perito aprecia ciertos hechos relevantes en el proceso, se diferencia de el testigo, en la medida que este último no realiza una valoración de hechos.

La aceptación de esta posición de parte de la legislación trae aparejadas importantes consecuencias prácticas y teóricas:

- a) Es de toda lógica que, por tener el perito el carácter de un auxiliar del juez en lo relativo a la valoración de la prueba rendida en juicio, su nombramiento y procedencia correspondería de manera exclusiva al juez. Por tratarse de un colaborador suyo, el único facultado para establecer quien sería la persona más adecuada para cumplir dicha función sería el propio juzgador. De la misma forma, si el peritaje sólo cumple la función de proporcionar información de la que el tribunal carece, sólo de éste dependerá su procedencia, sin tener ningún grado de intervención las partes.
- b) Si aceptamos la idea de que el perito cumple un rol de colaborador del juez, en la medida que le proporciona una apreciación de los hechos relacionada con sus conocimientos técnicos especiales para que posteriormente el tribunal pueda tomar una decisión (relacionada directamente con dicha valoración) en una causa determinada, es posible afirmar que el perito se encontraría realizando una función que le corresponde exclusivamente al juzgador. En efecto, al juez le corresponde valorar los medios probatorios aportados por las partes en un juicio, para producir un fallo que se enmarque en lo establecido por la legislación. Pero si las opiniones de los peritos no son un medio probatorio más, se trataría de una valoración experta de la prueba que tiene una incidencia directa en el resultado del juicio. Un problema de legitimidad de este tipo no

puede desconocerse. En palabras de Hugo Pereira Anabalón: “*este auxilio del perito al juez puede ser de tal relevancia que llegue a constituirse en antesala de la sentencia, o tener el conocimiento que aquel le aporta tanta especialización que sea difícil para el juzgador sustraerse de su motivación o de sus conclusiones*”.⁵¹

El peritaje entendido como una labor ejercida por un auxiliar del juez corresponde a la forma en que el sistema continental clásico asume la naturaleza jurídica de la institución. En países con un sistema de ese tipo los juicios se llevan en un procedimiento que se caracteriza por ser escrito y lato. En general, la designación de un perito se trata de una facultad del juez que conoce de una determinada causa. Esto es un reflejo de la calidad que tiene el juez en un sistema inquisitivo, donde es una misma persona el investigador y el juzgador y es quien detenta una dirección prácticamente absoluta de todo el procedimiento. De la misma forma, un perito como colaborador del juez y sin ninguna relación con las partes, se condice de mejor manera con fases de instrucción, que normalmente eran secretas o con una prácticamente nula participación de los intervinientes.

En definitiva, los países que aplican un sistema cercano al modelo continental suelen darle a la prueba de peritos un carácter no contradictorio. La pericia así entendida no tiene en consideración en absoluto los intereses particulares de las partes y a su respecto se trata de una figura neutral o imparcial.⁵²⁻⁵³

3.2 El peritaje como medio de prueba:

⁵¹ PEREIRA, Hugo, Op. cit. p. 9. Sin embargo, destaca este autor que las opiniones y conclusiones de los peritos no son vinculantes para el juez: “*el juez tiene libertad para ponderar el dictamen pericial, porque de otro modo, si el informe lo vinculara, sería el perito el verdadero juzgador*”. Pese a esto, consideramos que el punto es válido, en la medida que la distinción entre las funciones entre el juez y el perito se vuelven progresivamente más difusas al aumentar la complejidad del litigio. Sobre el particular, Vid. Cap. III.

⁵² Sin perjuicio de ello, Denti da cuenta de cómo la doctrina procesal europea, aun reconociendo el carácter de “auxiliar” de los peritos, califican como meramente conceptual y terminológica el tratamiento legislativo propio de un medio de prueba. Sobre el particular, Vid. DENTI, Vittorio, Op. cit., p. 11 -12.

⁵³ Sobre el peritaje en el sistema continental y las diferencias con dicha institución en los países del *common law*, Vid. DAMASKA, Mirjan, *Evidence law adrift*, Yale University Press, 1997, pp. 77 y ss.

Esta es la posición mayoritaria en la doctrina, tanto nacional como extranjera. La premisa principal de esta corriente es que el peritaje entrega elementos que son necesarios para provocar la convicción del tribunal, por lo que resulta asimilable a un medio de prueba.

Se trata de una forma de entender la institución estudiada mucho más cercana a la noción del *common law*, según la cual el rol del perito es asimilable al de un testimonio experto (*expert witness*). Se trata de una concepción según la cual no existen más medios probatorios que la prueba documental y la prueba testimonial, pudiendo todos los demás ser reconducidos a alguno de estas dos categorías.⁵⁴ Así entendida, la prueba pericial podría ser tomada como prueba documental si lo que se considera es el informe elaborado por el perito, o como prueba testimonial si lo que se toma en cuenta es la declaración en juicio.

En el sistema del *common law* -donde prima un modelo adversarial y la oralidad en los juicios- la opción más lógica es la asimilación a la prueba de testigos.⁵⁵ Los peritos, desde esta perspectiva, son presentados para que presten testimonio sobre una determinada materia y pueden ser objeto de *cross examinations* por parte de la contraria, en conformidad con las normas generales relativas a los testigos. En definitiva, los peritos tienen en el juicio una posición absolutamente parcial: son presentados, financiados e incluso instruidas por las propias partes para que declaren en juicio.⁵⁶

Como expone el profesor Denti, son varias las razones que han llevado al sistema del *common law* a concebir la prueba pericial de la forma aludida y que van de la mano con el

⁵⁴ Como señala Denti: “*En realidad, la intervención de técnicas modernas, tanto en la formación de las pruebas como en el control de su veracidad, no da lugar a la creación de nuevas pruebas que no pertenezcan a las dos categorías fundamentales: los documentos y el testimonio*”. En DENTI, Vittorio, Op. cit., p. 5.

⁵⁵ Sobre la situación en Chile en el antiguo procedimiento penal y en el actual proceso penal, Vid. Infra. 6. y 7.

⁵⁶ Con todo, señala Damaska que no debe exagerarse la identificación del testigo con las pretensiones particulares y motivadas de una parte, sino que están sujetos a ciertas exigencias de objetividad. Según este profesor, estrictamente hablando en el sistema norteamericano los peritos son más asistentes del juez que testigos, en orden a apoyar al primero en el establecimiento de hechos (*fact finding*). En el fondo, resultaría exagerado creer que por la estricta naturaleza adversarial del proceso judicial norteamericano los medios de prueba de los que se valen las partes operen de manera absoluta en esa lógica, sin referencia a hechos concretos. Esto sin perjuicio de que la interpretación o la actitud que las partes puedan tomar en relación a los medios de prueba pueda afectar significativamente el resultado de la evidencia en el jurado. Vid. DAMASKA, Mirjan, Op. Cit., pp. 77 y ss.

modelo adversarial que rige en su sistema judicial. Consideramos conveniente dar cuenta de estas razones para efectos de justificar nuestra opinión, según la cual, en el actual sistema procesal penal chileno, lo más conveniente es concebir el peritaje como un medio de prueba propiamente tal⁵⁷.

En primer lugar, la concentración de los procedimientos, por lo general, en una sola audiencia oral, imposibilita los encargos judiciales que puedan desarrollarse en la instrucción con la presentación de escritos, requiriéndose que la opinión sea emitida directamente en la audiencia del juicio oral (no como ocurre en el sistema continental, donde los procedimientos tendrían una estructura que permite un conocimiento lato sobre asuntos como una opinión experta).

En segundo lugar, el hecho de que el perito no declare sobre hechos sino sobre hipótesis científicas constituye una excepción a la *opinion rule*, que dice relación con la prohibición de que los testigos expongan acerca de opiniones en vez de hechos y a la *hearsay rule*, relativa a la prohibición de que comparezcan a declarar en juicio de manera oral o escrita personas no llamadas a deponer como testigos. Justamente por este carácter excepcional es que resulta necesario que las partes al menos tengan la posibilidad de realizar una *cross examination* de las declaraciones de los expertos, en ejercicio de su derecho de confrontación (*right of confrontation*).⁵⁸

En doctrina, varios autores adscriben a esta forma de entender el peritaje. Así por ejemplo, Valentín Silva Melero razona del siguiente modo: “*la dirección que rechaza la calificación de medio de prueba, para encuadrar al perito entre los auxiliares del juez, diremos que evidentemente si el objeto de la prueba son los hechos o el argumento que el juez señala al*

⁵⁷ Vid. *Infra* 3.3.

⁵⁸ Sin perjuicio de ello, Denti reconoce en los países del *common law* ciertas manifestaciones de la prueba pericial que alejan a la institución de la lógica adversarial. Así, señala que tanto en Estados Unidos como en Inglaterra existe la facultad del tribunal de admitir de oficio un testimonio experto (facultad que en general no se ejercería por la repugnancia a infringir el modelo adversarial). Además, en el ordenamiento inglés existiría la figura del “*asesor*”, correspondiente a la figura de un experto que apoya la labor judicial en privado y sin sujeción a las normas relativas a los testimonios. Por lo demás, sería una tendencia de estos países admitir en procedimientos judiciales de tipo administrativo, cada vez más la pericia de oficio y como una asesoría al tribunal (pero siempre con sujeción a las normas de los testigos). Sobre el particular, Vid. DENTI, Vittorio, *Op. cit.* p.11.

*perito para su investigación, parece que el perito se nos presenta como un intermediario entre aquel objeto y el juez (...). Pero tal punto de vista no parece exacto, ya que la pericia en definitiva aparece con su carácter evidentemente instrumental, como actividad que ha de determinar en el juez, la persuasión en torno a la existencia o inexistencia de la veracidad o no de los hechos y quizás no sea muy aventurado afirmar, que esto sea lo importante y decisivo para valorar a la pericia como medio de prueba”.*⁵⁹ Según el profesor Silva Melero, por lo tanto, el elemento principal y que debe tenerse en consideración para establecer la calidad del peritaje en cuanto medio de prueba es la función que cumple de provocar la convicción del juzgador y no el elemento de intermediación entre el juez y los hechos.

Esta idea es sostenida también por Jaime Guasp al afirmar que: *“la pericia es un medio de prueba procesal y personal, caracterizándose, dentro de los medios de prueba procesales y personales, por la intervención de un tercero sobre datos procesales, de modo que determina el concepto de esta prueba”.*⁶⁰ Llega a esta conclusión debido a que *“con él se tiende a provocar la convicción judicial en un cierto sentido”* y *“pese a pretenderse que el perito, más que un medio de prueba, es un auxiliar del juez (...) por lo cual debe encuadrarse en categoría distinta a la de los medios probatorios, la antítesis trazada entre asesoramiento y pericia no puede mantenerse: a lo sumo cabe que se predique de la estructura orgánica de la pericia, pero no de su naturaleza funcional. Sea lo que sea orgánicamente la pericia (...), funcionalmente tiene siempre significación indiscutible de un medio de prueba”.*⁶¹ Nuevamente se destaca el carácter de la prueba pericial como una variable que afecta la convicción de un tribunal en cierto sentido, por sobre la circunstancia de si existe algún tipo de intermediación entre el juez y los hechos.

De manera similar, Carl Mittermaier afirma que *“el examen pericial constituye una prueba sui generis, y cuya apreciación no puede hacerse sino siguiendo ciertos principios que le son inherentes”.*⁶² Llega a esta conclusión por medio del siguiente razonamiento: *“no sería menos inexacto considerar a los peritos como auxiliares de justicia, haciendo así de ellos una*

⁵⁹ SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1963, p. 279.

⁶⁰ GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, Tercera Edición, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1968, p. 385.

⁶¹ Ibidem.

⁶² MITTERMAIER, C.J.A., *Tratado de la prueba en materia criminal*, Editorial Hijos de Reus, Madrid, España, 1906, p. 170.

*especie de jueces, bajo la presidencia del Magistrado director (...) encargados únicamente de hacerle inteligibles los hechos oscuros de la causa y de facilitar su cometido. Pero no sucede así en la mayor parte de las veces: los peritos son totalmente independientes en sus informaciones, ignorantes por otra parte de todo aquello que no tiene relación con su ramo y su parecer determina la convicción del juez definitivo”.*⁶³ En definitiva, su argumento corresponde a afirmar que considerar al perito como auxiliar del juez implicaría otorgarle la cualidad de juzgador, de la que carece.

3.3. Nuestra opinión:

Adherimos a la corriente doctrinal que considera conveniente entender el peritaje como un medio probatorio, debido a que, a nuestro juicio, existe mayor concordancia entre esta postura y la gran variedad de análisis periciales que son concebibles. La idea del perito como auxiliar del juez tiende a ser más restrictiva, ya a que sólo reconoce los caso en que existe valoración de ciertos hechos que se encuentran probados por otros medios, desconociendo que, en ciertas situaciones, existen circunstancias que sólo pueden ser probadas por medios de la intervención de un experto. Por ejemplo, si no existen testigos, ¿Qué otra forma habría de probar la fecha de muerte de una víctima, sino a través de un examen pericial? A nuestro parecer, el perito en este caso cumple la función de probar un hecho relevante, lo que no podría ser posible por otro medio (y no sólo valorar un hecho ya establecido).

Por otra parte, debe tenerse claro que las funciones que cumplen el perito y el juez son distintas. En efecto, las opiniones del perito no son equivalentes a la valoración que realiza el juez, la que tiene lugar a un nivel eminentemente jurídico. Por lo mismo, tampoco es posible pretender que el informe entregado por un experto tenga un carácter absolutamente objetivo y que deba ser asimilado sin ninguna previsión de parte del tribunal, ya que pretender que la ciencia es una fuente de conocimientos exactos e incuestionables es pasar por alto que, dentro de la misma noción de ciencia, existen distintas teorías y posiciones que no son compartidas en unanimidad. Por lo tanto, es innegable que el informe pericial es claramente motivado, al defender una posición en particular que puede ser o no beneficiosa para algunas de las partes.⁶⁴

⁶³ Ibidem. p. 169.

⁶⁴ Sobre el particular, Vid. Cap. III.

Por lo demás, consideramos que el entendimiento del peritaje como un medio de prueba es más acorde con un sistema procesal penal como el vigente en Chile desde el año 2000. En efecto, en un modelo que se acerca a una lógica adversarial y la iniciativa probatoria queda fundamentalmente en manos de las partes, la pericia como un auxilio del juez parece no tener demasiada cabida. Esto queda en evidencia al observar cómo la Cámara de Diputados eliminó la figura de los peritos judiciales del proyecto de Código Procesal Penal.⁶⁵

Por último, principios rectores del actual proceso penal como son el de oralidad y el de inmediación son más concordantes con una prueba de expertos que sea de iniciativa de parte y que se rinda en audiencias públicas y contradictorias.⁶⁶ De esta forma y de acuerdo a lo que venimos señalando, el actual proceso penal chileno daría un tratamiento a la institución estudiada más cercana a la forma de entenderla que existe en el *common law*, dejando atrás la visión continental que regía en el antiguo procedimiento.⁶⁷

⁶⁵ Se trataba de expertos imparciales, cuya participación era ordenada por el juez y financiada por el Estado, cuando no podían ser financiados por las partes, y a los cuales se recurría en casos excepcionales para mantener la equidad en el proceso. Como lo señala la Publicación Oficial de la Redacción de sesiones de la Cámara de Diputados (p. 171): “*en definitiva, hubo criterio unánime en la Comisión en cuanto a la supresión de los peritos judiciales, por no tener ninguna justificación. Si es el juez quien evaluará la prueba, lo correcto es que las partes presenten al perito, el que será interrogado; así se evaluará por el tribunal o por las partes, su grado de conocimiento. El sistema de peritos designados por las partes es más coherente con el sistema acusatorio y más eficiente*”. Al respecto, ver PFEFFER, Emilio, *Código Procesal Penal Anotado y Concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 320.

⁶⁶ Sobre la prueba pericial en el actual proceso penal chileno, Vid. *Infra*. 7.

⁶⁷ DUCE, Mauricio, *Op. cit.*, p. 11.

4. DIFERENCIACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL CON OTROS MEDIOS DE PRUEBA, CON EL INTÉRPRETE Y CON EL ARBITRAJE.

Como se pudo ver en la sección anterior, la discusión doctrinaria acerca de si el peritaje es o no un auténtico medio de prueba, encuentra su justificación, en buena medida, en lo disímil que es en comparación con otros medios de prueba. Esto porque la peritación, en realidad, no está llamada a establecer la existencia de hechos o circunstancias pertinentes o relevantes en el proceso, sino que sólo está destinada a dictaminar sobre antecedentes o elementos ya comprobados en el juicio criminal por otros medios probatorios⁶⁸. Para apreciar las peculiaridades de la prueba pericial, se señalan a continuación diferencias de la misma con otros medios de prueba, como son la testimonial, la inspección personal del tribunal y la prueba documental.⁶⁹ Además, se exponen diferencias entre la labor del perito en el proceso con la del intérprete y la del árbitro.

4.1 Diferencias entre la prueba pericial y la prueba testimonial:⁷⁰

- a) En general, cualquier persona puede ser testigo, salvo excepción legal. Para ser perito, en cambio, se requiere poseer conocimiento en una arte, ciencia y oficio.

- b) En la prueba testimonial, los testigos no son elegidos por las partes, sino que su rol en el proceso viene determinado por la relación histórica de los hechos sobre los que declara. El perito, en cambio, es propuesto por las partes en atención al conocimiento acerca de un oficio o profesión que la persona del perito maneja.

⁶⁸ Sobre el particular, Supra 3.

⁶⁹ En el Código Procesal Penal la inspección personal del tribunal no está contemplada como medio de prueba expresamente. Sin embargo, el artículo 337 establece la posibilidad de que el tribunal oral se constituya en un lugar distinto de la sala de audiencias cuando sea necesario para la apreciación de determinadas circunstancias relevantes del caso, siempre manteniendo todas las formalidades propias del juicio oral. Para efectos explicativos asimilará esta posibilidad del tribunal oral a la inspección personal del tribunal.

⁷⁰ Sobre las diferencias entre la prueba pericial con otros medios de prueba y con la labor del intérprete ver: AYLWIN, Patricio, *El Juicio Arbitral*, Editorial Jurídica de Chile, Quinta Edición, Santiago, 2005, pp. 23 y ss.; DÍAZ, Claudia, Op. cit., pp. 80 y ss.; HORVITZ, María Inés, Op. cit., pp. 273 y ss. ; MATURANA, Cristián, Op. cit., pp. 123 y ss. PEREIRA, Hugo, Op.cit. p. 12 y ss; RAMÍREZ, Gustavo, Op. cit., pp. 33 y ss

- c) La función del testigo es infungible, pues no puede ser reemplazado por otro testigo. El perito, en principio, es fungible, porque puede ser reemplazado por otra persona con los mismos conocimientos.
- d) El testigo se limita a declarar sobre hechos percibidos, mientras que el perito además, analiza, explica, saca conclusiones y emite juicios de valor acerca de los mismos a través de un informe.⁷¹ En consecuencia, el perito está habilitado para emitir opiniones, las que muchas veces constituyen el objeto de su declaración, a diferencia de los testigos, quienes están inhabilitados para formular juicios de valor.
- e) La idoneidad para ser testigo está determinada por la posibilidad de percibir por los sentidos, recordar tales percepciones y de poder comunicarlas después. La idoneidad para ser perito viene dada por el manejo de una ciencia, arte o profesión.⁷²
- f) El testigo nunca declara acerca de derecho. El perito, en cambio, sí puede hacerlo en el caso del derecho extranjero.⁷³
- g) El testigo no recibe una prestación económica a cambio de su declaración, mientras que el perito recibe una remuneración⁷⁴.
- h) Siguiendo a Carnelutti, *“la nota diferencial entre el testimonio y la pericia ha de buscarse no en la estructura, sino en la función; el testigo tiene en el proceso una función pasiva y el perito, activa; el testigo está en el como objeto y el perito como sujeto; el testigo es examinado y el perito examina”*.⁷⁵

⁷¹ Sobre el informe pericial, Vid. Infra. 7.5.

⁷² Sobre el particular ver Supra 1.

⁷³ El número 2 artículo 441 del Código de Procedimiento Civil autoriza el informe de peritos en relación a puntos de legislación extranjera.

⁷⁴ Esta diferencia debe entenderse sin perjuicio del derecho del testigo a que se le indemnice por la pérdida que le ocasionare su comparecencia y se le pague los gastos de traslado y habitación que procedieren, en conformidad con el artículo 312 del Código Procesal Penal.

⁷⁵ Francesco Carnelutti, citado por MATURANA, Cristián, Op. cit., p. 124.

4.2 Diferencias entre la prueba pericial y la inspección personal del tribunal:

- a) La prueba pericial es indirecta al no ser el juez quien directamente percibe los hechos pertinentes. La inspección personal del tribunal es directa, al ser el propio juez quien realiza la percepción referida.
- b) En el caso del peritaje, el juez puede desatender las conclusiones y dictámenes expuestos por el perito en su informe, en conformidad con las normas de la sana crítica. En la inspección personal del tribunal faltaría a la lógica que hiciera caso omiso a las circunstancias que por sí mismo ha percibido.
- c) El perito por el cumplimiento de sus funciones recibe una remuneración. El juez, por una inspección personal del tribunal, no recibe un pago aparte de lo que le corresponde en virtud de su magistratura.
- d) La prueba pericial puede proceder antes del inicio del juicio oral. La constitución del tribunal oral en un lugar distinto de la sala de audiencias opera sólo una vez iniciado el juicio.⁷⁶

4.3 Diferencias entre la prueba pericial y la prueba instrumental:

- a) En el proceso penal vigente en Chile, lo que constituye la prueba instrumental es el objeto que se presenta al juicio en calidad de tal. La prueba pericial, en cambio, corresponde a la declaración del perito en el juicio y no al informe elaborado por éste.⁷⁷
- b) Los documentos y otros objetos que constituyan evidencia se introducen al juicio por medio de su lectura y exhibición, con indicación de su origen. La lectura del informe

⁷⁶ El Código Procesal penal dispone en sus artículos 190, 191 y 280 la posibilidad que la declaración del testigo se tome de excepcionalmente de manera anticipada por razones calificadas. En conformidad al artículo 329 del mismo código, tal disposición rige también respecto de la declaración de los peritos.

⁷⁷ Vid. Infra. 7.7.

pericial sólo procede de manera excepcional en los casos expresamente contemplados por la ley.⁷⁸

4.4 Diferencias entre la prueba pericial y la figura del intérprete:

- a) El intérprete es la persona que se ocupa de explicar a otras, en idioma que entienden, lo dicho en lengua que les es desconocida. En este sentido sería un auxiliar del juez, pero que no incorpora en su traducción hechos controvertidos al proceso. El perito, en cambio, en su informe incorpora al proceso hechos controvertidos.⁷⁹
- b) El perito incorpora al proceso sus conocimientos acerca de una arte, ciencia u oficio. El intérprete, en cambio, incorpora sus conocimientos acerca de una lengua.

4.5 Diferencias entre la prueba pericial y la figura del árbitro:

- a) El arbitraje corresponde a un juicio al que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del Legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos a los establecidos permanentemente por el Estado, elegido por los propios interesados o por la autoridad en subsidio; o por un tercero en determinadas ocasiones.⁸⁰ El peritaje en cambio no es un juicio sino una opinión emitida por una persona con determinados conocimientos técnicos y que tiene lugar a propósito y para la adecuada resolución de un conflicto suscitado.
- b) El informe o la declaración del perito no constituye una resolución sino que constituye una opinión y no obliga al juez. En otros términos, el perito a diferencia del árbitro carece de jurisdicción.⁸¹ Clarificador en este sentido resulta el profesor Aylwin, quien

⁷⁸ Vid. Infra. 7.7.

⁷⁹ Sobre la incorporación de hechos al proceso por parte del perito, Vid. Supra 3.2 y 3.3.

⁸⁰ AYLWIN, Patricio, Op. Cit., p. 17.

⁸¹ De acuerdo a lo que expone el profesor Aylwin, para diferenciar el peritaje de la labor de un árbitro es necesario atenerse a la naturaleza de la función que a esa persona corresponde desempeñar: si es resolver un juicio mediante una sentencia obligatoria para las partes o dar una opinión a través de un informe que pueden aceptar o rechazar libremente. En el mismo sentido, la jurisprudencia chilena siguiendo a la francesa, ha declarado que si a un perito se le concede la facultad de resolver como juez la cuestión

citando a Glasson, Tissier y Morel señala: *“Allí donde no hay litigio, o donde la persona escogida para ocuparse de él no está encargada de resolverlo, no hay arbitraje ni árbitros; si hay litigio y un tercero es designado para juzgarlo, ese tercero es un árbitro aun si se la ha calificado de perito”*.⁸²

sometida a su examen, al usar dicha atribución ejerce el cargo de árbitro, debe sujetarse a las reglas de tal y el acto por el cual se le otorga debe cumplir con los requisitos del compromiso (Gaceta de los Tribunales, 1977). En AYLWIN, Patricio, Op. cit., p. 25.

⁸² GLASSON, TISSIER y MOREL, citados por AYLWIN, Patricio, Op. cit., p. 26.

5. CLASIFICACIÓN DE LOS PERITOS

A continuación se expone los más relevantes criterios que la doctrina ha usado para clasificar a los peritos.

5.1 Según el arte, ciencia u oficio que el perito profesa:

Desde esta perspectiva es posible distinguir, entre otros, peritos caligráficos, peritos contables y peritos planimétricos.

5.2 Según si el peritaje es obligatorio o facultativo:

Peritaje obligatorio será aquel en que la ley expresamente dispone su procedencia y aquellos que fuere necesario o conveniente para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa.⁸³

Peritaje facultativo será aquel en que la ley no ordena la pericia y en donde la propuesta del mismo queda entregada al criterio del ministerio público, del querellante o de la defensa.

Estas dos formas de peritaje se ven referidas en el inciso segundo del artículo 314 del Código Procesal Penal, el que señala: “Procederá el informe pericial 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 un arte, ciencia u oficio”.

En el C.P.P, las siguientes son las hipótesis en que se contempla la realización de la prueba pericial:

⁸³ Estamos de acuerdo con Duce en que el término “convenientes” que usa el artículo 314 del C.P.P. no significa que la prueba pericial quede entregada a la discrecional de los intervinientes. Antes bien, la prueba pericial sigue teniendo un carácter excepcional y debe proceder cuando es estrictamente necesaria. Al respecto Vid. DUCE, Mauricio, Op. cit. p. 22 e Infra cap. II.

- a) La autopsia en caso de muerte (artículo 201): Cuando hubiera motivo para sospechar que la muerte de una persona fuere el resultado de un hecho punible, el fiscal procederá, antes de la inhumación del cadáver o inmediatamente después de su exhumación, a practicar el reconocimiento e identificación del difunto y a ordenar su autopsia. El cadáver podrá entregarse a los parientes del difunto o a quienes invoquen título o motivo suficiente, previa autorización del fiscal, tan pronto la autopsia se hubiere practicado.
- b) Informe de heridas para la comprobación de delito de lesiones (artículo 200): Toda persona a cuyo cargo se encontrare un hospital u otro establecimiento de salud semejante, fuere público o privado, dará 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. La denuncia deberá consignar el estado del paciente, describir los signos externos de las lesiones e incluir las exposiciones que hicieren el afectado o las personas que lo hubieren conducido.

En ausencia del jefe del establecimiento, dará cuenta el que lo subrogue en el momento del ingreso del lesionado.

El incumplimiento de esta obligación prevista en este artículo se castigará con la pena que prevé el artículo 494 del Código Penal.

- c) La exhumación (artículo 202): En los casos calificados y cuando considerare que la exhumación de un cadáver pudiere resultar de utilidad en la investigación de un hecho punible, el fiscal podrá solicitar autorización judicial para la práctica de dicha diligencia. El tribunal resolverá según lo estimare pertinente, previa citación del cónyuge o de los parientes más cercanos al difunto.

En todo caso, practicados el examen o la autopsia correspondientes se procederá a la inmediata sepultura del cadáver.

d) Pruebas caligráficas (artículo 203): El fiscal podrá solicitar al imputado que escriba en su presencia algunas palabras o frases, a objeto de practicar las pericias caligráficas que considerare necesarias para la investigación. Si el imputado se negare a hacerlo, el fiscal podrá solicitar al juez de garantía la autorización correspondiente.

e) Exámenes médicos y pruebas relacionadas con los delitos previstos en los artículos 361 a 367 bis y en el artículo 375 del Código Penal (artículo 198): Tratándose de los delitos previstos en los artículos 361 y 367 bis y en el artículo 375 del Código Penal, los hospitales, clínicas y establecimientos de salud semejantes, sean públicos o privados, deberán 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.

Se levantará acta, en duplicado, del reconocimiento y de los exámenes realizados, la que será suscrita por el jefe del establecimiento o de la respectiva sección y por los profesionales que los hubieren practicado. Una copia será entregada a la persona que hubiere sido sometida al reconocimiento, o a quien la tuviere bajo su cuidado; la otra, así como las muestras obtenidas y los análisis y exámenes practicados, se mantendrán en custodia y bajo estricta reserva en la dirección del hospital, clínica o establecimiento de salud, por un período no inferior a un año, para ser remitidos al ministerio público.

f) Imputado enajenado mental (artículos 10 y 465): Si después de iniciado el procedimiento, el imputado cayere en enajenación mental, el juez de garantía decretará, a petición del fiscal o de cualquiera de los intervinientes, previo informe psiquiátrico, el sobreseimiento temporal del procedimiento hasta que desapareciere la incapacidad del imputado o el sobreseimiento definitivo si se tratare de una enajenación mental incurable.

La regla anterior se aplicará siempre que no procediere la terminación del procedimiento por cualquier otra causa.

Si en el momento de caer en enajenación el imputado se hubiere formalizado la investigación o se hubiere deducido acusación en su contra, y se estimare que corresponde adoptar una medida de seguridad, se aplicará lo dispuesto en el Párrafo 2º de este título.

- g) En general, en todos los casos en que el peritaje fuere necesario, a juicio del fiscal, para la comprobación del delito u de la persona del delincuente, en conformidad con los artículos 180 y 181 del C.P.P.

5.3 Según el número de peritos que participa:

El peritaje es individual cuando en su realización interviene sólo un experto sin la participación de terceros (como es el caso del perito caligráfico, contable y contador).

El peritaje será colegiado cuando en el mismo participa más de un experto (es el caso de los peritajes emitidos por instituciones públicas como el Servicio de Investigación de Accidentes de Tránsito de Carabineros de Chile o el Laboratorio de Criminalística de Policía de Investigaciones de Chile).

5.4 Según si se trata de peritajes únicos o realizados en atención a peritajes anteriores:

Los peritajes únicos son aquellos que se bastan a sí mismos, sin que sea necesaria la su complementación o adición con otro y que es indiscutido por los intervinientes.

En cambio, los peritajes que se realizan en atención a peritajes anteriores tienen lugar cuando por la propia naturaleza del peritaje es necesaria una complementación, o cuando se trata de un peritaje que busca controvertir otro hecho valer por algún interviniente en el proceso. Esta última hipótesis no se encuentra expresamente prevista en el C.P.P., mas en atención al derecho de las partes de presentar informes de peritos no se aprecia obstáculo para que el mismo sea ejercido en miras a desacreditar el informe de peritos presentado por otro interviniente.⁸⁴

5.5 Según el rol que desempeña el perito en el proceso:

⁸⁴ Conviene adelantar que el Código Procesal Penal en su artículo 318 expresamente señala que no procede la inhabilitación de los peritos. Esto sin perjuicio de las preguntas que durante el juicio oral puedan formularse para determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones. Vid. Infra. 7.8.

Esta clasificación también se puede encontrar en el tratamiento que el C.P.P. hace y dice relación con el rol que le cabe cumplir al experto en juicio.

Según este criterio, el perito propiamente tal es el tercero ajeno al juicio que maneja una determinada ciencia, arte u oficio y que aporta con su conocimiento para la resolución del juicio.

El perito- testigo (o testigo-perito), por su parte, *“es aquella persona cuya declaración recae sobre hechos o situaciones pasadas, pero para cuya observación se requiere un conocimiento especial, como el policía que concurre al sitio del suceso y que, por sus conocimientos anátomo-patológicos, puede efectuar una descripción detallada de los sucesos cadavéricos experimentados por el cuerpo de la víctima”*.⁸⁵ En relación a este tipo de perito y a su declaración en el juicio oral, concordamos con Horvitz cuando señala que se deben aplicar las normas relativas a los testigos en lo que respecta a los hechos, y las normas de los peritos cuando su declaración deba versar sobre sus conocimientos especiales.⁸⁶

Por último, el perito juez será aquel que es designado por las partes para la resolución de un pleito como árbitro arbitrador, atendiendo al conocimiento especial de la persona sobre una ciencia, arte u oficio.⁸⁷

5.6 Según su naturaleza pública o privada:

Peritos públicos son aquellos llamados a realizar un informe pericial y que pertenecen a un organismo estatal. Por organismo estatal comprendemos aquel que realiza una función

⁸⁵ HORVITZ, María Inés, Op.cit, p. 294.

⁸⁶ Roxin señala un ejemplo clarificador: *“Un médico declara que el día 31 de mayo de 2002 a las 22 horas asistió a una persona tendida en la YYY, quien le habría dicho que fue golpeada en la cabeza con un palo por dos sujetos, haciendo una descripción de ambos, y que después dicha persona murió “por estallido del cráneo en su hemisferio derecho producido por una lesión necesariamente mortal” es un testigo-perito. Deberá declarar como testigo en tanto informe sobre todos aquellos hechos y circunstancias percibidos por los sentidos, pues se trata de observaciones propias, insustituibles, pero deberá hacerlo como perito, si correspondiere, en cuanto al carácter de la lesión, porque tal declaración supone conocimientos especiales”*. En ROXIN; Claus, Op. cit. p. 240.

⁸⁷ La facultad de las partes de designar un experto como árbitro arbitrador se encuentra recogida en las normas sobre requisitos para ser designado árbitro arbitrador y porque no hay condiciones en el Código Orgánico de Tribunales sobre el asunto sometido a juicio arbitral. Al respecto: AYLWIN, Patricio, Op. cit., pp. 25 y ss. y PEREIRA, Hugo, Op. cit. p.17 y supra 4.5.

pública y que es creado por ley. En virtud de la pertenencia a un organismo público, los peritos de esta clase tienen la obligación de colaborar con los fiscales en la realización de informes, obligación que en algunos casos está expresamente consagrada en la ley (como es el caso de la Ley Orgánica del Servicio Médico Legal⁸⁸). Además, están obligados a concurrir al juicio oral a prestar declaración acerca del mismo, bajo igual apercibimiento que los testigos. El artículo 321 del Código procesal penal recoge la figura de los peritos públicos al señalar: “El ministerio público podrá presentar como peritos a los miembros de los organismos técnicos que le prestaren auxilio en su función investigadora, ya sea que pertenecieren a la policía, al propio ministerio público o a otros organismos estatales especializados en tales funciones”.

Son numerosos los organismos públicos a los que pertenecen los peritos de los que el ministerio público puede valerse. Entre los más importantes, puede señalarse los siguientes:⁸⁹

a) Carabineros de Chile:

- 1) LABOCAR (Laboratorio de Criminalística de Carabineros).
- 2) SEBV (Sección Encargo Búsqueda de Vehículos).
- 3) GOPE (Grupo de Operaciones Policiales Especiales).

b) Policía de Investigaciones de Chile:

- 1) LACRIM (Laboratorio de Criminalística).
- 2) CAVAS (Centro de Atención de Víctimas de Atentados Sexuales).
- 3) Instituto de Criminología.
- 4) Cibercrimen.

c) Servicio Médico Legal.

⁸⁸ Dispone el artículo 2º de la ley 20.065 de 2005 en su inciso primero: “el objeto del Servicio Médico Legal será asesorar técnica y jurídicamente a los órganos jurisdiccionales y de investigación, en todo el territorio nacional, en lo relativo a medicina legal, ciencias forenses y demás materias propias de su ámbito”.

⁸⁹Ministerio Público, Oficio N° 60, 31 de enero de 2002, emitido por el Fiscal Nacional y dirigido a los fiscales regionales y adjuntos del país.

d) Hospitales Públicos, Servicios de Asistencia Pública y demás establecimientos donde habitual o transitoriamente lleguen casos médico-legales.

Por defecto, perito privado es aquel que no es público, es decir, corresponde a aquella persona que posee conocimientos especializados en alguna ciencia, arte u oficio y que presta sus servicios en forma particular y no como integrante de algún organismo estatal. La posibilidad de que los intervinientes del proceso puedan contar con estos peritos está contemplada en el C.P.P. en su artículo 314, cuando señala: “el ministerio público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar en la audiencia de preparación del juicio oral que éstos fueren citados a declarar a dicho juicio, acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito”.

5.7 Según si el peritaje es realizado por peritos judiciales, peritos de confianza o por peritos auxiliares de la administración de la justicia:

Esta clasificación se formula de acuerdo al tratamiento que el Código Procesal Penal hace de los peritos.

Los peritos judiciales no existen en el código, mas en el proyecto correspondían a aquellos que, a petición de los intervinientes en el proceso penal, podía designar el juez de entre los que figurarían en las listas que cada año debía elaborar la Corte Suprema, sobre la base de las propuestas formuladas por las Cortes de Apelaciones para sus respectivos territorios jurisdiccionales.

La inclusión de los peritos judiciales en el Código Procesal Penal fue rechazada en la tramitación del respectivo proyecto de ley por la Cámara de Diputados. Se trataba de expertos imparciales, cuya participación era ordenada por el juez y financiada por el Estado, cuando no podían ser financiados por las partes, y a los cuales se recurría en casos excepcionales para mantener la equidad en el proceso. Como lo señala la Publicación Oficial de la Redacción de sesiones de la Cámara de Diputados (p. 171): “*en definitiva, hubo criterio unánime en la Comisión en cuanto a la supresión de los peritos judiciales, por no tener ninguna justificación. Si es el juez quien evaluará la prueba, lo correcto es que las partes presenten al perito, el que*

*será interrogado; así se evaluará por el tribunal o por las partes, su grado de conocimiento. El sistema de peritos designados por las partes es más coherente con el sistema acusatorio y más eficiente”.*⁹⁰

Peritos de confianza son aquellos denominados por la doctrina como “consultores técnicos” y son nominados por las partes para que asuman su defensa técnica. Están referidos en el ya citado artículo 314 del Código Procesal Penal, que señala y en el artículo 316 del mismo código, norma según la cual estos peritos deben ser citados al juicio oral para ser interrogados, al igual que los testigos, en la respectiva audiencia pública.⁹¹

Los peritos auxiliares de la administración de la justicia son los más arriba denominados peritos públicos. Corresponde a aquellos miembros de los organismos técnicos y especialistas que auxilian a los fiscales en su función pesquisita al pertenecer a instituciones como Carabineros o Policía de Investigaciones, y que en virtud de dicha pertenencia se les designa como consultores técnicos en su labor judicial-administrativa.⁹² Este tipo de perito está recogido en el artículo 321 del C.P.P., y a su respecto se aplican las mismas normas que para los peritos de confianza.

⁹⁰ Al respecto, ver PFEFFER, Emilio, *Op. cit.*, p. 320.

⁹¹ Por su calidad de “consultores técnicos”, parte de la doctrina es de la idea que no se trata de verdaderos peritos, sino de “defensores técnicos”, más cercanos a la labor del abogado que a la de un experto imparcial. Esto en oposición al perito judicial, que, en cierto sentido, es un juez técnico. Sobre el particular, véase NÚÑEZ, J. Cristóbal, *Op. cit.*, p. 353 y *Supra* 3.2.

⁹² NÚÑEZ, Cristóbal, *op. cit.*, p. 359.

6. PRUEBA PERICIAL EN ANTIGUO PROCEDIMIENTO PENAL

El presente punto tiene como objetivo analizar la lógica de la prueba pericial en el antiguo procedimiento penal para poder comprender la profunda diferencia que existe en esta materia con el sistema actual. La importancia de esto radica en la similitud que existe entre la redacción de la anterior y la actual normativa, pero que debe ser interpretada acorde a los principios que inspiran a cada sistema. Para ello, resumiremos brevemente sus aspectos esenciales de la prueba pericial en el antiguo procedimiento.

6.1 Procedencia de la prueba pericial:

En el Código de Procedimiento Penal se distinguen los casos en que la pericia es obligatoria y aquellos en que es facultativa. El artículo 221 establece: “el juez pedirá informe de peritos en los casos determinados por la ley, y siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia importante fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de alguna ciencia, arte u oficio”. De esta forma se distinguen los casos de peritaje obligatorio y los de carácter facultativo.

- a) Los casos de peritaje obligatorio son aquellos en que la prueba pericial es ordenada expresamente por ley. Algunos ejemplos de tales deposiciones son las siguientes: casos de presuntos envenenamientos,⁹³ la tasación de los objetos de los delitos contra la propiedad,⁹⁴ el caso en que se pone en duda la autenticidad de un instrumento privado,⁹⁵ etc. En el caso de no efectuarse este trámite por el juez, procedía el recurso de casación en la forma, por omitirse una diligencia probatoria esencial para la resolución del negocio.
- b) Los casos de peritaje facultativo son aquellos en que el juez puede ordenar que se realice el informe de peritos si para apreciar algún hecho o circunstancia importante fueren

⁹³ Artículo 130 del Código de Procedimiento Penal.

⁹⁴ Artículo 147 del Código de Procedimiento Penal.

⁹⁵ Artículo 188 del Código de Procedimiento Penal.

necesarios o convenientes los conocimientos especiales en alguna ciencia arte u oficio. Determinar cuándo se cumplen estos supuestos queda entregado al criterio del tribunal.

6.2 Iniciativa para rendir prueba pericial:

En esta materia es de gran relevancia distinguir entre el sumario y el plenario:

- a) En el sumario, en los delitos de acción penal pública, el nombramiento del perito corresponde al juez, sin perjuicio de que cada parte puede designar a su costa un perito que se asocie al designado por el juez, salvo que, en concepto del tribunal, la intervención de estos peritos pudiera perjudicar al éxito de las investigaciones.⁹⁶ En la correspondiente disposición se hace referencia a los “peritos asociados”, que son “aquellos designados y pagados sus honorarios por las partes, siempre que no perjudiquen el resultado de la investigación, asesoran a los peritos designados por el tribunal, el que es soberano en aceptar o no su intervención”.⁹⁷ En el caso de los delitos de acción penal privada los peritos son nombrados por las partes de común acuerdo, o por el juez en el caso de su desacuerdo.⁹⁸
- b) En el plenario, las partes pueden pedir, en los caso en que se hubiera presentado informe pericial durante el sumario, que se amplíe dicho informe con el sólo objeto de aclarar o desvanecer dudas, o subsanar errores de que pudiera adolecer, los que deberán ser señalados determinadamente.⁹⁹ Además pueden pedir un nuevo informe que el juez puede conceder en conformidad al procedimiento general.

6.3 Requisitos para ser perito:

De acuerdo al Código de Procedimiento Penal es necesario que el perito cuente con un título profesional conferido conforme a la ley. Sólo en el caso de no existir peritos profesionales se puede nombrar personas no tituladas que tengan competencia especial en la materia del

⁹⁶ Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal.

⁹⁷ René Jonquera y Paola Herrera, citados por DÍAZ, Lorena, Op. cit., p. 95.

⁹⁸ Artículo 579 del Código de Procedimiento Penal.

⁹⁹ Artículo 471 del Código de Procedimiento Penal.

informe. Además, el perito debe ser hábil para declarar como testigo en el juicio. De esto se deriva que no debe encontrarse afectado por algunas de las causales de recusación del artículo 232.¹⁰⁰ De la misma forma, se establecen requisitos particulares en determinados casos, como en el de los peritajes médicos, en donde debe normarse al facultativo que sea de la ciudad o, a falta de este, de la Municipalidad respectiva, a menos de existir razones especiales que aconsejan la designación de otro.

6.4 Designación del perito:

Su designación depende en una gran medida a la clasificación dada a los peritos. De esta forma, es posible establecer un orden de preferencia, de mayor a menor importancia:

- a) Experto de servicio público costeadado con fondos fiscales.
- b) Experto de servicios o empresas fiscales o semifiscales,
- c) Experto de administración autónoma o municipales con idoneidad para practicar el peritaje;
- d) Peritos en las listas que debe formar la Corte Suprema, una persona fuera del sistema.

Por lo tanto, el Juez debe dar preferencia a un experto de un servicio público costeadado con fondos fiscales, por sobre los demás.

6.5 Informe pericial:

Este debe ser por escrito, salvo excepciones¹⁰¹ y presentado dentro del quinto día de notificado el perito, excepto que necesitara más tiempo para desarrollarlo, caso en que el juez

¹⁰⁰ El art. 232 del Código de Procedimiento Penal establece como causales de recusación de los peritos:

- 1- El parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo con el querellante o con el querellado en el proceso.
- 2- El interés directo o indirecto en la causa o en otra semejante.
- 3- La amistad íntima con la parte contraria o la enemistad manifiesta con el que recusa.

¹⁰¹ Señala el artículo 240 del Código de Procedimiento Penal: “El juez, de oficio o a instancia de las partes presentes en el reconocimiento, podrá hacer a los peritos, cuando produzcan de palabra sus conclusiones,

establece una fecha razonable. El valor probatorio de los informes periciales se encuentra en la propia ley, al establecerse que “el dictamen de dos peritos perfectamente acordes, que afirmen con seguridad la existencia de un hecho que han observado o deducido con arreglo a los principios de la ciencia, arte u oficio que profesan, podrá ser considerado como prueba suficiente de la existencia de aquel hecho, si dicho dictamen no estuviere contradicho por el de otro u otros peritos”.¹⁰²

6.6 Conclusiones:

De las observaciones anteriores, es posible concluir cuáles eran las características principales del peritaje en el antiguo procedimiento penal chileno. Las conclusiones son importantes para efectos de contraposición con el actual proceso.¹⁰³

- a) Lo primero que queda en evidencia es que la prueba pericial es concebida de manera casi exclusiva como un informe escrito, careciendo de valor la declaración que el experto pueda realizar verbalmente. Este hecho reafirma la lógica del procedimiento inquisitivo que contextualiza al Código de Procedimiento Penal, del cual se deriva la preeminencia de la escrituración
- b) El carácter de la prueba pericial también se encuentra acorde con otro rasgo distintivo del antiguo procedimiento, como es la valoración de la prueba según el sistema de la prueba legal o tasada. En consecuencia, el valor probatorio que debe asignarse a estos informes se encontraba asignado expresamente en la ley.
- c) Un tercer punto que salta a la vista es que la iniciativa para rendir este medio probatorio es prácticamente exclusiva del juez. En efecto, los casos en que procede se encuentran establecidos en el Código, y la facultad para designar el perito y la calificación de la procedencia de los requisitos se deja a criterio del magistrado. En términos de Mauricio Duce: *“la característica central sobre la base de la cual se estructuraba la prueba*

las preguntas que estimare pertinentes; o pedirles, cuando las produzcan por escrito, las aclaraciones necesarias. Las contestaciones o aclaraciones de los peritos se considerarán como parte de su informe”.

¹⁰² Artículo 500 del Código de Procedimiento Penal.

¹⁰³ Vid., Infra 7.

*pericial es que los peritos eran concebidos fundamentalmente como auxiliares de la administración de justicia o como peritos del tribunal (...) sin considerar los intereses de las partes o comportándose de forma completamente neutral o imparcial respecto a ellas”*¹⁰⁴ La existencia de causales de recusación dirigidas especialmente hacia los peritos refuerza la imparcialidad que caracteriza la labor pericial en este sistema.

7. LA PRUEBA PERICIAL EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

7.1 Ubicación de la prueba pericial en el C.P.P.:

¹⁰⁴ DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian, Op. cit. , p. 419.

El Código Procesal Penal del año 2000 trata el peritaje en sus artículo 314 y siguientes, contenidos en el párrafo 6º, título III, libro II sobre Juicio Oral. El proyecto del C.P.P. originalmente contemplaba los artículos relativos a la prueba en el Libro I (“Disposiciones Generales”), siendo trasladado, en la versión definitiva, a la parte correspondiente al “procedimiento ordinario”.¹⁰⁵

Ello ha repercutido en una serie de dificultades interpretativas, pues varios de los artículos trasladados son aplicables sólo a etapas previas al juicio. Es el caso del artículo 320, relativo a la posibilidad que durante la etapa de investigación o en la audiencia de preparación del juicio oral los intervinientes soliciten al juez de garantía que dicte las instrucciones necesarias para que sus peritos puedan acceder a examinar los objetos, documentos o lugares a que se refiere la pericia o para cualquier otro fin pertinente. Se añade que el juez de garantía deberá acceder a la petición a menos que presentada durante la etapa de investigación considerare necesario postergarla para proteger el éxito de esta. Lo mismo ocurre con la norma del artículo 321, que permite al ministerio público presentar como peritos a miembros de organismos técnicos que lo auxilian en la función investigadora. Esta disposición tiene carácter general, siendo posible su aplicación desde la etapa de investigación.

7.2 Procedencia del informe de peritos:

El C.P.P. contempla la prueba pericial como un medio de prueba de procedencia excepcional. En efecto, el inciso segundo del artículo 314 señala que “procederá el informe de peritos en los casos determinados por la ley y cuando para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una arte, ciencia u oficio”. Por lo tanto, si la ley no autoriza expresamente el peritaje o si éste no es imperioso o servible para los fines del proceso, el dictamen pericial será improcedente.¹⁰⁶ Por el contrario, si se cumplen los requisitos señalados, el nombramiento del perito y el cumplimiento de la peritación es un deber para el juez.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Al respecto: HORVITZ, María Inés, Op. cit., p. 296 y PFEFFER, Emilio, Op. cit. p. 300, nota 363.

¹⁰⁶ Sobre el peritaje obligatorio y los casos contemplados en el C.P.P. sobre peritaje, Vid. Supra 5.2.

¹⁰⁷ NÚÑEZ, Cristóbal, Op. cit., p. 350.

7.3 Admisibilidad de la prueba pericial:

En conformidad con el artículo 314 del C.P.P., el informe pericial corresponde presentarlo ante el juez de garantía para efectos del examen de su admisibilidad como medio de prueba. El momento para ofrecer la prueba pericial es la audiencia de preparación del juicio oral, en conformidad con las disposiciones generales sobre admisibilidad de la prueba.

El artículo 316 señala que “el juez de garantía admitirá los informes y citará a los peritos (al juicio oral) cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, considerare que los peritos y sus informes otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo”¹⁰⁸. En consecuencia, además de las causales generales de exclusión de prueba, la prueba pericial está sujeta a un examen de idoneidad profesional y de seriedad de la persona del perito.¹⁰⁹

En el control de admisibilidad, el juez de garantía tiene además la facultad de limitar el número de informes o peritos, cuando unos u otros resultaren excesivos o puedan entorpecer la realización del juicio. De ello se desprende que sería posible que fueran varios los peritos que realicen un informe o que varios peritos realicen informes sobre un mismo objeto, en cuyo caso no siempre será necesario que comparezcan todos al juicio, si no existen discordancias relevantes entre ellos.¹¹⁰ Por lo demás, en caso de existir limitaciones de este orden por parte del juez de garantía, es importante que éstas queden debidamente expresadas en el auto de apertura del juicio oral, para facilitar la rendición de la misma.¹¹¹

7.4 El reconocimiento:

¹⁰⁸ Mauricio Duce da cuenta de ciertas dificultades interpretativas antes de la modificación del artículo 314 del C.P.P. por la ley 20.074 de noviembre de 2005. En efecto, antes de dicha ley el mencionado artículo se refería a “el tribunal” y no a “el juez de garantía”, por lo que se interpretaba que la admisibilidad de la prueba pericial quedaba a cargo del tribunal del juicio oral en lo penal. Al respecto, Vid. DUCE, Mauricio, Op. cit., p. 39.

¹⁰⁹ Sobre el particular, Vid. Cap. II.

¹¹⁰ HORVITZ, María Inés, Op. cit., pp. 297 y 298.

¹¹¹ DUCE, Mauricio Op. cit., p. 39.

Se entiende por reconocimiento, “*las actuaciones que puede realizar el perito para conocer y recopilar antecedentes respecto de la persona, cosa o hecho respecto del cual se le ha encargado el informe*”.¹¹²

Esta no se trata de una fase del peritaje que se encuentre expresamente consagrada en el C.P.P., mas se desprende del tenor de los artículos que regulan la prueba pericial y de su propia naturaleza. En primer lugar, porque es la única forma en la cual el perito puede dar cumplimiento al primer requisito que se contempla respecto de su informe, el cual debe contener la descripción de la persona o cosa que fuere objeto de él, del estado y modo en que se hallare.

Además, entendiendo la procedencia del reconocimiento es que se entiende el artículo 320, relativa a las instrucciones necesarias para el trabajo de los peritos en la etapa de investigación.¹¹³

7.5 Informe pericial:

El artículo 315 del C.P.P. indica que sin perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar ante el tribunal acerca de su informe, este debe 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, formulen los peritos conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio.

No obstante lo anterior, añade el inciso final del artículo 315 que, de manera excepcional, las pericias consistentes en análisis de alcoholemia, de ADN y aquellas que recayeren sobre sustancias estupefacientes o psicotrópicas, podrán ser incorporadas al juicio

¹¹² MATURANA, Cristián, Op. cit, p. 134.

¹¹³ Vid. Infra. 7.9.

mediante la sola presentación del informe respectivo. Sin embargo, si alguna de las partes lo solicita fundadamente, la comparecencia del perito no podrá ser substituida por la presentación del informe.

Se señala que la sujeción a las reglas del artículo 315 del C.P.P. permite a la parte interesada 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. Además, para estar segura, la parte puede consultar a otros peritos para confirmar las hipótesis y conclusiones del primero, pues, a diferencia del testigo, los peritos se pronuncian en base a reglas objetivas o principios generalmente reconocidos por aquellos que profesan la misma ciencia o arte.¹¹⁴ A este respecto, el inciso final del artículo 314 del C.P.P. exige a los peritos que emitan sus informes con imparcialidad, ateniéndose a los principios de la ciencia o reglas del arte u oficio que profesare el perito.¹¹⁵

Ahora bien, es importante señalar que si bien el C.P.P. en estos artículos se refiere al “informe de peritos”, lo que realmente constituye la prueba pericial es la declaración personal del perito en el juicio, a raíz del informe previamente elaborado por él.¹¹⁶ Es lo que se desprende del inciso primero del artículo 329 del C.P.P., que señala que la declaración personal de los peritos no puede ser substituida por la lectura de registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren. En consecuencia, lo que no sea objeto de la declaración del testigo no puede ser considerado como parte de la prueba pericial, aun si constare en el informe.

7.6 Honorarios y gastos asociados a la prueba pericial:

En conformidad con el inciso segundo del artículo 316 del C.P.P., los honorarios y demás gastos del perito corresponden a la parte que los presente. Sólo excepcionalmente el juez de garantía puede relevar a la parte, total o parcialmente, del pago de la remuneración del perito, cuando considerare que ella no cuenta con medios suficientes para solventarlo o cuando,

¹¹⁴ HORVITZ, María Inés, Op. cit., pp. 297 y 298.

¹¹⁵ Sin perjuicio de esta afirmación, se discutirá más adelante el carácter objetivo de la labor del perito y la posibilidad de control que las partes pueden realizar de sus conclusiones. Al respecto, Vid. Infra cap. III.

¹¹⁶ HORVITZ, María Inés, Op. cit., p. 296.

tratándose del imputado, la no realización de la diligencia pudiese importar un notorio desequilibrio en sus posibilidades de defensa. En este último caso, el tribunal deberá regular prudencialmente la remuneración del perito, teniendo presente los honorarios habituales en la plaza y el total o la parte de la remuneración que no fuere asumida por el solicitante será de cargo del fiscal.¹¹⁷⁻¹¹⁸

El artículo 318 del C.P.P. señala que las partes o el tribunal podrán requerir al perito información acerca de su remuneración y la adecuación de ésta a los montos usuales para el tipo de trabajo realizado.

7.7 Incapacidad para ser perito:

El artículo 317 del C.P.P. se refiere a la incapacidad para ser perito, señalando que no pueden desempeñar tales funciones las personas a quienes la ley reconozca la facultad de abstenerse de prestar declaración testimonial. Esta es una manifestación del principio de no autoincriminación, facultad que se extiende al perito cuando concurren en él las circunstancias personales, de parentesco o secreto que autorizan para no prestar declaración a los testigos. En consecuencia y en conformidad con lo dispuesto en el artículo 302 del C.P.P., son incapaces para desempeñarse como peritos en el proceso penal el cónyuge o el conviviente del imputado, sus ascendientes o descendientes, sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, su pupilo o su guardador y su adoptante o adoptado.¹¹⁹ Igualmente, por no distinguir la norma, tampoco debieran poder ser testigos aquellas personas que por su estado, profesión o

¹¹⁷ El tenor de este artículo está acorde con la eliminación de los peritos judiciales. En efecto, el actual proceso sólo contempla la procedencia de la prueba pericial cuando la iniciativa de esta es del ministerio público o de algún otro interviniente. Esta modalidad sería “más acorde con el sistema acusatorio y coherente”. Al respecto, Vid. Supra. 3.3.

¹¹⁸ El problema de los costos de la prueba pericial es adecuadamente tratado por Mauricio Duce. Al respecto, este autor destaca cómo la utilización de la prueba pericial trae aparejada la necesidad de dotar de recursos suficientes al órgano de persecución penal y al de defensa penal pública, ya sea proporcionándoles expertos que puedan desempeñar para ellos funciones periciales o recursos económicos para que puedan contratarlos de terceros. Sobre aspectos propios de los costos de la prueba parcial, Vid. Cap. II y DUCE, Mauricio, Op. cit., pp. 6 y ss.

¹¹⁹ El Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados en la discusión particular del artículo 230 del Código Procesal Penal señala al respecto: “*La Comisión hizo suya la idea que inspira esta regla que apunta a garantizar la imparcialidad respecto de las personas que, por su cercanía con el imputado, presumiblemente no serán objetivos*”.

función legal, como el abogado, médico o confesor, tienen el deber de guardar el secreto que se le hubiere confiado.¹²⁰

No obstante lo anterior, es de toda lógica pensar que no pueden ser peritos tampoco quienes sean absoluta o relativamente incapaces, por cuanto estos carecen de capacidad general para ser sujetos de derechos y obligaciones o realizar actos jurídicos válidos y eficaces. En consecuencia, no pueden desempeñarse como peritos los dementes, los impúberes, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, los menores adultos y los disipadores que se hallen en interdicción.¹²¹

7.8 Declaración de los peritos en la audiencia de juicio oral:

El artículo 319 del C.P.P. señala que la declaración de los peritos en la audiencia de juicio se regirá por las normas previstas en el artículo 329 y, supletoriamente, por las establecidas para los testigos. Añade el artículo que si el perito se negare a prestar declaración (se entiende que injustificadamente), se le aplicará lo dispuesto para los testigos en el artículo 299 inciso segundo, es decir, se le aplicarán las sanciones contempladas en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil (reclusión menor en su grado medio a máximo). Con todo, los peritos que por algún motivo grave y difícil de superar no pudieren comparecer a declarar a la audiencia del juicio, podrán hacerlo a través de videoconferencias o de otro medio tecnológico apto para su interrogatorio y contra interrogatorio. Las partes que los presentes justificarán su petición en una audiencia previa que será especialmente citada al efecto, debiendo aquéllos comparecer ante el tribunal con competencia en materia penal más cercano al lugar donde se encuentren.

Durante la audiencia de juicio oral los peritos deben ser interrogados personalmente. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren. Los peritos declaran para explicar su informe, no para leer o ratificar su contenido.¹²² Sin perjuicio de esto, el artículo 331

¹²⁰ NÚÑEZ, Cristóbal, Op. cit., p. 356.

¹²¹ Ibidem, p. 357.

¹²² HORVITZ, María Inés, Op. cit., p. 302.

en su letra a) autoriza la lectura de registros en que constaren anteriores declaraciones de peritos cuando estos hubieren fallecido o caído en incapacidad física o mental, o estuvieren ausentes del país, o cuya residencia se ignorare o que por cualquier motivo difícil de superar no pudiesen declarar en el juicio, siempre que ellas hubiesen sido recibidas por el juez de garantía en una audiencia de prueba formal. La letra b) del mismo artículo autoriza la lectura de tales registros también en el caso que se tratare de documentos que todas las partes acordaren en incorporar, con aquiescencia del tribunal y su letra c) lo hace respecto de aquellos casos en que la incomparecencia del perito fuere imputable al acusado.

Por su parte, el artículo 332 del C.P.P. autoriza la lectura de parte o partes del informe elaborado por el perito una vez concluida su declaración para ayudar su memoria, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes.

Las limitaciones en cuanto a la posibilidad de lectura del informe pericial o de documentos en que consten sus declaraciones, hacen que el informe pericial no pueda ser ofrecido como prueba documental, pues esta última se incorpora al juicio oral con su lectura, mientras que la lectura del informe pericial es excepcional.¹²³ -¹²⁴

A pesar de que el artículo 315 obliga a la entrega del informe pericial por escrito, dicha presentación no corresponde entregarla al tribunal del juicio oral sino al juez de garantía para que se pronuncie sobre su admisibilidad. También debe ser entregado a los demás intervinientes, para que puedan preparar adecuadamente sus alegaciones y defensas.¹²⁵

Antes de declarar, los peritos y testigos no podrán comunicarse entre sí, ni ver ni oír lo que ocurriere en la audiencia. Se trata de la misma regla que se aplica respecto de los testigos, y

¹²³ Al respecto, Vid. Supra 4.3.

¹²⁴ Como señala Chahuán, si la prueba pericial consiste en la declaración del perito sobre su informe, la presentación del informe pericial como documento carece de sentido, porque sólo podría tener por objeto: 1) que se le diera lectura, con lo cual no sería prueba pericial sino documental. 2) que le incorporara para ser leído en el juicio, lo que no es admitido en conformidad con el artículo 332 del C.P.P. 3) que fuera leído directamente por el tribunal durante el proceso de deliberación, caso en el cual se infringirían los principios de inmediación y oralidad. Vid. CHAHUÁN, Sabas, “Reflexiones sobre la prueba pericial en el nuevo proceso penal”, en Revista Procesal Penal N° 11, Lexis Nexis, junio de 2003, pp. 13 y ss.

¹²⁵ HORVITZ, María Inés, Op. cit., pp. 301 y 302.

tiene el objeto de que su declaración no sea influenciada por el acontecer del juicio, resguardándose la objetividad que se exige al respecto.

El perito deberá ser identificado por el juez presidente de la sala, quien luego le tomará juramento o promesa de decir verdad. Posteriormente vendrá su declaración, la que parte con una exposición breve del contenido y las conclusiones de su informe. En seguida se le somete al interrogatorio de las partes, partiendo por la que lo presenta como medio de prueba. Si en el juicio intervinieren como acusadores el ministerio público y el querellante particular, o el mismo se realizare contra dos o más acusados, se concederá sucesivamente la palabra a todos los acusadores o a todos los acusados, según corresponda.

En conformidad con el inciso primero del artículo 331, la parte que presenta al perito no puede formular sus preguntas de tal manera que ellas sugirieren la respuesta. Además, durante el contra interrogatorio las partes podrán confrontar al perito con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio. En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, aquellas destinadas a coaccionar al perito ni las que fueren formuladas en términos poco claros para ellos.

Finalmente, los miembros del tribunal podrán formular preguntas al perito con el fin de aclarar sus dichos. Esta será una facultad relevante cuando la declaración ha versado sobre aspectos técnicos o científicos que no han quedado suficientemente claros a los jueces.

A solicitud de alguna de las partes, una vez concluido el interrogatorio de las partes y del tribunal, este último podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los peritos que ya hubieren declarado en la audiencia.

7.9 Improcedencia de la inhabilitación de los peritos:

El artículo 318 del C.P.P. señala: “Los peritos no podrán ser inhabilitados. No obstante, durante la audiencia de juicio oral podrán dirigírseles preguntas orientadas a determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico y científico de sus conclusiones”. En conformidad con las reglas generales de apreciación de la prueba, será el tribunal del juicio oral

el que en definitiva valore la prueba pericial de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En consecuencia, es presumible que si las preguntas destinadas a determinar la imparcialidad o idoneidad del perito dan cuenta de que éste no otorga suficientes garantías, su declaración no debiera ser considerada.¹²⁶

Como señala Horvitz, de lo anterior se desprende que el solo hecho de ostentar un título profesional o pertenecer a una institución técnica, profesional o artística no le confiere por sí sola competencia, lo que podría quedar evidenciado durante los interrogatorio. A la inversa, un perito que carece de títulos profesionales relevantes puede acreditar una gran competencia o dedicación a la materia sobre la cual versa el informe y, por tanto, ser más creíble o verosímil su declaración para el tribunal.¹²⁷⁻¹²⁸

7.10 Instrucciones necesarias para el trabajo de los peritos:

El artículo 320 del C.P.P. se refiere a la posibilidad de que durante la etapa de investigación o en la audiencia de preparación del juicio oral, los intervinientes pueden solicitar al juez de garantía que dicte las instrucciones necesarias para que sus peritos puedan acceder a examinar los objetos, documentos o lugares a que se refiere la pericia o para cualquier otro fin pertinente. Se añade que el juez de garantía deberá acceder a la petición a menos que presentada durante la etapa de investigación considerare necesario postergarla para proteger el éxito de esta.

Como es evidente, esta disposición sólo se aplica a la fase de investigación, no a la del juicio oral. La razón de la extraña ubicación del artículo es la modificación de la ubicación de las normas relativas a los medios de prueba que se produjo durante la tramitación de la ley.¹²⁹

¹²⁶ Existen problemas particulares con relación a la valoración de la prueba pericial, fundamentalmente relativas a la gran importancia que suele asignársele por los jueces aun sin existir suficientes garantías de seriedad y rigurosidad técnica. Al respecto, Vid. Cap. III.

¹²⁷ Puede darse que distintos expertos lleguen a conclusiones distintas aun sujetándose a los principios de la ciencia, arte u oficio respectivo. En tal caso es necesario que los peritos efectúen una relación circunstanciada de las operaciones realizadas para llegar a sus conclusiones, radicándose la fortaleza de su declaración en la coherencia lógica entre sus conclusiones y las premisas que utilizan para llegar a ellas. Al respecto, Vid. HORVITZ, María Inés, Op. cit., p. 302.

¹²⁸ Nótese la diferencia con el antiguo procedimiento penal, en donde es necesario que el perito cuente con un título profesional, conferido conforme a la ley. El cambio dice relación con la flexibilización que el legislador buscó impregnarle a la figura de los peritos en el C.P.P. Sobre el particular, Vid. Supra 6.3.

¹²⁹ Vid. Supra 7.1.

7.11 Auxiliares del ministerio público como perito:

El artículo 321 del C.P.P. autoriza al ministerio público a presentar como peritos a los miembros de los organismos técnicos que le prestaren auxilio en su función investigadora, ya sea que pertenecieren a la policía, al propio ministerio público o a otros organismos estatales especializados en tales funciones.¹³⁰

7.12 Medidas de protección para los peritos:

Respecto a los peritos y a otros terceros que debieren intervenir en el proceso el artículo 322 del C.P.P. hace también aplicables las medidas de protección que el ministerio público puede adoptar en beneficio de los testigos. El artículo 308 del C.P.P., en relación a las medidas de protección a testigos que puede adoptarse señala: “el tribunal, en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicitare. Dichas medidas durarán el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario. De igual forma, el ministerio público, de oficio o a petición del interesado, adoptará las medidas que fueren procedentes para conferir al testigo, antes o después de prestadas sus declaraciones, la debida protección”.

7.13 Diferencias con el antiguo procedimiento penal:

Por último, es relevante establecer las principales diferencias entre nuestro antiguo procedimiento penal y el actual:

- a) La prueba pericial, en un primer momento, era concebida como un informe escrito. En nuestro actual sistema, en cambio, lo que realmente constituye la prueba pericial es la declaración personal del perito en el juicio, a raíz del informe previamente elaborado por él. Esto deja de manifiesto el paso de un sistema inquisitivo esencialmente escrito, a uno acusatorio basado en un juicio oral.

¹³⁰ Sobre los peritos públicos, Vid. Supra 5.6.

- b) En el antiguo procedimiento, la iniciativa para dicho medio de prueba era prácticamente exclusiva del juez, teniendo éste la facultad para designar el perito y calificar su procedencia. En cambio, en el actual sistema el ministerio público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza. De esto es posible establecer que la iniciativa para presentar un informe pericial es de las partes que intervienen en el proceso, y no del juez, quien sólo realiza un examen de admisibilidad, junto a los demás medios probatorios.
- c) Los peritos, en el sistema anterior, se encontraban sometidos a causales de recusación, al igual que los testigos. Hoy, los peritos no podrán ser inhabilitados pese a que durante la audiencia de juicio oral podrán dirigírseles preguntas orientadas a determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico y científico de sus conclusiones.
- d) Respecto a la valoración de la prueba pericial, ésta era realizada según las reglas de la prueba legal o tasada. En nuestro actual sistema y en conformidad con las reglas generales de apreciación de la prueba, será el tribunal del juicio oral el que en definitiva valore la prueba pericial de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Es por esto que se establece la imposibilidad de inhabilitación de los peritos.
- e) Por último, al establecerse de manera expresa que la iniciativa para solicitar prueba pericial corresponde a las partes del proceso, que los peritos son de su exclusiva confianza de cada parte y que su valoración será realizada según las reglas de la sana crítica, queda de manifiesto un cambio radical en la forma en que dicha prueba es concebida respecto a su naturaleza jurídica. Ahora es mucho más clara la categorización del peritaje como medio de prueba, acorde a un sistema adversarial, al perder los caracteres que reforzaban la idea del perito como auxiliar del juez que es propia de un sistema inquisitivo.¹³¹

¹³¹ Vid. Supra. 3.

CAPÍTULO II:

ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL EN EL PROCESO PENAL

1. LA PRUEBA EN EL PROCESO Y SU ADMISIBILIDAD

En el proceso en general, y en el proceso penal en particular, la función de la prueba se entiende como *“la fijación de un hecho, de un acontecimiento histórico, de cuya demostración la una o la otra parte entiende graficar determinadas consecuencias, para fundamentar la*

propia pretensión, presentada como base de la propia demanda o defensa".¹³²⁻¹³³ A pesar de ser estos términos frecuentes, pueden generar confusiones. Por eso, conviene precisar que los medios de prueba no están encaminados a sustentar "hechos" entendidos como acontecimientos empíricos del mundo real, sino enunciados de hechos que las partes realizan (pues no hay forma de verificar un hecho sino en el momento en que acontece).¹³⁴ El objetivo de la prueba, por tanto, será la verificación de supuestos de hecho que las partes introducen al juicio, quedando excluido, por lo general, el derecho de esta operación. De la misma forma, en cuanto actividad de las partes, quedan limitadas las posibilidades de intervención del juez a través de una actividad proactiva en la verificación de los enunciados, así como en cuanto a la utilización de su conocimiento privado en el proceso con el mismo objeto.¹³⁵

Ahora bien, no es cualquier hecho el que debe ser probado en el contexto de un juicio, sino que son criterios jurídicos los que determinarán aquellos que deben serlo. En términos de Taruffo, *"en el proceso los hechos de los que hay que establecer la verdad son identificados sobre la base de criterios jurídicos, representados esencialmente por las normas que consideran aplicables para decidir la controversia específica."*¹³⁶ En sede civil tales criterios hacen que, en general, los hechos a probar son los que resultan sustanciales, pertinentes y controvertidos. En sede penal, por su parte, no rigen tales limitaciones y la prueba debe versar, para hacer efectiva la pretensión punitiva del Estado frente a la comisión de un delito, sobre las circunstancias fácticas que configuran el delito y su participación en él.

La forma de acreditación de enunciados de hecho es a través de los medios de prueba, esto es, elementos destinados a obtener el convencimiento del juez acerca de un hecho. Si se

¹³² UBERTIS, Giulio, *La prueba penal. Perfiles jurídicos y epistemológicos*. Traducción del profesor Dr. Raúl Núñez Ojeda para trabajo de cátedra en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2007, pp. 3 y ss.

¹³³ La prueba así entendida corresponde a la aportación de elementos de juicio para apoyar una determinada conclusión. En tal actividad probatoria, los elementos de juicio aludidos son los medios de prueba. Sobre la distinción de estas nociones, Vid. NÚÑEZ, Raúl, "El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un estado democrático deliverativo", en *Revista Ius Et Praxis*, Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, año 14, número 1, Talca, 2008, pp. 205 y 206.

¹³⁴ En este sentido señala Taruffo a propósito de los hechos: *"Parece evidente que no se hace referencia al hecho en cuanto ocurrencia de la realidad empírica, sino a enunciados, de distinta naturaleza, que se refieren a ocurrencias que se supone que suceden en el mundo de la realidad empírica"*. En TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Traducción de Jordi Ferrer, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 113.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 89. Sobre los límites al saber privado del juez en el proceso, Vid. *Infra* Cap. III, 8.

¹³⁶ TARUFFO, Michele, *Op.cit.* p. 91.

relaciona esta noción con el objeto de la prueba, se deduce que no todos los medios de prueba pueden ser utilizados en juicio. Muchos no superan la etapa de admisibilidad, que es parte de una fase intermedia o de preparación del juicio. En ella, la principal función es la delimitación precisa de los hechos que serán debatidos y los medios de prueba que se presentarán para acreditarlos.¹³⁷ En esta etapa las partes ofrecen los medios de prueba de los cuales pretenden valerse en el juicio oral, ya sea de manera escrita u oral y el tribunal se pronunciará acerca de su admisibilidad. La operación que se realiza es determinar si los enunciados de hecho respectivos, los medios de prueba en sí y la forma en que éstos se han obtenido se ajustan a ciertos criterios considerados de relevancia jurídica. En un sistema de libertad de prueba, el juicio de admisibilidad se trata de un examen negativo, siendo los medios de prueba que no cumplan con estos requisitos los que no podrán ser rendidos en el juicio y que serán excluidos.¹³⁸⁻¹³⁹

Con respecto al tribunal que conoce de la admisibilidad de la prueba, es posible identificar dos modelos. El primero es el alemán, en que es el juez profesional o letrado que conoce del juicio el competente para conocer de las solicitudes sobre exclusión de prueba. La ventaja de este tipo de sistema es que el tribunal que decide acerca de la admisibilidad de las pruebas, al ser el mismo que conocerá de la audiencia principal, conoce de qué manera sus decisiones repercutirán en el desarrollo del juicio. La desventaja, por su parte, es que no parece plausible que el juez que conoce de un asunto, al valorar la prueba, pueda voluntariamente realizar un proceso mental en el cual deje de considerar un determinado medio de prueba que no es calificado como admisible.¹⁴⁰

¹³⁷ HORVITZ, María Inés (texto escrito junto al profesor Julián López), *Derecho procesal penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, t. II, p. 21.

¹³⁸ Evidentemente, el examen de admisibilidad de la prueba puede también analizarse como una función positiva o inclusiva, esto es, como requisitos establecidos en las normas que un medio de prueba debe cumplir ser incorporado al juicio. En TARUFFO, Michele, *Op. cit.*, pp. 367 y ss.

¹³⁹ Conviene recalcar que el presente capítulo corresponde a un análisis de la admisibilidad de la prueba pericial en el contexto del proceso penal, por lo que los problemas planteados y opiniones vertidas se hacen en atención a tal consideración. Sin embargo, se deja abierta la posibilidad de que los criterios que se proponen relativos al conocimiento experto en juicio sean aplicados en otras ramas del derecho, considerando las particularidades de cada una. Sobre algunos alcances de esto respecto de la prueba pericial frente a los tribunales de familia Vid. DUCE, Mauricio, “La prueba pericial y su admisibilidad en el juicio oral”, en *Revista de Ciencias Penal Iter Criminis del Instituto Nacional de Ciencias Penales de México*, Mexico D.F. 2006.

¹⁴⁰ Como señala Bofill : “*Si es un juez del tribunal del juicio quien tiene a su cargo decisiones tales como excluir el material obtenido a partir de una intervención telefónica realizada ilícitamente (...) entonces el resultado es que, por mucho que eso quede fuera formalmente del juicio, allí vamos a tener a un juez que deberá intentar hacer abstracción de la grabación de una conversación telefónica en la que el acusado*

El otro modelo posible es el aplicado en países como Italia y Portugal, y que fue recogido por el C.P.P. chileno. En este tipo de sistemas el juez que conoce de la etapa intermedia y de la exclusión de prueba es el mismo que conoció de la investigación (es decir, en Chile corresponde al juez de garantía). En consecuencia, al tribunal de fondo sólo llega el conocimiento de prueba que ya ha sido calificada como admisible en conformidad a los criterios legales, no viéndose “contaminado” su juicio con medios de prueba inadmisibles.¹⁴¹

2. FUNDAMENTOS DE LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA.

La admisibilidad de la prueba encuentra su fundamento en una serie de preocupaciones del legislador en orden a la consecución de objetivos propios del proceso penal. En definitiva, las normas que definen el tipo de hecho a probar en el contexto de un proceso penal están inspiradas por una serie de principios rectores propios de este tipo de proceso. Sin perjuicio de

dijo determinadas cosas que eventualmente pueden inculparlo y, quizás, provocar convicción acerca de su presunta responsabilidad. BOFILL, Jorge, citado por LÓPEZ, Julián (texto escrito junto a la profesora María Inés Horvitz), *Derecho procesal penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, t. I, p. 18. Por lo demás, esta preocupación parece estar presente en la historia fidedigna de la ley. En efecto, en relación a la prueba ilícita, en la discusión del proyecto de Ley en el Senado se señaló que el propósito de la misma era “evitar que el tribunal oral tome conocimiento de pruebas que no pueden ser utilizadas y pueda formarse un prejuicio, especialmente de las pruebas obtenidas por medios ilícitos”. En PFEFFER, Emilio, *Código procesal penal anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 285.

¹⁴¹ Sobre una visión comparada de ambos modelos, Vid. LÓPEZ, Julián, Op. cit., t. I, pp. 18 y ss.

ello, los fundamentos de la admisibilidad de la prueba son esencialmente relativos, por lo que la doctrina ha entendido que una racionalización de los mismos resulta difícil sino imposible. En términos de Taruffo: *“la extrema variabilidad y relatividad de las normas que regulan la admisión/exclusión de las pruebas confirma, por un lado, que se trata de un campo abierto a la influencia de los factores muy diversos; pero, por otro lado, confirman que es extremadamente difícil, sino imposible, encontrar en ese campo factores de racionalización que vayan más allá de las características específicas de la evolución histórica y del orden sistemático de cada ordenamiento”*.¹⁴² Con todo, creemos conveniente identificar algunos elementos que parecen evidentes en la admisibilidad de la prueba al interior de un proceso como el que rige en Chile y criterios particulares subsumibles dentro de los mismos.

En primer lugar, parece evidente que la prueba en el juicio debe estar encaminada a la obtención de un cierto tipo de “verdad”.¹⁴³ En la medida que ello resulta cierto, es necesario que los enunciados fácticos que se incorporan al proceso estén revestidos de un mínimo nivel de calidad epistemológica. En este sentido, se ha señalado que el juicio oral en el actual proceso penal a través de la exclusión de determinados medios de prueba otorga herramientas de mayor sofisticación que las que existían en el antiguo, constituyendo *“un importante avance para el logro de una justicia procedimental imperfecta, en la cual no se asegura el logro de un*

¹⁴² TARUFFO, Michele, Op. cit., p. 377.

¹⁴³ Por escapar del tema en estudio no se profundizará acá en la discusión en torno al concepto de verdad aplicable al proceso judicial. Baste con señalar que de lo que se trata, en general, es de determinar la función que cabe a la prueba en el proceso, entendiendo el tipo de verdad que se maneja. En particular, se discute si existe un concepto “especial” de verdad (propio de un proceso judicial) o de uno de verdad “extraprocesal” o *tout court*. En el ámbito nacional se señala que la prueba no reconoce como finalidad la búsqueda de la verdad, mientras que la doctrina europea moderna rechaza las distinciones de tipos de verdad en el proceso y concibe la función de la prueba bajo tres alternativas: como la fijación de hechos, como la convicción del juez acerca de los hechos y como la certeza del juez acerca de los hechos. Una visión alternativa a este respecto es aquella para la cual un enunciado es verdadero si y sólo si se condice con los hechos del mundo (teoría de la “verdad como correspondencia”), sin perjuicio de que, para que en el proceso pueda una afirmación tenerse por verdadera, resulta necesario que se aporten elementos de juicio suficientes para ello. Sobre el particular, Vid, entre otros: FERRER, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, editorial Marcial Pons, Barcelona, 2007, pp. 29 y ss., MATORANA, Cristián, *Aspectos generales de la prueba*, Colección de Apuntes, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2006, pp. 28 y ss., NÚÑEZ, Raúl, Op cit., pp. 207 y ss., TARUFFO, Michele, “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, en *La prueba, artículos y conferencias*, Editorial Libromar, Santiago, 2009, pp. 95 y ss., TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Traducción de Jordi Ferrer, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pp. 21 y ss. y UBERTIS, Giulio, Op. cit., pp. 5 y ss.

*resultado justo, pero sí se provee de condiciones necesarias para que éste sea más fácil de alcanzar”.*¹⁴⁴

En definitiva, el proceso, en la medida en que pretende soluciones razonables y ajustadas a derecho, no puede permitirse la utilización de cualquier tipo de premisa. Si una condición necesaria para la justicia de una decisión es que se averigüe la verdad de los hechos, ésta no puede recaer sobre hechos que no sean verdaderos o que han sido determinados en forma errónea.¹⁴⁵ Así pues, se justifica una fase intermedia del proceso y una exclusión de medios de prueba como un mínimo filtro para la obtención de una conclusión que se aproxime lo más posible a la “verdad”, debiendo dejarse fuera para ello las pruebas declaradas impertinentes o irrelevantes y aquellas que dicen relación con hechos que son públicos o notorios.

Sin perjuicio de lo anterior, existen otras preocupaciones legislativas que hacen que la verdad no pueda ser objeto de la prueba de manera absoluta. Se parte acá de la base que, a mayor información (exhibición de documentos o videos, declaración de testigos o peritos etc.) es posible arribar a mejores resultados, entendiéndose por mejor resultado la aceptación judicial de aquel enunciado que se acerque en mayor medida a lo que realmente ocurrió (la verdad material o extraprocésal).¹⁴⁶ En efecto, al legislador considera que existen valores o elementos dignos de protección y que, a veces, deben hacerse primar por sobre la obtención de la verdad, como son la economía procesal y el respeto por los derechos fundamentales. Para cierta doctrina, son estos filtros los que hacen que a nivel judicial rija una noción de verdad que es distinta y más específica que la general en materia epistemológica.¹⁴⁷

Es así como la economía procesal sirve como justificación para dejar determinado medios de prueba fuera de juicio. Frente a una realidad en la cual los recursos que pueden destinarse a los procesos judiciales resultan limitados, una eficiente utilización de los mismos es imprescindible. Bajo este supuesto, no puede ser admitida en juicio aquella prueba que es impertinente o irrelevante, pues no está destinada a la prueba sobre los hechos que jurídicamente

¹⁴⁴ COLOMA, Rodrigo, “Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno”, en *La prueba en el nuevo proceso penal*, editorial LexisNexis, Santiago, 2003, p. 9.

¹⁴⁵ TARUFFO, Michele, Op. cit., p. 96.

¹⁴⁶ COLOMA, Rodrigo, Op. cit., p. 12.

¹⁴⁷ FERRER, Jordi, Op. cit., pp. 36 y ss.

resultan necesarios de probar (los constitutivos del delito sean estos principales o secundarios, o los constitutivos de la hipótesis de la defensa). Asimismo quedan excluidos por un uso eficiente de recursos aquellos medios de prueba relativos a hechos que son públicos o notorios, aquella que sólo es hecha valer con fines dilatorios y aquella que no es controvertida, pudiendo agregarse la exclusión de prueba que incorpora información reiterativa (particularmente en la prueba instrumental y la testimonial). Sobre éste último punto, es posible también ver en la exclusión de prueba reiterativa una precaución de corte epistemológico, toda vez que se trata de declarar inadmisibles aquellas pruebas cuyo coste marginal esperado no exceda al beneficio marginal esperado.¹⁴⁸

Por su parte, la protección de los derechos fundamentales es del fundamento por excelencia de la prueba ilícita, siendo de la propia definición de esta figura la necesidad de dejar fuera del proceso aquella prueba que es obtenida con infracción de las garantías fundamentales de las persona. Para entender que se cumple con este requisito se requiere, en ocasiones, que ciertas actuaciones encaminadas a la investigación del caso y que afecten garantías fundamentales, exista una autorización judicial previa.¹⁴⁹

En el contexto de un estado democrático constitucional, el proceso penal no puede quedar ajeno a la necesidad de protección de los derechos fundamentales de las personas, por lo que la exclusión de la prueba que es obtenida con infracción de derechos fundamentales o de garantías constitucionales de carácter procesal es imprescindible. En definitiva, la verdad en el proceso no puede ser obtenida a cualquier precio.¹⁵⁰ Asimismo, se señala que, bajo el fundamento de la protección de las garantías fundamentales, se excluye también aquella prueba proveniente de una actuación o diligencia declarada nula, donde es requisito que previamente exista una resolución judicial que la haya declarado nula dicha actuación o diligencia. Ello sería

¹⁴⁸ Así por ejemplo, la declaración de 10 testigos (imaginemos, con similar nivel de credibilidad) que declaren que vieron a Pedro matar a Luis, es más poderosa que la declaración de 5 testigos y más débil que la declaración de 15 testigos. Pero a medida que se agregue cada nuevo testigo, el porcentaje en que se podría estimar que ha aumentado la demostración del enunciado en comento va siendo menor y, por ende, el costo marginal empieza a superar el beneficio que constituye contar con un enunciado con mayor nivel de demostración. En COLOMA, Rodrigo, Op. cit. p. 14.

¹⁴⁹ El artículo 9 del Código Procesal Penal establece en su inciso primero: “Toda actuación del procedimiento que privare al imputado del ejercicio de los derechos que la Constitución le asegure, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa”.

¹⁵⁰ Sobre exclusión de prueba ilícita, Vid. *Infra* 4.4.

cierto en la medida que la nulidad procesal encuentra como requisito una infracción legal que repercute en la imposibilidad del pleno ejercicio de los derechos.¹⁵¹

Fuera del caso de la prueba ilícita, es posible ver la protección de ciertos valores en la exclusión de prueba cuando concurre el secreto profesional respecto de un testigo, donde se privilegia la relación de confianza que debe existir al eximirse de declarar.¹⁵² Lo mismo respecto de la exclusión de la información obtenida en la fase de investigación como prueba en el juicio, por cuanto se vela porque el tribunal del juicio oral dicte su fallo basándose exclusivamente en las pruebas que se rindan ante él en el desarrollo del juicio.¹⁵³

3. REGULACIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL.¹⁵⁴

En el presente punto se expondrá la forma en que se encuentran regulados los requisitos de admisibilidad de la prueba pericial en el CPP chileno. Se trata de un asunto de mucha importancia en relación con nuestra propuesta en este capítulo, pues de lo que aquí se tratará será

¹⁵¹ Como señala Horvitz, tanto la prueba proveniente de actuaciones o diligencias declaradas nulas como aquella obtenida con inobservancia de garantías fundamentales están íntimamente ligadas (ambos serían casos de prueba ilícita). Ello quedaría manifestado por el tenor del artículo 160 del Código Procesal Penal, el cual señala que se presume de derecho la existencia del perjuicio (exigido para la nulidad procesal) si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución o en las demás leyes de la República. *“En consecuencia, si por cualquier motivo el interviniente perjudicado en sus garantías fundamentales no solicita la nulidad de la actuación o diligencia defectuosa del procedimiento, a través de la cual se obtuvo evidencia en su contra, o si habiéndola solicitado ella hubiese sido rechazada, queda siempre a salvo su derecho de solicitar la exclusión de la prueba obtenida ilegítimamente en la audiencia de preparación del juicio oral, por la vía del artículo 276 inciso 3 CPP”*. En HORVITZ, María Inés, Op. cit. t. II, pp. 49 y 50.

¹⁵² El artículo 303 del Código Procesal Penal en su inciso primero exime de prestar testimonio a 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.

¹⁵³ El inciso primero del artículo 334 del Código Procesal Penal señala: *“Salvo los casos previstos en los artículos 331 y 332, no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público”*. Sobre este punto Vid. COLOMA, Rodrigo, Op. cit., p. 17.

¹⁵⁴ En adelante “C.P.P.”.

posible desprender que los requisitos de la prueba admisible que más adelante serán formulados, se encuentran recogidos en la regulación chilena. Así entendido el asunto, creemos que la posibilidad de aplicación de dichas nociones en el actuar de los jueces no requiere de modificación legislativa alguna, pero sí de una forma correcta de interpretación de las normas pertinentes. En definitiva, los términos que el propio legislador usa –como los de pertinencia, idoneidad o confiabilidad- no están dotados de una significación unívoca en el contexto de un proceso penal, por lo que es labor del intérprete llenarlos de un contenido que sea concordante con los objetivos del proceso¹⁵⁵.

Por lo demás, somos de la opinión que los criterios de admisibilidad que serán tratados encuentran su posibilidad de aplicación en el derecho del imputado de contar con defensa. Esto porque la prueba pericial, atendidas sus particulares riesgos y características, puede tener repercusiones considerables en la convicción del juzgador, pero ello puede acontecer sin un proceso de reflexión y ponderación racional de la misma. El riesgo en este sentido es que la prueba pericial sea utilizada no como un medio de prueba más destinado a la acreditación de enunciados de hecho, sino por las conclusiones expertas favorables para sus pretensiones independientemente del procedimiento seguido para la obtención de las mismas. El poderoso argumento de autoridad que va envuelto en la opinión de un *experto* hace que su posibilidad de incorporación al proceso deba ser más restrictiva que en el caso de otros medios de prueba y que no pueda incorporarse sino cuando las particularidades del caso lo hagan indispensable.

Un proceso que pretende un juzgamiento racional del imputado no puede dejar este riesgo de lado, y debe velar porque la normativa legal de admisibilidad de la prueba sea adecuada, pero además porque la labor interpretativa de dichas normas tienda a la protección de los derechos del imputado.

Fuera de los casos anteriores –es decir, aquellos en que la pericia se quiere hacer valer en un proceso penal por la fiscalía en contra del imputado- existen buenas razones para adoptar los criterios de admisibilidad cuando quien se vale del testimonio experto es la propia defensa

¹⁵⁵Es lo que ocurre en el caso del requisito de admisibilidad de la pertinencia, ésta puede ser entendida en una dimensión *lógica*, pero también en una *jurídica*, mientras que la idoneidad del perito dependerá del tipo de experticia que se trate Vid infra 5.1 y 5.2.3.

del imputado. Como se señalará, el proceso penal opera en función de la obtención de un cierto tipo de verdad, y dentro de ese objetivo la utilización de los conocimientos técnico-científicos pueden ser de gran ayuda. Siendo ello así, las precauciones de que través de peritajes poco rigurosos o de confiabilidad discutible hacen que la posibilidad de incurrir en errores se acreciente. La racionalidad que debe inspirar el proceso penal hace necesario igualmente en este caso que la aplicación de la pericia se rija por criterios que otorguen un mínimo resguardo de calidad epistemológica de la información que el testimonio experto incorpore al proceso.

En Chile, los requisitos de admisibilidad de la prueba se desprenden de la regulación negativa que el C.P.P. realiza. En efecto, a propósito de la audiencia preparatoria del juicio oral, el artículo 276 del C.P.P. establece que “el juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas pruebas que fueren manifiestamente impertinentes y aquellas que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios”. Para estos efectos, el artículo 272 permite a las partes formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimaren relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por las demás.

En su inciso segundo, el artículo 276 faculta al juez a reducir el número de testigos o documentos cuando la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas la testimonial y la documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral. Esto podrá hacerlo cuando dichos medios de prueba estén destinados a acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guarden pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal.

Por último, el inciso tercero del artículo 276 del C.P.P. establece la obligación de excluir la prueba que proviniera de actuaciones declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Las pruebas ofrecidas, señala el inciso tercero, deberán ser admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral. Esto se ve reafirmado en la letra e del artículo 277, que establece los requisitos del auto de apertura del juicio oral.

El auto de apertura del juicio oral, al excluir medios de prueba, sólo es susceptible de recurso de apelación, el que se concede en ambos efectos. Con todo, ello será efectivo sólo cuando lo interpusiera el ministerio público y siempre que se trate de pruebas provenientes de actuaciones o diligencias declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales.

Para el caso de la prueba pericial, sus requisitos particulares de admisibilidad están contenidos en los artículos 314 y siguientes del C.P.P. Es así como el artículo 314 dispone: “El ministerio público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar en la audiencia de preparación del juicio oral que éstos fueren citados a declarar a dicho juicio, acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito. Procederá el informe de peritos 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 determinada arte, ciencia u oficio”. Quedan establecidos, de eso modo, los requisitos de idoneidad del perito y de necesidad.¹⁵⁶

Por su parte, el artículo 316 del C.P.P. hace aplicables a su respecto los requisitos generales de admisibilidad y agrega el de confiabilidad del peritaje, al señalar: “El juez de garantía admitirá los informes y citará a los peritos 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. Con todo, el juez de garantía podrá limitar el número de informes o de peritos, cuando unos u otros resultaren excesivos o pudieren entorpecer la realización del juicio”.

4. CRITERIOS GENERALES DE ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA

A continuación se exponen los requisitos de admisibilidad de las pruebas a los que venimos aludiendo. Resulta relevante atender al contenido de los conceptos para notar las

¹⁵⁶ Vid. *Infra* 5.2.1 y 5.2.2.

particularidades de los mismos cuando se aplican para determinar la admisibilidad de la prueba pericial.

4.1 Prueba pertinente o relevante:

La prueba pertinente o relevante es aquella que guarda relación con los supuestos de hecho materia de la acusación o los alegados por la defensa. En términos de Ferrer, se trata de aquella prueba que “*aporta apoyo o refutación de alguna de las hipótesis fácticas del caso a la luz de los principios generales de la lógica y de la ciencia*”.¹⁵⁷ Como se señaló más arriba, serán criterios jurídicos los que determinarán los hechos a probar, por lo que se establece una relación lógica entre dichas normas y la idoneidad de los medios de prueba. De esa forma, la relevancia de los medios de prueba queda determinada por lo que las propias normas jurídicas indiquen como relevante a probar. Así por ejemplo si el hecho a probar es la consumación de un delito de violación, prueba relevante será aquella destinada a probar que se produjo el acceso carnal.¹⁵⁸

Lo aquí señalado asimila las nociones de pertinencia y relevancia de la prueba, asumiendo el hecho de que cierta doctrina identifica ambas nociones como fases independientes, toda vez que la relevancia sería un presupuesto de la prueba de la que luego se definirá su pertinencia.¹⁵⁹ Consideramos más apropiada la realización del análisis descrito en el contexto del examen de admisibilidad porque en el momento en que la prueba es calificada como relevante o irrelevante es en la etapa intermedia del proceso, en que es definida la admisibilidad en general, considerándose para esto la relevancia junto con el resto de los criterios de admisibilidad de la prueba.

En general, la pertinencia es entendida como aquella que la doctrina estadounidense denomina “lógica”, es decir, aquella según la cual el contenido del medio de prueba debe tener

¹⁵⁷ FERRER, Jordi, Op. cit., p. 42.

¹⁵⁸ De acuerdo a Jordi Ferrer, la obligatoriedad del tribunal de admitir toda aquella prueba que resulta relevante es una manifestación del derecho de defensa. Para este autor, restricciones excesivas en la admisibilidad de la prueba implican una imposibilidad del ejercicio pleno del aludido derecho. En FERRER, Jordi, Op. cit., p. 54.

¹⁵⁹ Para Taruffo el juicio de relevancia de la prueba se trata de uno distinto al de admisibilidad de la misma, toda vez que la primera sería constitutiva de la noción de prueba y por lo mismo un presupuesto de la misma que es admisible en un proceso. En TARUFFO, Michele, Op. cit., pp. 366 y ss.

una vinculación con los hechos a debatir en el juicio.¹⁶⁰⁻¹⁶¹ En otras palabras, la prueba pertinente o relevante es aquella que potencialmente puede acreditar supuestos de hecho que serán debatidos en juicio.¹⁶² Se trata de la manera más común de entender el término, y además, la forma en que lo trata la doctrina nacional en general.¹⁶³

En el proceso penal, la necesidad aludida quiere decir que, en lo que respecta a los medios de prueba de los que pretenda valerse el Estado en cuanto ente acusador, estos deben buscar establecer la procedencia de un tipo delictivo. Por lo tanto, será pertinente sólo el medio de prueba que tenga como objeto acreditar un hecho que solo, o en conjunto con otros hechos, sea propicio para el convencimiento del tribunal, más allá de toda duda razonable, de la ocurrencia de un delito. Asimismo, la pertinencia será un requisito de la prueba de la que pretende valerse la defensa. En efecto, la prueba que presenta esta última deberá tener relación con la línea argumental que se plantea, debiendo ser excluida la que carece de una relación lógica con el hecho a probar.¹⁶⁴

Es importante señalar que la pertinencia no es un requisito sólo de las pruebas acerca de hechos principales, esto es, aquellos materia de la acusación o de la defensa (prueba directa), sino también de los secundarios, entendiendo por tales aquellos de los que puede derivarse lógicamente consecuencias probatorias del hechos principal, sin tener una relación directa con el

¹⁶⁰ GOLD, Alan, *Expert Evidence in criminal law: the scientific Approach*, Canada Irving Law, Canadá, 2003, pp. 48 y ss.

¹⁶¹ En los Estados Unidos, el artículo 401 de las Reglas Federales de Evidencia define la evidencia pertinente como aquella que tiende a hacer la existencia de los hechos de los que se desprenden ciertas consecuencias más o menos probable de lo que sería sin tal evidencia (“*Relevant evidence means evidence having any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence*”). El artículo 402, por su parte, establece que la prueba impertinente debe ser excluida.

¹⁶² DUCE, Mauricio, Op. cit., p. 76.

¹⁶³ Así por ejemplo, Horvitz, citando a Claudia Olmedo, define la prueba impertinente como “*aquella que no guarda relación alguna con los hechos de la acusación o los alegados por la defensa, esto es, en que no existe una relación lógica o jurídica entre el hecho y el medio de prueba*”. Olmedo, Claudia, citada por HORVITZ, María Inés, Op. cit., t. II, p. 45. Asimismo, para Bofill la prueba carece de *pertinencia* “*cuando no es conducente o concerniente a los hechos materia de de la acusación o la defensa*”. Bofill, Jorge, citado por DUCE, Mauricio, Op. cit., p. 17.

¹⁶⁴ Así por ejemplo, si lo que se pretende demostrar es una coartada, esto es , un hecho que es incompatible con el supuesto en que el imputado es culpable, será impertinente la prueba encaminada a probar un hecho en virtud del cual admite su responsabilidad pero pretende hacer valer un atenuante.

hecho principal (prueba indirecta).¹⁶⁵ En definitiva, ambos tipos de hecho serán relevantes o pertinentes en el proceso, pues mientras los hechos principales importan desde la perspectiva del respeto al principio de legalidad (toda vez que a través de ellos se determina la ocurrencia del tipo penal), los hechos secundarios serán relevantes para que los jueces entiendan en el caso concreto los motivos por los cuales el imputado habría cometido el delito (configurando al efecto, lo que la doctrina denomina “elemento subjetivo del dolo”).¹⁶⁶

Ahora bien, en general, se entiende que la impertinencia que se predica de una determinada prueba debe ser *manifiesta*.¹⁶⁷ Esto significa que debe aparecer en forma evidente de los escritos de fondo de las partes o de las exposiciones orales que éstas realicen en la fase intermedia del proceso. Ello sin perjuicio que pueda existir un debate en torno a la pertinencia de la prueba que se ofrece, al final del cual el juez deberá resolver. Para estos efectos, la labor del juez consiste en una doble anticipación hipotética: por un lado debe conjeturar que la prueba ofrecida tenga un resultado positivo y que, por tanto, sea capaz de producir elementos de conocimiento sobre el hecho a determinar. Tratándose del hecho secundario, además debe presuponerse un resultado positivo y verificarse si tal hecho puede constituirse en la premisa de una posible inferencia relativa al hecho principal.¹⁶⁸ La prueba pertinente será pues aquella que, de acuerdo con las anticipaciones hipotéticas aludidas, ofrecen un resultado positivo.

Es necesario además entender como pertinente la prueba destinada a determinar la credibilidad o fiabilidad de la prueba, o también denominada “prueba sobre la prueba”.¹⁶⁹ Desde el punto de vista de un sistema adversarial y del principio de legalidad, resulta de toda lógica que

¹⁶⁵ En términos de Taruffo los “hechos principales” corresponden a aquellos que “*representan la condición o el presupuesto para la verificación de los efectos jurídicos previstos por la norma*”. Los “hechos secundarios”, por su parte, son aquellos que “*adquieren significado en el proceso sólo si de ellos se puede extraer algún argumento acerca de la verdad o falsedad de un hecho principal*”. En TARUFFO, Michel, Op. cit., p. 120. Conviene señalar que los hechos secundarios son lo que en doctrina española se conoce como “indicios” o “hechos-indicio”, esto es, aquellos “*que van a servir de base a una presunción, aunque sólo tengan una relación remota con los hechos que han de ser considerados para resolver sobre aquel*”. ORTELLS, M., citado por LÓPEZ, Julián, Op. cit. p. 134. López además entrega un buen ejemplo de “hecho secundario”: Es el caso de una acusación por el delito de homicidio, en que el hecho de que el acusado disparó es el hecho principal y en que el hecho de que la víctima tenía un importante seguro de vida contratado constituiría un hecho secundario. En LÓPEZ, Julián, Op. cit., t. II, p. 134.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 134.

¹⁶⁷ Es el caso de a regulación que hace el inciso primero del artículo 276 del C.P.P.

¹⁶⁸ TARUFFO, Michele, Op. cit., p. 366.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 134.

ésta sea considerada pertinente, de modo que sea una obligación para las partes acreditar la fiabilidad de la prueba de la que se pretenden valer.¹⁷⁰⁻¹⁷¹

4.2 Prueba sobre hechos controvertidos:

En general, en doctrina se piensa que, en virtud del principio de investigación oficial, deben ser probados todos los hechos que resultan importantes para la resolución judicial, y no sólo los controvertidos por las partes. Esto a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, donde el hecho a probar es el sustancial, pertinente y controvertido.¹⁷² Sin perjuicio de ello, el C.P.P. se aleja de la opinión de la doctrina mayoritaria y permite las convenciones probatorias. En conformidad con éstas, el juez de garantía, en la audiencia de preparación del juicio oral, puede dar por acreditados ciertos hechos respecto de los cuales los intervinientes, en conjunto, así lo solicitan. En virtud de la existencia de esta figura, por ende, se entiende que el hecho a probar en el proceso penal nacional debe ser también el controvertido.¹⁷³

En definitiva, las reglas de exclusión de la prueba también se preocupan de aquellos medios de prueba que tienen por objeto acreditar hechos respecto de los cuales no existe controversia entre las partes. En el entendido que ello ocurra respecto a un determinado hecho, la justificación radica en la economía procesal, pues utilizar recursos en la acreditación de una circunstancia como esa resultaría ineficaz e inútil en el contexto de un proceso.

¹⁷⁰ Sería el caso de la prueba acerca de la capacidad de visión de un testigo presencial. Vid. HORVITZ, María Inés, Op. cit., t. II, p. 134 y ss.

¹⁷¹ En el C.P.P. la posibilidad de que el tribunal ordene la rendición de “prueba sobre prueba” está comprendida en el artículo 336, el que señala a propósito del juicio oral: “Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad”.

¹⁷² Así por ejemplo, es de esta opinión Roxin, para quien en el proceso civil rige un principio de “verdad formal”, mientras que en el proceso penal lo hace el “principio de investigación”. Para este autor, el principio de investigación “*supone que el tribunal investiga por sí mismo los hechos de la causa (“instruye” por sí mismo) y, en ello, no está vinculado a los requerimientos y declaraciones de las partes del proceso*”. En ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 99.

¹⁷³ Estamos, sin embargo, de acuerdo con Horvitz cuando señala que las convenciones probatorias no pueden interpretarse de tal modo que se exima al Estado de una mínima actividad probatoria en juicio. El principio de culpabilidad, en efecto, no permite que el acuerdo de las partes se extienda a los hechos principales, constitutivos del tipo penal que se trate. Sobre el particular Vid. HORVITZ, María Inés, Op. cit., t. II, p. 44.

Por lo demás, una exclusión de prueba basada en el acuerdo que existe entre las partes es acorde con un sistema procesal de tipo adversarial, en el cual son las partes las encargadas de llevar a efecto la actividad probatoria en frente de un juez, el que en términos generales, desempeña un rol pasivo. Desde este punto de vista, si las partes son de la idea que determinado hecho no debe probarse, lo más acertado será que el tribunal esté a lo que estos determinen. En términos de Jordi Ferrer, instituciones como ésta implican una concesión a favor de los intereses propios de las partes en desmedro del objeto general del proceso, como es la búsqueda de la verdad.¹⁷⁴

4.3 Prueba sin fines dilatorios:

Requisito esencial para que la prueba sea declarada admisible en juicio es que esta no sea ofrecida con fines puramente dilatorios. Esto significa que la prueba ofrecida debe estar encaminada, en el caso del ente acusador, a acreditar un hecho principal o uno secundario, o uno acorde con la línea de defensa del juicio, en el caso de la defensa del imputado. Por el interés público involucrado en la labor del órgano acusador, no debiera existir de su parte interés en dilatar los juicios. En cambio, sí podría esto ser de interés de la defensa, para la cual, en último término, puede significar aplazar una condena. En general, se trata de una noción que resulta subsumible dentro del requisito de pertinencia de la prueba.¹⁷⁵

4.4 Prueba lícita:

Un requisito esencial de la prueba es que esta sea lícita. En un sentido literal, prueba ilícita será la que se obtiene con infracción a determinada normativa. Sin embargo, no existe claridad respecto de qué norma es la que debe ser infringida. En los distintos ordenamientos existen nociones distintas de las normas que esta institución comprende.¹⁷⁶ Con todo, un común

¹⁷⁴ FERRER, Jordi, Op. cit., p. 39.

¹⁷⁵ Vid. Supra 4.1.

¹⁷⁶ Así por ejemplo, en Estados Unidos la prueba ilícita se estudia a propósito de las reglas de exclusión (*exclusionary rule*), categoría que permite dejar fuera del juicio evidencia impertinente por falta de confiabilidad o por consideraciones de interés público. En E. Chiesa, citado por LÓPEZ, Julián, Op. cit., t. II, p. 165. En Alemania, por su parte, la prueba ilícita es tratada con el nombre de “prohibición probatoria” o “prohibición de prueba” y tiene su origen en el libro de 1903 “Las prohibiciones probatorias como

denominador al estudiar esta figura es la violación de garantías fundamentales ocurrida durante la etapa de instrucción con ocasión de la actividad de investigación llevada a cabo por los órganos de persecución penal.¹⁷⁷⁻¹⁷⁸

En definitiva, el objeto de la prueba ilícita al interior de un Estado democrático de derecho es que el sistema procesal está interesado en la obtención de la verdad, pero no a cualquier precio. Antes bien, existe un límite ético a la actividad de persecución penal, que permite conceptualizar como “ilícita” la prueba obtenida mediante actos que importen la afectación de garantías fundamentales. De esa forma, prueba ilícita se entiende como aquella obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales.¹⁷⁹

4.5 Prueba acerca de hechos que no son públicos o notorios ni evidentes:

Requisito de los medios de prueba admisibles es que estos se refieran a hechos que no sean públicos o notorios, aun cuando estos resultaren pertinentes para formar la convicción del tribunal. Los hechos notorios son los generalmente conocidos por la comunidad, como son los acontecimientos naturales (como un temporal o un eclipse) y los históricos (como puede ser el genocidio de judíos durante la Segunda Guerra Mundial), así como, en general, todos aquellos hechos de los cuales normalmente tienen conocimiento las personas sensatas. Pueden concebirse como hechos notorios también aquellos que son conocidos entre un grupo más reducido de personas (como puede ser el caso de los habitantes de una determinada comunidad respecto de un acontecimiento local).¹⁸⁰ Lo importante es que se trate de hechos que sean conocidos por el común de un determinado grupo, sea éste más o menos extenso en número de integrantes.

Los hechos evidentes, por su parte, corresponde a aquellos determinados con el progreso de la ciencia en el momento histórico en que se produce el hecho y que, en razón de ello, se

límites de la investigación de la verdad en el proceso penal” de E. Beling. En el sistema alemán, el estudio de la prueba ilícita se hace a propósito de la infracción de las normas que establecen prohibiciones en la producción de prueba y en relación a las que contienen prohibiciones de valoración de prueba. En LÓPEZ, Julián, Op. cit., t. II, pp. 164 y ss.

¹⁷⁷ LÓPEZ, Julián, Op. cit. t. II, p. 168.

¹⁷⁸ Debe entenderse que, en la lógica del C.P.P., la prueba proveniente de actuaciones o diligencias declaradas nulas es también un caso de prueba ilícita.

¹⁷⁹ LÓPEZ, Julián, Op. cit. t. II, p. 168.

¹⁸⁰ ROXIN, Claus, Op. cit., p.187.

encuentra incorporados al acervo cultural del juez. Se trata de aquellos hechos vinculados a las máximas de experiencia, esto es, “*definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia pero independientes de casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de estos casos, pretenden tener validez para otros nuevos*”.¹⁸¹ Ejemplos de hechos evidentes son que en los días de diciembre no suele llover en Santiago o que si algo es lanzado desde lo alto de un edificio éste debe caer.

Debe precisarse, sin embargo, que tanto los términos de hechos notorios y de hechos evidentes son términos esencialmente relativos, lo que es efectivo por dos razones. En primer lugar, porque el conocimiento del “hombre común” parte de una comunidad es variable en el tiempo y el espacio.¹⁸² En efecto, lo que ayer era considerado un hecho necesario de probar, hoy puede ser perfectamente parte del acervo cognoscitivo del hombre promedio, ya sea por el avance técnico y científico (como por ejemplo, las propiedades medicinales de la penicilina) o del conocimiento humano en general. En segundo lugar, se trata de un término relativo porque no puede negarse la posibilidad de que, en el caso particular, se reciba prueba de los hechos públicos y notorios cuando son presentadas nuevas y no conocidas circunstancias que demuestran la aceptación equivocada de la notoriedad. Lo mismo ocurre en el caso de las máximas de experiencia, pudiendo ser objeto de prueba cuando éstas pertenezcan a campos científicos específicos y no pueden ser reconocidas por el juez. Para tal efecto, será carga de la parte interesada acreditar las circunstancias por las que debe razonablemente dudar el tribunal acerca de la notoriedad del hecho respectivo o acerca de la efectividad de la máxima de experiencia de que se trate.¹⁸³⁻¹⁸⁴

En términos de Vegas Torres, el fundamento de que este tipo de hechos no deban ser probados es que a su respecto no es necesario el control sobre la forma concreta en que el

¹⁸¹ STEIN, Friedrich, citado por MATURANA, Cristián, Op. cit., p. 108.

¹⁸² Sobre el particular nos remitimos a las consideraciones del Capítulo I y a las que siguen en este mismo capítulo, relativas a la necesidad de entender el conocimiento experto como requerido sólo cuando se trate de un asunto que queda fuera de los conocimientos del hombre común. Tal será una calificación variable, pues el acervo cognoscitivo del hombre promedio aumenta a medida que se desarrollan los distintos ámbitos del conocimiento. Vid. e Infra5.2.2.

¹⁸³ ROXIN, Claus, Op. cit., p. 188.

¹⁸⁴ Sobre los problemas asociados a la valoración de la prueba pericial en casos en que resulte de difícil o de imposible comprensión por parte de un juez lego, Vid. Cap III

juzgador ha llegado a tener conocimiento de los mismos, control que, de imponerse, podría resultar incluso en un elemento perturbador. Así sucedería, por ejemplo, si el juez se viera obligado a ignorar un hecho de conocimiento general por no haberse rendido prueba suficiente de tal hecho.¹⁸⁵ Pero además, debe entenderse la exclusión del hecho notorio de la prueba también en función de la economía procesal, pues no tiene sentido la utilización de recursos procesales para el establecimiento de hechos que son parte del acervo cognoscitivo de una determinada comunidad de la que el juzgador también es parte.

Quedan incluidos también dentro de los hechos públicos o notorios aquellos respecto de los cuales el juez no tiene aún un conocimiento real, pero que puede proporcionárselo de una manera sencilla, aun sin necesidad de recepción formal de pruebas (como conocer el tipo de cambio mirando el periódico de un determinado día, sin necesidad de escuchar a un “experto en materia bursátil”).¹⁸⁶ Lógicamente, en los mismos términos queda excluida la prueba sobre hechos contrarios a los notorios.¹⁸⁷

5. ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL

Habiendo ya enunciado los criterios de admisibilidad de la prueba en general, corresponde ahora centrarse en lo que ocurre en el caso de la prueba pericial. Acá el punto de partida es que el tratamiento de este medio de prueba no puede ser equivalente al del resto. Existen problemas particulares de orden más bien práctico que justifican no sólo entender de

¹⁸⁵ VEGAS TORRES, J., citado por LÓPEZ, Julián, Op. cit., pp. 137 y 138.

¹⁸⁶ TARUFFO, Michele, Op. cit., p. 303.

¹⁸⁷ Tal podría ser el caso de la prueba acerca de la afirmación que no ocurrió, por ejemplo, un fenómeno natural como un eclipse. En ROXIN, Claus, Op. Cit., p. 187.

manera distinta algunos de los requisitos de toda prueba admisible, sino también agregar nuevas exigencias.

5.1 Problemas particulares de la admisibilidad de la prueba pericial:

En relación a la prueba pericial, es posible identificar dos tipos de problema de índole práctica.

5.1.1 Problema de uso de recursos:

En primer lugar, la prueba pericial plantea un problema de uso eficiente de recursos del sistema judicial. Es bien sabido que se trata de un medio de prueba más caro que el resto, lo que se justifica por los honorarios del perito y demás gastos relativos a la incorporación de su declaración en el proceso.

Esto se traduce en dos necesidades:

a) La primera necesidad consiste en dotar de recursos suficientes tanto al órgano de persecución penal pública como al de defensa penal pública, de modo tal que puedan contar con este medio de prueba en el ejercicio de sus funciones. Tal objetivo puede conseguirse a través de organismos públicos que puedan desempeñar la respectiva labor y que se encuentren a su disposición o a través de recursos económicos para que tales servicios puedan ser contratados de terceros.

b) La segunda necesidad es la de hacer un uso eficiente de los recursos destinados. Esto porque la prueba pericial, en muchas ocasiones, implica hacer más extensos los tiempos de preparación de los juicios y de litigación en sí, lo que repercute directamente en el tiempo invertido por fiscales, defensores, jueces y funcionarios.¹⁸⁸

En Chile el problema de los recursos y de eficiencia relacionados a la prueba pericial fueron puntos neurálgicos en la implementación de la reforma procesal penal desde el año 2000.

¹⁸⁸ DUCE, Mauricio, Op. cit., pp. 60 y ss.

En resumidas cuentas, el problema radicó en que las mismas instituciones que antes de la reforma prestaban asesorías expertas no dieron a vasto con la gran cantidad de informes y testimonios que les eran exigidos. La falta de planificación y la poca inversión en estos organismos fueron las causantes de un auténtico cuello de botella, el que no mejoró dentro del primer periodo luego de implementada la reforma.¹⁸⁹ Adicionalmente, el problema de dotación de recursos para estas instituciones fue una de las razones emitidas públicamente para la postergación de la entrada en marcha de la reforma en la Región Metropolitana de Santiago el año 2004.¹⁹⁰

De lo anterior se desprende que la prueba pericial en el proceso penal lleva aparejado necesariamente el problema de la asignación de recursos, pero también de uso eficiente de los mismos. En este sentido somos de la opinión que las dificultades que hoy se ven en materia de peritaje no encuentran su solución sólo en una mayor asignación de bienes o personal para los órganos públicos competentes, sino también en una racionalización de su uso. Consideramos que se hace necesario fijar ciertos parámetros para determinar la procedencia de este medio de prueba, de modo que, tomando en consideración sus particularidades, se aplique sólo para los casos en que se justifique desde el punto de vista de la necesidad y la eficiencia. Los criterios que más abajo se exponen buscan ser una propuesta en tal sentido.

5.1.2 Problemas asociados a la valoración de la prueba pericial.¹⁹¹

Existe un segundo tipo de problemas relativos a la prueba pericial y dicen relación con la fuerza que este medio de prueba ejerce en la valoración que realiza el juzgador. Esto quiere decir que, por el mero hecho de tratarse de la opinión de un experto, se dota a la correspondiente declaración de un verdadero sello de autenticidad.

¹⁸⁹ Las evaluaciones de la reforma procesal penal de los años 2001 y 2002 ponen acento en lo problemático que resultaba la lentitud con la que algunos órganos evacuaban los informes periciales que se les encargaban, en especial el Servicio Médico Legal. Sobre esto, Vid. DUCE, Mauricio, Op. cit., p. 61 (cita 17).

¹⁹⁰ DUCE, Mauricio, Op. cit., p. 62.

¹⁹¹ Los problemas asociados a la valoración de la prueba pericial como los aquí enunciados se analizarán con mayor detalle en el capítulo III.

Lo cuestionable aquí es que muchas veces no se mira el contenido de la información que el perito incorpora al proceso, sino que se le da valor en función de un falaz argumento de autoridad. En otros términos, la prueba pericial pasa a tener valor por ser tal, no por la calidad de la información que puede aportar al proceso. En palabras de Alan Gold: *“los asuntos que rodean a la evidencia experta importan principalmente porque, cuando es admitida en juicio, su relevancia dentro del proceso de la búsqueda de hechos no puede ser subestimada. Es, sin lugar a dudas, una evidencia poderosa. Por su propia naturaleza y por la inherente persuasión involucrada en la presentación a través de una autoridad en el tema, es entendida como más prestigiosa y aceptable que la evidencia aportada por un testigo ordinario”*.¹⁹²

En el fondo, el problema está en que se merma una función constitutiva de la labor judicial, como es la resolución de conflictos conforme a derecho por un tercero imparcial designado por el Estado para ello. En efecto, si el valor de la prueba pericial le es otorgado por ser tal (y no por el peso de la información que aporta), el trabajo judicial es sustituido por la de un experto, lo que se traduce en decisiones judiciales de dudosa legitimidad.

De lo anterior se deriva otro ámbito de riesgos, como es aquel que se produce cuando la labor judicial intenta comprender el ámbito del conocimiento que el experto aporta en el proceso y que le es ajeno. Lo problemático acá es que el juzgador, en cuanto hombre de conocimiento promedio al interior de una determinada comunidad, no tiene porqué comprender esa información, por lo que su intento por hacerlo puede traducirse en apreciaciones equivocadas. El margen de error que se produce es demasiado amplio, y por lo mismo, inaceptable dentro de un sistema de resolución de conflictos con pretensiones de racionalidad.

Ahora bien, existe también la posibilidad de que frente a una información compleja el juez aplique su conocimiento privado para entenderla. Es el caso en que el juzgador, por mera casualidad, está familiarizado con un ámbito del conocimiento de relevancia en el proceso. Todos los problemas derivados de la utilización del saber privado del juzgador en el desempeño de sus funciones son aplicables aquí, los que fundamentalmente se relacionan con la infracción que se produciría, de ocurrir esto, del deber del juez de fallar conforme al mérito del proceso, esto es, conforme a lo que las partes han incorporado al mismo. Adicionalmente, el juez estaría

¹⁹² GOLD, Alan, Op. cit., p. 12 (la traducción es nuestra).

desempeñando una labor pericial sin ninguno de los controles a los que están sujetos los expertos para que su testimonio resulte admisible en juicio. En este sentido puede señalarse que, por ejemplo, no se controlaría el profesionalismo ni la confiabilidad del conocimiento del juez.¹⁹³

En Estados Unidos problemas como los mencionados han motivado la adopción de políticas de admisibilidad de la prueba pericial durante los últimos 20 años, tanto en el ámbito legislativo como jurisprudencial. La preocupación central, en este sentido, es el gran impacto que en un juzgador pueden producir conocimientos de estudios de dudosa rigurosidad y confiabilidad. La utilización de conocimiento experto de este tipo ha repercutido incluso en condenas respecto de las que luego se ha demostrado que son erradas.¹⁹⁴ Como veremos, varios de esos criterios pueden resultar aplicables en el contexto chileno, en donde no existe un adecuado desarrollo dogmático de los criterios de admisibilidad de la prueba pericial.¹⁹⁵

5.2 Criterios de admisibilidad de la prueba pericial:

Los problemas anteriormente enunciados repercuten en que sea necesario un tratamiento especial para la admisibilidad de la prueba pericial en juicio. A continuación se expone los requisitos especiales que una prueba pericial debe cumplir para ser considerada admisible en un juicio penal. Hacemos presente que los requisitos de la prueba pericial admisible no están extraídos del sistema procesal penal chileno en particular, sino de la figura del peritaje al interior de un sistema de libre apreciación de la prueba de manera genérica. De esta forma, en buena

¹⁹³ Vid. *InfraCap III, 9*.

¹⁹⁴ Mauricio Duce cita al efecto un informe elaborado en el seno del *Innocence Project*, destinado a obtener la liberación de personas condenadas por error judicial. En ese documento están enumerados diversos casos en que la condena se ha fundado en conocimientos expertos poco confiables. Vid. DUCE, Mauricio, *Op. cit.*, p. 58 (cita número 9). El listado actualizado de de personas exoneradas en el seno de este proyecto se encuentra disponible en el sitio de Internet <http://www.innocenceproject.org/know/Browse-Profiles.php> (revisado por última vez el 19 de enero de 2010).

¹⁹⁵ A nivel nacional es casi nulo el desarrollo doctrinario en los problemas asociados a la prueba pericial que aquí se exponen. Dentro de lo poco que hay, es posible mencionar al profesor Rafael Fontecilla, quien en su tratado del año 1978 llama la atención acerca de la importancia de que el juez penal actúe con cautela frente a lo que el perito señale, mencionando al efecto algunos casos chilenos en que se condenó a inocentes por errores de expertos. FOTECILLA, Rafael, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1978, Tomo II, p. 286. Después de la reforma procesal penal, el texto del profesor Mauricio Duce es básicamente lo único que se ha escrito sobre el tema. Vid. DUCE, Mauricio, *Op. cit.*

medida los requisitos pueden encontrarse en distintos ordenamientos, lo que resulta esencial para el análisis de la aplicabilidad de las nociones desarrolladas en los Estados Unidos a la realidad nacional.

5.2.1 Relevancia o pertinencia de la prueba pericial:

El problema de la pertinencia en el caso de la prueba pericial se ve muy acentuado porque la economía procesal parece estar en mucho mayor riesgo a propósito de esta institución. Los problemas propios de la figura del peritaje relacionados al uso eficiente de recursos dan cuenta de ello y, por lo mismo, reflejan la necesidad de poner especial atención en una adecuada gestión en este sentido.

En Chile, la pertinencia se encuentra regulada de manera negativa en el artículo 276 del C.P.P. relativa a la generalidad de la prueba y de su exclusión. En ese artículo ordena al juez excluir la prueba que resulta “manifiestamente impertinente”, lo que el artículo 314 hace aplicable expresamente respecto de la prueba pericial. Adicionalmente, el artículo 314 en su inciso segundo de manera positiva señala que la procedencia del informe de peritos queda supeditada a la necesidad de apreciar un hecho o circunstancia relevante para la causa.

Por cierto, la pertinencia entendida en el sentido general, aplicable a todos los medios de prueba, esto es, como la relación lógica entre el medio de prueba y el hecho que se pretende acreditar y que es objeto del debate en juicio, debe ser respetada en el caso de la prueba de peritos. Desde esta perspectiva, el testimonio de expertos del cual las partes pretenden valerse debe tener relación lógica con el hecho a probar. No se trata de un cálculo demasiado difícil, por lo que, en general, no debiera tratarse de un tema que se preste para discusiones en la fase intermedia de los procesos penales. Así, por ejemplo, en el caso de un delito de violación, para determinar la consumación del hecho punible por parte del imputado, la prueba pericial de ADN sería pertinente en atención a las características particulares del caso, mas no lo sería una prueba pericial caligráfica.

Pero mirando a la institución del peritaje en el proceso penal es posible concebir una segunda interpretación del concepto de pertinencia o relevancia. Es la que se denomina en

doctrina norteamericana “relevancia legal”.¹⁹⁶⁻¹⁹⁷ En este nivel de análisis caben no sólo consideraciones en torno a la relación lógica del medio de prueba con el hecho a probar, sino también algunas de orden más bien utilitarista. En términos de Duce, “*se relaciona con un análisis de costo y beneficio en que el juez debe pesar los aspectos favorables que la introducción de la prueba puede producir en juicio en contra de los potenciales perjuicios que pudiera generar la incorporación de al mismo*”.¹⁹⁸ Alan Gold, a propósito de la forma en que se ha enfrentado jurisprudencialmente este problema en el sistema judicial norteamericano, señala una serie de ponderaciones que resultan relevantes para determinar la admisibilidad de la prueba pericial, las que a continuación se exponen sucintamente:

- a) **Aporte probatorio versus prejuicio del juzgador:** Se relaciona con el problema del peso que suele tener este medio de prueba en el convencimiento del juzgador por el mero hecho de ser una opinión experta. De acuerdo a esta ponderación, el juez debe comparar el valor probatorio que el peritaje puede producir versus el perjuicio que el mismo puede causar. Si el segundo es mayor, la prueba debiera ser declarada inadmisibile.¹⁹⁹
- b) **Valor probatorio versus costos materiales y humanos:** No debiese admitirse la prueba pericial cuya práctica implicara costos materiales y humanos excesivamente altos en comparación con la fuerza probatoria que puede producir en el juzgador. Esta ponderación es una forma adecuada de entender los problemas de costos y eficiencia relativos a la prueba pericial más arriba expuestos. Reconocemos, en relación a este punto, una posible decisión político-criminal en orden a una apropiada utilización de recursos. Los costos involucrados en la prueba pericial hacen necesaria la utilización de

¹⁹⁶ GOLD, Alan, Op. cit., p. 57.

¹⁹⁷ Una aproximación de la doctrina nacional puede encontrarse en COLOMA, Rodrigo, Op. cit., p. 16.

¹⁹⁸ GOLD, Alan, Op. cit., p. 57.

¹⁹⁹ Duce da un ejemplo de esta comparación: “*Supongamos que en un juicio en que se acusa a una persona de cometer actos de pedofilia contra niños de ambos sexos la fiscalía intenta hacer valer pericias que acrediten que esta persona tiene el perfil psicológico de un homosexual. La fiscalía podría argumentar que tal gestión resulta necesaria para acreditar la relación lógica entre su condición y tendencias patológicas como la pedofilia. Sin embargo, este medio de prueba no sería “jurídicamente relevante”, toda vez que la inferencia que podría derivarse de la misma resulta demasiado lejana en comparación con el perjuicio que podría producirse en el juzgador acerca del imputado*”. Vid. DUCE, Mauricio, Op. cit., p 80.

critérios para determinar la procedencia del medio de prueba, de acuerdo a una previa clasificación de casos. Consideramos que la trascendencia del bien jurídico protegido corresponde a un criterio válido para esa determinación.²⁰⁰

- c) **Valor probatorio versus influencia indebida en el juzgador:** Acá se trata de comparar el valor probatorio que la prueba pericial puede producir con el riesgo de que la misma sea valorada de manera errónea. A diferencia de la primera ponderación, en ésta la preocupación no se centra en evitar un perjuicio para el acusado, sino una errónea valoración del peritaje en cuanto medio de prueba. Es lo ocurriría si la introducción del peritaje dificultare más la solución del caso que se trate (como por ejemplo cuando no existe posibilidad real de contra examinar el peritaje, que es lo que puede ocurrir respecto de información que no es de acceso público). También cuando su introducción en juicio pudiere generar confusión en el juzgador, como puede ocurrir en el caso en que la prueba pericial busca determinar la credibilidad de un testigo, pero al mismo tiempo esa información corre el riesgo de ser valorada como prueba del fondo (es lo que puede ocurrir cuando el prestigio del experto es desproporcionado en comparación con la confiabilidad del peritaje específico).²⁰¹

Consideramos que en el juicio de pertinencia o relevancia de la prueba pericial no puede dejar de lado la consideración de ninguno de los criterios expuestos, tanto respecto de la “relevancia lógica” como de la “relevancia jurídica”. Un juicio que considere todas estas variables haría más racional la utilización de la prueba pericial en juicio, lo que se traduciría en

²⁰⁰ Una decisión de este tipo, que atienda al aspecto económico de la aplicación de la prueba pericial, resultaría útil en el sistema procesal penal chileno. Es un hecho que el ministerio público solicita pruebas periciales ampliamente, lo que sobrecarga a instituciones públicas que prestan asesorías expertas y hace menos eficiente el sistema en general. Una determinación política criminal en este sentido permitiría reservar la prueba pericial para casos justificados, dejando fuera aquellos que no califiquen. Consideramos que un criterio válido, en este sentido, es la relevancia del bien jurídico involucrado o el grado de afectación del mismo. De este modo sería posible que sólo cierto tipo de delitos (aquellos en que están involucrados bienes jurídicos de especial relevancia o en que estos se vieran afectados de determinadas formas) debieran permitir la aplicación de la prueba pericial.

²⁰¹ Alan Gold menciona un ejemplo clarificador: Albert Einstein sería excluido como perito en cualquier materia ya que, siendo conocido como a persona más inteligente del mundo, su sola palabra debiera ser decisiva para resolver un caso, aun cuando no fuere en las áreas más nucleares de su conocimiento experto. En GOLD, Alan, Op. cit., p. 58.

una utilización más adecuada de recursos al interior del sistema judicial y en evitar una influencia indebida para el tribunal que conocerá el asunto.

5.2.2 Necesidad de un conocimiento experto:

Un requisito considerado esencial para que proceda el peritaje al interior del proceso es la necesidad de un conocimiento experto. Es algo que se deriva de la naturaleza de la institución en estudio, pues justamente es el hecho de existir información propia de un arte ciencia u oficio desconocido para el promedio de la gente lo que justifica la utilización de la prueba pericial. En la medida en que no se trate de un saber propio de una determinada área del conocimiento sino que el común de las personas lo maneje, no sería necesario recurrir a un testimonio experto. Como dice Denti: *“En todos los ordenamientos existe, en efecto, un límite al empleo de la ciencia privada del juzgador, y es el que determina, de modo general, la admisibilidad de recurrir a la prueba pericial, permitida cuando sea necesario el empleo de nociones que van más allá del patrimonio cultural del hombre medio”*.²⁰²

En términos de Duce, el testimonio experto resulta necesario cuando se trata de un ámbito del conocimiento que se encuentra fuera de la experiencia común, fuera del conocimiento del tribunal o que no es susceptible de ser comprendido a cabalidad sin la ayuda de un especialista. Para este autor, en la medida en que el tribunal esté en condiciones de comprender el hecho, hacer juicios, sacar inferencias o arribar a conclusiones sin que para ello deba escuchar previamente a un experto, no sería *necesario* un conocimiento experto y, por lo mismo, la prueba pericial debiera declararse inadmisibile.²⁰³

Los objetivos en este nivel de análisis serían los de evitar la presentación de prueba superflua y evitar que la labor del experto sustituya a la del juez.²⁰⁴ Sin perjuicio de ello, somos de la opinión que el hecho de que el tribunal esté familiarizado con el conocimiento que se trate no puede servir de justificación para legitimar el aprovechamiento del *saber privado del juez*. En

²⁰² DENTI, Vittorio, “Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador”, ponencia general presentada en el V Congreso Internacional de Derecho Procesal, México D.F, México, 1972. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/13/art/art1.pdf>, revisado por última vez el 19 de enero de 2010, p. 2.

²⁰³ DUCE, Mauricio, Op. cit., p 64.

²⁰⁴ Ibidem.

consecuencia, creemos que la falta de necesidad de un conocimiento experto se da cuando se trata de información que el juez detenta en cuanto miembro de una comunidad (es decir, cuando se trata de información que es pública y notoria), mas no cuando se trata de un ámbito del conocimiento especializado y que el juez maneja por simple coincidencia.²⁰⁵

Es importante destacar a este respecto que el carácter especial del conocimiento propio del experto se trata de un elemento relativo, que varía en el tiempo. Esto se relaciona con el hecho de que el nivel de conocimientos del “hombre medio” no es siempre el mismo, tendiendo a ir acrecentándose con el paso del tiempo. Por eso, en el contexto de un juicio la necesidad de recurrir a un experto para que incorpore sus conocimientos al proceso puede no siempre existir. Dependerá, en definitiva, de lo que en el momento en particular pueda considerarse como parte del patrimonio cognoscitivo de una comunidad. Será labor de la parte que pretende valerse de la prueba pericial en el proceso demostrar que el ámbito de conocimiento de que se trata se encuentra fuera de lo comprensible por el hombre común y que, por lo mismo, resulta necesaria la intervención de un tercero experto.²⁰⁶

Debe precisarse que, en conformidad con este requisito, no se trata simplemente que el peritaje sea un medio de prueba *útil* para lograr el convencimiento del juzgador más allá de toda duda razonable acerca de las afirmaciones de hecho formuladas por los intervinientes. Antes bien, la prueba pericial debe ser *necesaria*, esto es, un lego debería llegar a una conclusión errónea sin la ayuda de un experto o debiera tratarse de conclusiones a las que sencillamente no podría llegarse sin una asesoría experta.

En un segundo nivel, la necesidad de la prueba pericial significa que no debe ser posible incorporar la información respectiva al proceso sino a través de la actuación de un perito. Si se trata de información que puede hacerse valer por un medio de prueba que no sea el peritaje, ese debe ser el utilizado. Gold da como ejemplo de esta forma de entender la necesidad de la prueba de peritos lo que ha ocurrido con la jurisprudencia canadiense, donde el testimonio experto

²⁰⁵ Consideramos que la imposibilidad de aprovechar el saber privado del juez es más acorde con un sistema procesal como el chileno, caracterizado por ser adversarial. Sobre el particular, Vid. Cap. III, 6.

²⁰⁶ En términos de Denti: “*Esta necesidad variable e históricamente relativa, en función del continuo aumento del nivel cultural común, señala el límite más allá del cual la prueba se vuelve científica, es decir, que requiere para su valoración la utilización de conocimientos que rebasan los del juzgador como hombre medio*”, en DENTI, Vittorio, Op. cit., p. 2.

acerca de las razones de la denuncia tardía de la víctima en delitos sexuales ha sido declarado innecesario cuando la misma víctima está en condiciones de explicar con claridad en juicio aquello.²⁰⁷

En el caso chileno, el C.P.P. recoge el requisito de la necesidad en el artículo 314, el cual señala que, para que proceda la prueba pericial, debe ésta resultar *necesaria y conveniente*. Como señala Duce, este último término no debe entenderse en el sentido de ser una matización del requisito de necesidad de un conocimiento experto, pues de ser así se daría al juez discrecionalidad para determinar la admisibilidad del peritaje, lo que atentaría contra la necesidad que debe estar presente como presupuesto para su aplicación. Con respecto a este punto, estamos de acuerdo con Duce cuando señala que la norma debe entenderse en el sentido de otorgar al juez un cierto nivel de discrecionalidad, mas únicamente para casos en que es dudosa la necesidad del conocimiento experto. De esta forma, en lo que respecta al requisito en estudio, lo que corresponde al juez no es un juicio de oportunidad o conveniencia de la prueba pericial, sino sólo de determinación de si el conocimiento experto resulta o no necesario en el caso particular. En consecuencia, en los casos en que resulta clara la necesidad o la no necesidad del conocimiento experto, el juez deberá declarar la prueba admisible o inadmisibile, respectivamente.²⁰⁸

En el caso de los Estados Unidos, Alan Gold observa que la necesidad de un testimonio experto ha sido entendida como un estándar alto de admisibilidad. Probablemente lo más llamativo a este respecto es la exclusión de prueba pericial tendiente a determinar la imputabilidad de un sujeto. Según señala este autor, es frecuente en Canadá y en los Estados Unidos la exclusión del testimonio experto cuando está destinado a tal efecto, en razón de que se presume que un tribunal está perfectamente calificado para determinar cuándo la mente de una persona opera normal o anormalmente.²⁰⁹

En buena medida, estas precauciones relativas a la necesidad del conocimiento experto son la consecuencia de la asimilación de los problemas que la prueba pericial involucra y que

²⁰⁷ GOLD, Alan, Op. cit., p. 65.

²⁰⁸ DUCE, Mauricio, Op. cit., p. 85.

²⁰⁹ GOLD, Alan, Op. cit., p. 61.

más arriba se exponen. En definitiva, la prueba pericial no tiene una procedencia idéntica a la del resto de los medios de prueba, sino que hay circunstancias mucho más estrictas que deben concurrir para que sea un medio de prueba utilizable por los intervinientes en el proceso penal.

Proponemos que, a partir de un correcto entendimiento del requisito de la necesidad de la prueba pericial, es posible dejarla fuera de una serie de casos en los que es aplicada de manera frecuente. Particularmente, a pericia psicológica y psiquiátrica será más adelante objeto de estudio haciendo aplicación de las nociones aquí expresadas.

5.2.3 Idoneidad del perito:

La idoneidad del perito se refiere a las condiciones que debe reunir la persona del experto para que su declaración pueda ser incorporada al proceso. Corresponde a un requisito que responde a la propia institución de peritaje, pues si de lo que se trata es de la opinión de una persona especializada en una determinada arte, ciencia u oficio, una condición mínima es cerciorarse de que esa persona efectivamente cuente con un nivel de conocimientos adecuado.

En Chile, este requisito se encuentra recogido en el inciso primero del artículo 314 del C.P.P., que señala: “El ministerio público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar en la audiencia de preparación del juicio oral que éstos fueren citados a declarar en juicio, acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito”.

Cabe pues, la discusión acerca de cuál es un nivel de conocimiento adecuado. En los sistemas en que el peritaje es concebido como una función auxiliar a la que puede recurrir el juez, suele preestablecerse parámetros rígidos según los cuales se puede determinar fácil y objetivamente que una persona detenta un nivel de conocimientos aceptable. Por lo general, los expertos en este sentido deben contar con algún título profesional reconocido por el Estado o con

alguna certificación parecida. Además, suele preferirse a los expertos del sector público por sobre a los del sector privado.²¹⁰

Por el contrario, en sistemas en que rige un modelo adversarial y en donde la pericia se asimila a un medio de prueba más, motivado y aportado por las partes, existe más flexibilidad para la acreditación de la idoneidad de la persona del experto. En estos sistemas, en general, no hay parámetros predeterminados para saber si una persona cuenta o no con un nivel de conocimientos suficiente (como podría ser la exigencia de que se cuente con un título profesional), sino que se deja en libertad a las partes o intervinientes para que estas lo acrediten como lo estimen conveniente.

En definitiva, la acreditación de la idoneidad del perito en un sistema que no establece requisitos de forma como el chileno, queda determinada por el tipo de conocimiento experto que se trate. Sin perjuicio de ello, si de lo que se trata es de una disciplina científica, en general serán más útiles los títulos profesionales, los certificados de estudios de especialización y otras formas de acreditación similares. Tratándose de un arte, oficio u otro campo del conocimiento no reconocido como científico, debiera resultar más relevante la experiencia práctica que pueda tenerse. Será labor de la parte interesada probar la idoneidad del perito, de la contraria la de desacreditarlo y del tribunal la de calificar el mérito de los antecedentes que lo son presentados.

Se trata de una operación eminentemente casuística, pues las partes deberán trabajar para acreditar la idoneidad personal del perito a partir de las circunstancias particulares del caso, de modo tal que no quepan dudas que en la materia que se debate en el caso, el perito respectivo tiene un manejo aceptable. Lo relevante a este respecto es que la experticia de una persona debe centrarse en el área de conocimientos que resulta relevante en el caso en particular. Así por ejemplo, si en el proceso se hace valer el testimonio experto de un perito balístico, un peritaje psicológico de su parte no debiera tener cabida, por muy ducho que sea el perito en el ámbito de

²¹⁰ Lo que ocurría en el antiguo procedimiento penal en Chile es un ejemplo de modelo en que la función del perito era vista como una auxiliar de la labor judicial y en donde se cumplen las condiciones que se señala. Al respecto, Vid. Supra Cap. I, 6.

la psicología. En definitiva, el hecho de ser experta la persona del perito en algo no lo habilita para hablar de cualquier cosa.²¹¹

Pero aún más, la experticia del perito debe versar específicamente sobre el punto controvertido respecto del cual se presenta. De esta forma, si el testimonio experto de un médico oftalmólogo se presenta para acreditar la visión de un testigo y se acredita su idoneidad en esa especialidad médica, no debiese considerarse lo que éste pudiera decir, por ejemplo, en relación a las condiciones psíquicas de la persona del testigo (que corresponde a un juicio que debiera emitir un psiquiatra, con una especialidad distinta a la suya).

A este respecto, Duce distingue el juicio de admisibilidad del peritaje del que se hace para determinar su credibilidad. El primero busca determinar si la persona del perito tiene los mínimos conocimientos necesarios para deponer como testigo experto en juicio. Se trata, en definitiva, de un umbral con exigencias relativamente bajas y de un juicio que se practica en la fase intermedia del proceso penal. El segundo examen, por su parte, no busca determinar si el perito reúne las condiciones necesarias para dar su testimonio en juicio (pues se entiende que ya se ha acreditado que ya las tiene). En cambio, lo relevante acá será determinar cuán bueno es el perito, es decir, se trata de un asunto de credibilidad y no de admisibilidad. Este examen corresponderá hacerlo en el juicio oral y en el desempeño del tribunal respectivo de valorar la prueba presentada.²¹²⁻²¹³

5.2.4 Licitud de la prueba pericial:

Como todo medio de prueba, el peritaje debe ser lícito, es decir, debe realizarse sin vulneración de garantías fundamentales. Entendiendo que la prueba ilícita es una infracción que se produce en una fase “preprocesal”, esto es, en la fase de investigación, en el caso de la prueba pericial es una infracción identificable en el reconocimiento del perito. En efecto, es cuando el experto se contacta con la persona, hecho o cosa objeto de la pericia especialmente cuando

²¹¹ DUCE; Mauricio, Op. cit., p. 97.

²¹² DUCE, Mauricio, Op. cit., p. 97.

²¹³ En Chile, el artículo 318 C.P.P. faculta a los intervinientes para que éstos, durante la declaración del perito en la audiencia de juicio oral, le dirijan preguntas orientadas a determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones.

puede atentarse contra los derechos fundamentales de las personas. Por lo mismo, es dable pensar que no se trata propiamente de un problema de la prueba pericial (la que está constituida fundamentalmente por la declaración del experto en juicio), sino de la forma en que se han obtenido los antecedentes o elementos para que sea posible que el experto se forme un juicio, emita su informe y declare en las audiencias orales.²¹⁴

Naturalmente, en el caso de la prueba pericial deben seguirse las reglas generales. En consecuencia, si una prueba es obtenida con inobservancia de los derechos constitucionales o de aquellos contenidos en tratados internacionales vigentes en Chile, la prueba simplemente debe ser excluida.

Probablemente el caso más paradigmático de prueba pericial ilícita, es aquella en que existe una obtención de muestras corporales sin el consentimiento de la persona sobre quien se practica la prueba. Como se sabe, la preocupación central en este ámbito es la protección del derecho a la privacidad de las personas, en particular del imputado en un juicio penal determinado y en relación a su cuerpo.

Desde el punto de vista del derecho chileno (y del derecho comparado en general), el limite existente en relación a la toma de muestras corporales es el respecto a la dignidad del interesado.²¹⁵ Pese a lo ambiguo del término, es posible llegar a la conclusión de que pruebas inocuas, como las imágenes radiológicas, las muestras de fluidos corporales o de partes insensibles del cuerpo (como las uñas o el pelo), las pruebas dactiloscópicas y las pruebas

²¹⁴ El reconocimiento no está expresamente contemplado en la legislación chilena como parte de la labor pericial, pero es de toda lógica entenderlo como fase de la labor que realiza un testigo experto. En efecto, mal podría desempeñar su labor el perito sin tener contacto con el hecho, persona o cosa sobre la que versará su declaración o informe. Sobre el particular, Vid. *Supra* Cap. I, 7.

²¹⁵ El artículo 197 del C.P.P. señala: “Si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales del imputado o del ofendido por el hecho punible, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado.

Si la persona que ha de ser objeto del examen, apercibida de sus derechos, consintiere en hacerlo, el fiscal o la policía ordenará que se practique sin más trámite. En caso de negarse, se solicitará la correspondiente autorización judicial, exponiendo al juez las razones del rechazo.

El juez de garantía autorizará la práctica de la diligencia siempre que se cumplieren las condiciones señaladas en el inciso primero”.

caligráficas, no tendría, en principio, asociado el riesgo a la infracción de garantías fundamentales.²¹⁶

El problema se presenta cuando existe negativa por parte del sujeto a realizarse pruebas, cuestionándose si es posible que el tribunal de garantía autorice su práctica de manera coactiva. López da cuenta de que el Tribunal Constitucional español, en este sentido, ha solido ser de la negativa, fundándose en la prohibición constitucional de cometer tratos degradantes. En cambio, sólo serían posibles amenazas sobre las sanciones que la negativa pudiera significar o relativas a la valoración que pudiera realizarse a partir de los indicios existentes. Para este autor, la solución sería también aplicable en Chile, donde también es posible encontrar prohibiciones pertinentes a nivel de la Constitución Política de la República, de tratados internacionales y de leyes.²¹⁷

5.2.5 Confiabilidad del peritaje:

La confiabilidad del peritaje dice relación con cierto grado de *reconocimiento*, formal o informal, que debe tener el tipo de peritaje que se realiza. De lo que se trata es que, por diversas razones, no todo tipo de testimonio experto resulta satisfactorio en el contexto de un proceso judicial, no por las características particulares de la persona del perito, sino por la desconfianza que la propia arte, ciencia u oficio produce.

En el C.P.P. chileno, el requisito de confiabilidad del peritaje se desprende del tenor del artículo 316, que señala: “El juez de garantía admitirá los informes y citará a los peritos cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de solicitudes de prueba, considerare que los peritos y sus informes otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo”. Con todo, no resulta claro el alcance que corresponde dar a las expresiones “seriedad y profesionalismo”. La jurisprudencia en este sentido no ha sido un verdadero aporte esclarecedor.

²¹⁶ Siguiendo a López, aunque la prueba dactiloscópica no se encuentra expresamente reguladas en el C.P.P., debe entenderse comprendida dentro de las “otras pruebas” a las que hace referencia el artículo 197. Por su parte, la prueba caligráfica está regulada en el artículo 203, que faculta a los fiscales a solicitar al imputado que escriba en su presencia para realizar pericias caligráficas, pudiendo solicitar la autorización del juez de garantía si se negare. En LÓPEZ, Julián, Op. cit., t. I, p. 104.

²¹⁷ Estas disposiciones serían el artículo 19 número 1 de la Constitución Política, artículos específicos de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 93 y inciso segundo del C.P.P. En LÓPEZ, Julián, Op. cit., t. I, p. 101.

En razón de eso, a continuación se exponen lineamientos teóricos que consideramos pueden ser un aporte en la práctica de los tribunales con competencia en lo penal.

La justificación de que el peritaje deba ser confiable, radica en que no todo ámbito del conocimiento está dotado de un nivel de aceptación suficiente para ser reconocido como materia válida de declaración experta en juicio. Se trata de una realidad que trasciende el contexto judicial, pues es un hecho que hay disciplinas o áreas de experticia que culturalmente son más aceptadas que otras, lo que generalmente está asociado a un cierto desarrollo teórico- práctico y a un determinado grado de “tradicón”. En lo que se refiere al proceso judicial, la confiabilidad constituye probablemente el requisito de admisibilidad del testimonio experto más difícil de interpretar. El problema radica en la dificultad de diferenciar lo que es un conocimiento confiable del que no lo es.

En este sentido, la ciencia ha sido entendida como el parámetro de racionalidad por excelencia, y rango al que una disciplina debe necesariamente aspirar para estar dotado de suficiente reconocimiento social. En la medida en que un determinado ámbito es considerado ciencia, es dotado de un reconocimiento social que se traduce en confiabilidad. Lo que acontece en el proceso judicial no es una excepción en ese sentido, asumiéndose la ciencia como el tipo de conocimiento más confiable para utilizar en juicio como materia de testimonio experto.

Ahora bien, en términos generales, la ciencia no es identificada en cuanto objeto, sino por los procedimientos que ocupa. Desde este punto de vista, el denominado “método científico” ha sido por muchos años la forma concebida como más acertada para identificar un determinado conocimiento como ciencia. En otras palabras, una disciplina que no hace aplicación del método científico en su operatividad, no es ciencia. El “método científico”, a su vez, puede ser definido como el proceso continuo a través del cual la comunidad científica construye, de manera confiable, consistente y no arbitraria, una representación del mundo real. Se trata de un proceso constituido por una serie de pasos lógicos y de eficacia demostrable, tendientes a explicar los fenómenos del mundo real y a predecir los del futuro.²¹⁸ Estos últimos son los siguientes:

²¹⁸ GOLD, Alan, Op. cit., pp. 79 y 80.

- (1) Observación y descripción de los fenómenos. Obtención de conclusiones generales a partir de los mismos.
- (2) Integración de nuevos datos con información obtenida de observaciones ya confirmadas.
- (3) Formulación de hipótesis testeables basadas en los resultados de esa integración.
- (4) Prueba de esas hipótesis bajo condiciones controladas y constantes.
- (5) Observación de los resultados de esas pruebas, registro de los mismos. Interpretación de esos datos de manera lógica y clara.
- (6) Búsqueda activa de *feedback* por parte del resto de la comunidad acerca de los métodos usados y las conclusiones obtenidas.²¹⁹

Dentro de estos requisitos el más importante como criterio de determinación del método científico es la falseabilidad de las hipótesis (entendido dentro de la necesidad de que las hipótesis resulten testeables). En efecto, el mismo ha sido por muchos años el criterio determinante del carácter científico de una determinada área del conocimiento. El más emblemático estudioso en este sentido es Karl Popper, para quien el criterio de demarcación de la ciencia es la posibilidad de la falsear la hipótesis respectiva. De esta forma, la corroboración de una determinada hipótesis no la comprobaría, pero la contradicción de la misma por un acontecimiento empírico determinado la refutaría.²²⁰ Por el contrario, una teoría dogmática (y no científica) será aquella que no permite ser falseada, y será llamada por Popper “teoría pseudo científica”. Según Popper, dentro de la estructura de estas últimas no es posible un acontecimiento empírico que las refute.²²¹

²¹⁹ Fases del método científico formuladas David Faigman, citado por Gold, Alan, Op. cit., p. 80.

²²⁰ Así por ejemplo, de acuerdo con Popper, frente al enunciado “todos los cisnes son blancos”, la constatación de que existe un cisne blanco no prueba la teoría, pero la prueba de que hay un cisne negro la refuta.

²²¹ Dentro de las “pseudociencias” más emblemáticas a las que se refiere Popper se encuentran el psicoanálisis y el marxismo. Para este autor, ninguna de las dos específicas nunca bajo qué condiciones aceptaría que se trata de una teoría falsa. Sobre el particular, Vid. POPPER, Karl, referido por PÉREZ,

Los mencionados son los criterios que identifican, a fin de cuentas, el conocimiento científico. Sin embargo, es necesario tener presente que no excluyen, en principio, otros ámbitos de conocimiento como objetos de experticia. Es decir, que un conocimiento no sea calificado como ciencia no significa que no pueda haber especialización en esa área ni que la misma no pueda estar dotada de un cierto reconocimiento social. De hecho, como veremos, un conocimiento no científico no tiene por qué quedar excluido *per se* como objeto de testimonio experto en juicio. De lo que aquí se trata es simplemente de que no califica como conocimiento científico aquel que se desarrolla sin sujetarse a los procedimientos más arriba descritos.

Con todo, el hecho de que lo que caracterice a la ciencia sea el conjunto de procedimientos que usa es en cierto sentido una virtud. En efecto, permite que el conocimiento técnico y científico pueda prosperar con el tiempo, lo que es posible gracias a que nuevos tipos de conocimiento puedan adaptarse al método científico. En otras palabras, en la medida en que la ciencia no se identifica según lo que es, sino según la forma en que opera, el campo de lo que se entiende por ciencia puede crecer y, de ese modo, permite que nuevos desarrollos teóricos y prácticos detenten un propicio nivel de aceptabilidad social. Asimismo, el carácter procedimental del método científico es también una guía dentro de un universo indeterminado de tipos de conocimiento con aspiraciones de ser confiables. Desde la perspectiva de un consenso social en relación a lo que debe entenderse por ciencia, en teoría debe resultar más fácil saber “en qué confiar”.

Pero más allá de la discusión de índole ontológica sobre qué es ciencia, a nivel judicial no resulta sencillo establecer reglas precisas sobre qué debe considerarse un peritaje confiable. Esto resulta particularmente relevante, pues la falta de criterios da pie para que, en el contexto de un proceso, se haga valer sin mayor discusión peritajes propios de ámbitos que, a lo menos, resultan de dudosa confiabilidad.²²² En este sentido, creemos que en el sistema judicial penal

Carlos, *Sobre un concepto histórico de ciencia: De la epistemología actual a la dialéctica*, Editorial LOM, Santiago, 1998, pp. 89 y ss.

²²² Según Mirjan Damaska la aparición de estos criterios de admisibilidad de la prueba en el *common law* es una consecuencia de la falta de exigencia de motivación del juicio sobre los hechos. La precaución es que no sean incorporados medios de prueba poco fiable para evitar que en la valoración de los mismos se les otorgue un peso excesivo. En algún sentido, se trata de reglas que pretenden garantizar *ex ante* una mayor racionalidad general de las decisiones sobre los hechos a costa de excluir elementos de juicio que,

chileno, a partir de la oralidad, el carácter adversarial y la intermediación introducidos por la reforma procesal penal del año 2000, resulta conveniente tomar el modelo del desarrollo legislativo y jurisprudencial de los Estados Unidos. En ese país, durante la última década se han afirmado criterios perfectamente aplicables a nivel de los tribunales nacionales.

Efectivamente, en los Estados Unidos la forma de entender la admisibilidad del testimonio experto en juicio ha sufrido cambios radicales durante los últimos diez años. En buena medida esta se trató de una reacción frente al inmenso avance técnico y científico de la segunda mitad del siglo XX, entendiéndose que, en ese contexto, resultaba especialmente importante la labor de especialistas en juicio que pudieran poner al alcance de jurados legos información que quedaba fuera de su entendimiento en cuento hombres de conocimiento promedio. La preocupación por la confiabilidad del peritaje fue fundamental en este sentido, lo que se explica por el carácter parcial, motivado y aportado por parte que es atribuido al testimonio de expertos en los sistemas anglosajones y por la inmensa influencia que suele provocar en el convencimiento de los jurados.²²³⁻²²⁴ En definitiva, las pretensiones de racionalidad del sistema hacían necesario poner especial atención en lo confiable de la información experta que se introducía al juicio por las partes.

Los cambios aludidos se dieron en el ámbito jurisprudencial y en el legislativo. En el primero, fue el caso Frye de 1923 el que sentó las bases de lo que luego sería la “trilogía” de la década de los 90, esto es, tres fallos de la última parte del siglo XX que revolucionaron la forma de entender el testimonio experto y su admisibilidad en juicio. Por su parte, en el ámbito legislativo las modificaciones a las Normas Federales de Evidencia (*Federal Rules of Evidence*) en lo que respecta a admisibilidad de testimonio experto, son una repercusión de lo que venía ocurriendo en la jurisprudencia. Todo esto se trató de esfuerzo por racionalizar el juicio de admisibilidad del testimonio experto. En términos de Alan Gold: “*El sistema adversarial fue*

aun con un valor relativamente escaso, pudieran aportar información relevante. Referido por FERRER, Jordi, Op. cit., p. 44.

²²³ Alan Gold menciona al respecto un estudio realizado en los Estados Unidos en el que se refleja la gran influencia de la utilización de peritos en los jurados. En él, un cuarto de los ciudadanos que habían ejercido como jurados señaló que, de no haber mediado la prueba científica en juicio, ellos habrían cambiado su veredicto de culpable a no culpable. En GOLD, Alan, Op. cit. P. 12.

²²⁴ Sobre la naturaleza jurídica de la prueba pericial en los sistemas anglosajones y su comparación con la forma tradicional de entender la institución en los sistemas continentales, Vid. Supra Cap. I, 3.2.

*percibido como inadecuado para asegurar la justicia intelectual, por lo que el baremo tuvo que ser elevado, asignándosele la función de porteros a los tribunales para así salvaguardar la virtud científica de la evidencia experta. Los tribunales federales fueron dotados de un nuevo poder para determinar lo que sería oído por el jurado como evidencia experta”.*²²⁵

En efecto, en Estados Unidos hasta el año 1993 regía lo que había sido establecido en el caso Frye de 1923.²²⁶ En aquél, un hombre llamado James Alphonse Frye, acusado de homicidio, fue sometido al detector de mentiras, que señaló su inocencia. Sin embargo, la Corte de distrito no admitió el testimonio experto de quien sometió a esta prueba al acusado en razón de que el detector de mentiras se fundaba en presupuestos que en ese entonces no habían ganado *“reconocimiento científico suficiente entre los entendidos de fisiología y psicología”*. Este razonamiento fue confirmado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 1923, sentando un precedente que se aplicó por setenta años.

De acuerdo con Frye, el testimonio experto, para ser admitido en juicio, debía aprobar un “test de aceptación general”, según el cual la disciplina representada por el experto debía estar dotada de un cierto nivel de reconocimiento en la comunidad. Posteriormente la Corte Suprema del Estado de California en el caso Kelly de 1976 estableció que, para el caso de principios o técnicas científicas novedosas, quien presentaba la prueba debía persuadir al juez de que los mismos habían sido establecidos de tal forma que hubieren ganado aceptación general en el área al cual corresponde.²²⁷ Se buscaba, de esta forma, que el conocimiento experto incorporado al proceso se funde en un acuerdo general o consenso dentro de la comunidad correspondiente, aun cuando los jueces tuvieran conclusiones en virtud de las cuales se dudara de la fiabilidad de una evidencia científica.²²⁸⁻²²⁹

²²⁵ GOLD, Alan, Op. cit., p. 31 (la traducción es nuestra).

²²⁶ Frye v. United States, 3968 U.S. (1923). Texto completo disponible en http://www.daubertontheweb.com/frye_opinion.htm, visitado por última vez el 19 de enero de 2010.

²²⁷ People v. Kelly, 17 cal.3d24, 130Cal.Rptr.144,549 P.2d1240 (1976).

²²⁸ Sobre el particular, vid. MÉNDEZ, Miguel, “Prueba pericial en Estados Unidos de América”, en *La prueba en el nuevo proceso penal*, editorial LexisNexis, Santiago, 2003, pp. 81 y ss.

²²⁹ Según señala Miguel Méndez, en el estado de California el precedente de Kelly suele hacerse primar por sobre el de Daubert, lo que ocurre cuando la admisibilidad de la opinión de un experto es impugnada sobre la base de que se fundamenta en principios o técnicas científicas novedosas que carecen de de parte de los expertos en el área. En MÉNDEZ, Miguel, Op. cit., p. 92.

Naturalmente, el estándar de “aceptación general” que se proponía en Frye y en Kelly (estándar Frye/Kelly) se trataba de una determinación que sólo al juez de la causa correspondía hacer, resultando del todo discrecional e incontrolable. El precedente sentado por estas jurisprudencias, en consecuencia, resultaba insuficiente a la hora de definir qué debía entenderse por peritaje confiable, por lo que no era un verdadero aporte a la labor judicial.

La solución vino recién en la década de los 90. Más específicamente, fueron tres las jurisprudencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos que modificaron el escenario que Frye/Kelly había fijado. A pesar de que se trata de tres casos de responsabilidad civil, los criterios trascendieron a todas las ramas del derecho. La relevancia que tuvieron fue de tal magnitud que cierta doctrina habla de una verdadera revolución de la forma en que el sistema judicial norteamericano, en todos sus ámbitos, entendía el testimonio experto en juicio.²³⁰ Por la importancia de la jurisprudencia desarrollada, para identificar la referida jurisprudencia se habla también de una “trilogía” (*trilogy*). A continuación se detalla los aspectos más destacables de los tres fallos aludidos.

a) Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.²³¹

El primer caso es Daubert y data de 1993. Se trató de un juicio de responsabilidad civil en el cual se demandaba por los daños sufridos por el consumo de un medicamento (Bendectin, producido por el laboratorio Merrel). Según los demandantes, el consumo del mismo por parte de su madre durante sus periodos de embarazo habría sido la causa de una serie de malformaciones en sus personas.²³²

El razonamiento del voto de mayoría parte de la base que el parámetro de Frye resultaba insuficiente para determinar la procedencia del testimonio experto en juicio. Esto ya que las disposiciones contenidas en los artículos 702 y 703 de las Normas Federales sobre Evidencia (*Federal Rules of Evidence*) de 1975 claramente contemplaba un grado de regulación de los

²³⁰ GOLD, Alan, Op. cit.

²³¹ Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. 509 U.S. 579 (1993).

²³² *Ibidem*, pp. 279 y ss.

sujetos y las teorías acerca de las cuales un experto puede testificar.²³³ De acuerdo a la Corte, frente al testimonio experto a los tribunales de justicia les corresponde un rol de “porteros” (*gatekeepers*), es decir, les corresponde filtrar la información que a través de este medio de prueba pretenda incorporarse al proceso, para que sólo ingrese aquella relevante (criterio de *relevancy*) y confiable (criterio de *reliability*).²³⁴

En relación a la relevancia, la Corte expone que el testimonio experto no debe resultar admisible en juicio a menos que el ámbito del conocimiento a la que el experto representa esté lógicamente relacionado con los hechos del caso.²³⁵

Por su parte, la confiabilidad del testimonio experto dice relación con que la labor que la persona del perito realice para un caso concreto se ajuste a los métodos y procedimientos propios de la ciencia.²³⁶

El razonamiento de Daubert es que, en el ámbito del derecho, no debiese aceptarse como conocimiento experto sino aquello que la “buena ciencia” aceptaría como tal, nada menos. Para efectos de concretizar este requisito, fueron formulados cuatro criterios que son una síntesis del método científico para la obtención de conclusiones. La admisibilidad de determinado ámbito del conocimiento en el juicio dejó de ser el producto de la apreciación judicial sobre si esa disciplina era o no reconocida generalmente. De ahí en más, el juez debía sujetarse a parámetros

²³³ Lo que se señalaba era que en los mencionados artículos habría existido un requisito de confiabilidad de la opinión que era incorporada al proceso a través de testimonio experto, lo que se desprendería de las notas del Comité Consultivo encargado de redactar las Normas Federales de Evidencia. Sobre el particular, Vid. MÉNDEZ, Miguel, Op. cit., p. 87 y ss.

²³⁴ Conviene precisar que, a pesar de que suele identificarse a Daubert como el precedente de la aplicación de criterios racionales de admisibilidad del testimonio experto (junto con los casos Joiner y Kuhmo), en realidad los tribunales norteamericanos desde hacía bastante tiempo que realizaban labores como la descrita a partir de las Normas Federales Sobre Evidencia. La verdadera innovación de Daubert fue fijar la obligación de realizar esa determinación en los jueces, cumpliendo éstos la función de “porteros”. Sobre el particular, Vid. BERGER, Margaret, “The Supreme Court’s trilogy on the admissibility of expert testimony”, en *Reference Manual on Scientific Evidence*, Federal Judicial Center, segunda edición, 2000, p. 11.

²³⁵ La “relevancia”, así entendida, es asimilable a la pertinencia lógica. Vid. Supra 5.2.1.

²³⁶ Así entendida, la confiabilidad es más cercano a lo que en la jerga científica se conoce como “validez”. La asimilación de conceptos sería intencional por parte de la Corte en Daubert y buscaría hacer aplicación de los conceptos de las Normas Federales sobre Evidencia. En BERGER, Margaret, Op. cit., p. 12.

concretos para resolver la admisibilidad del testimonio experto, parámetros que son propios de la forma en que la ciencia opera.

En definitiva, se formulan los siguientes requisitos mínimos para que un determinado testimonio sea confiable y por lo mismo pueda ser admitido en juicio.

- 1) **Debe involucrar una hipótesis susceptible de ser sometida a prueba (*hipothesis testing*):** En conformidad con este requisito, la hipótesis envuelta en la declaración experta que se pretende incorporar en un proceso, debe ser posible de confrontar con un determinado grupo de casos del mundo real, de modo tal que sea posible comprobar que lo que en teoría se sostiene se condice con lo que ocurre en la práctica. De hecho, el fundamento de este requisito es que la posibilidad de poner a prueba una hipótesis es lo que distingue a la ciencia de otros ámbitos del conocimiento. Por ello, si tal confrontación no es posible, no se trata de un conocimiento confiable que pueda ser admitido en juicio.²³⁷
- 2) **Debe tratarse de una hipótesis que haya sido sometida a la revisión de los pares y publicada:** Para que un testimonio experto sea admitido en juicio, es necesario que la teoría o la técnica respectiva haya sido sometida a la revisión de pares (*peer review*) y que haya sido publicada. En realidad, son dos requisitos que están muy relacionados pues, en general, el objetivo de la publicación es que el resto de la comunidad especializada se entere de la teoría planteada y realice observaciones pertinentes por la misma vía, demostrado su acuerdo o su desacuerdo con los métodos usados y los resultados obtenidos. Se trata, en general, de que sólo a través de la comunicación de la hipótesis al resto de los entendidos, es posible la legitimación de la misma.
- 3) **Debe existir conocimiento de la tasa potencial de error y de la existencia de estándares que controlan la investigación sobre la cual se basa la teoría:** En conformidad con este requisito es necesario que quienes manejan la hipótesis

²³⁷ Nótese que este requisito es una manifestación de la falseabilidad como criterio demarcatorio de la ciencia y como fase del “método científico”. Sobre el particular, Vid cita 221.

respectiva estén al tanto del margen de error de la misma. En general, una teoría que se aprecie de científica reconoce un margen de error bajo (entre un uno y un cinco por ciento).

- 4) **Debe haber aceptación general de la metodología que subyace a la teoría de la comunidad científica:** A simple vista, podría afirmarse que esta se trata de una reminiscencia de los casos Frye y Kelly, pero ello no es del todo cierto. En realidad, se trata de un requisito bastante más objetivo que el sentado por Frye/Kelly, lo que fue aclarado por jurisprudencia posterior del tribunal supremo. Es así como en el caso Kumho se señaló que el objetivo de este requisito era que al testificar en juicio, el experto empleara en la Corte el mismo rigor intelectual que caracteriza la práctica de un experto en el campo relevante respectivo.²³⁸ Esto quiere decir que la labor de los peritos en juicio debe seguir los procedimientos y técnicas que comúnmente son usados al interior de la comunidad científica, debiendo justificarse suficientemente en caso de alejarse de los mismos.²³⁹

Ahora bien, resulta relevante señalar que los criterios de Daubert no tienen la pretensión de ser exclusivos ni excluyentes, toda vez que se admite la posibilidad de que existan otros potenciales que deban ser respetados igualmente, según las particularidades del tipo de peritaje. Asimismo, se asume que no todo tipo de teoría con pretensiones de científica, por su propia naturaleza, puede ser analizada desde el punto de vista de los cuatro criterios de manera necesaria. En efecto, se reconoce en Daubert que algunas proposiciones son demasiado particulares, demasiado nuevas o demasiado limitadas como para ser publicadas o como para que se maneje un margen de error. En definitiva, la publicación de la teoría que sustenta el testimonio experto, la revisión de los pares en una comunidad científica y el conocimiento del margen de error será “signo de una buena ciencia”, pero no requisitos esenciales de la misma.²⁴⁰ Como veremos, la adaptabilidad de los criterios de Daubert es un punto central en los siguientes fallos correspondientes a la “trilogía”.

²³⁸ Kumho Tire Co. v. Carmichel, 526 U.S. 137 (1999), p. 1766.

²³⁹ BERGER, Margaret, Op. cit., pp. 25 y 26.

²⁴⁰ GOLD, Alan, Op. cit., p. 27.

Con Daubert comienzan los esfuerzos jurisprudenciales por hacer más racionales los criterios para determinar la admisibilidad del testimonio experto en juicio. El objetivo era, por un lado, limitar los conocimientos que podían introducirse al proceso judicial como materia de pericia. De ahí en más sería el método científico el que establecería lo que es utilizable en juicio, diferenciándolo de lo que no lo es (y que comúnmente corresponde a campos de estudios propios de la denominada despectivamente “ciencia basura” o “*junk science*”). Por otro lado, Daubert significó un avance en términos de limitar la discrecionalidad judicial en la determinación de la admisibilidad del testimonio experto en juicio. Si antes le era posible al tribunal una decisión no controlable en este sentido (al corresponderle al mismo solamente la calificación de un saber como “generalmente aceptado”), ahora estaría limitado por criterios delimitados y mayormente controlables.

b) General Electric Co. v. Joiner²⁴¹

Posteriormente, en el caso General Electric Co. v. Joiner de 1997, la Corte Suprema definió los estándares según los cuales el tribunal de apelación debía revisar las causas cuando en la misma hubiesen sido aplicados los criterios de Daubert para determinar la admisibilidad del testimonio experto. Acá, un hombre de 37 años demandaba una indemnización de perjuicios en razón del cáncer que la exposición a los químicos denominados bifenilos policlorados (*polychlorinated biphenyls* o PCB) y sus derivados le habría provocado.

En Joiner, el tribunal de apelación revocó la decisión del inferior, declarando inadmisibile el testimonio experto presentado por el demandante. Según este órgano superior, en conformidad con las Normas Federales de Evidencia el estándar apropiado para revisar la resolución acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad de un testimonio experto en juicio es el “abuso de discreción” (*abuse of discretion*).

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, por su parte, revocó la decisión del órgano de apelación en este punto, declarando que se había hecho bien en primera instancia al excluir el testimonio experto del que pensaba valerse el demandante. Según el tribunal supremo, correspondía a una determinación discrecional de la Corte que conoce de determinado asunto la

²⁴¹ General Electric Co. v. Joiner de 522 U.S. 136 (1997).

exclusión de prueba si, a su juicio, la causalidad que estos proponían se trataba de meras especulaciones, no existiendo abuso alguno en el ejercicio de las facultades pertinentes.²⁴² Sin perjuicio de ello, el “abuso de discreción” fue adoptado como el estándar adecuado de revisión de resoluciones relativas a la admisibilidad del testimonio experto.

En el caso *Joiner*, el demandante sostuvo que el tribunal de distrito erró al excluir el testimonio experto presentado, pues para hacerlo habría vulnerado una norma esencial sentada por la jurisprudencia de *Daubert*, como es la de atender más a los principios y metodologías de una arte, ciencia u oficio, y no a las conclusiones generadas (es decir, atender a si la metodología utilizada se condice con la que es propia del método científico). En ello radicaría el abuso de discreción.²⁴³ Ante esto reaccionó la Corte Suprema señalando que las conclusiones y la metodología no son enteramente distintas la una de la otra, siendo posible la extrapolación de las conclusiones obtenidas a partir de cierto conjunto de datos a otro. Por lo demás, ni en *Daubert* ni en las Normas Federales de Evidencia existiría una norma que obligue a los tribunales a aceptar como evidencia el testimonio de expertos que intenten esta relación habiendo, a juicio de la Corte, un vacío analítico demasiado grande entre la información existente y la opinión proferida por el experto.²⁴⁴

Con *Joiner* se definió la posibilidad de ejercer un control sobre la labor de los tribunales a cargo de resolver la admisibilidad del testimonio experto en juicio. Si bien el caso *Daubert* había ya definido criterios más objetivos para la determinación de un correcto juicio de admisibilidad, faltaba un pronunciamiento acerca de la correcta revisión de tal labor. El “abuso de discreción” vino justamente a ocupar ese vacío.

²⁴² La parte demandante en *Joiner* presentó como testimonios expertos a los autores de cuatro estudios acerca de epidemiología en animales, pero nunca habría señalado cómo era posible la extrapolación de las conclusiones de los mismos al caso. En efecto, en los cuatro estudios presentados una serie de ratones de laboratorio eran inyectados con PCB, intentando demostrar que los efectos producidos en los roedores serían similares a los que se producen en los seres humanos. Según el tribunal supremo norteamericano, los estudios presentados no eran suficientes, ni por sí solos ni en conjunto, para probar el cáncer de *Joiner* tenía como causa de su exposición al PCB.

²⁴³ Expresamente, en *Daubert* se señalaba: “*focus, of course, must be solely on principles and methodology, not on the conclusions that they generate*”. *Daubert*, (...) p. 146.

²⁴⁴ *Joiner*, (...), p. 146.

c) Kumho Tire Co. v. Carmichel²⁴⁵

El caso Kumho de 1999 cierra la trilogía a la que se viene haciendo referencia. La cuestión en este caso era determinar si los criterios ya sentados en Daubert eran aplicables sólo para determinar la admisibilidad de testimonios científicos o si también resultaban extensibles a todo tipo de conocimiento especializado (más específicamente a conocimientos técnicos y otras especializaciones, en conformidad con el tenor de la Norma Federal de Evidencia número 702). La complicación se daba especialmente en el ámbito de las denominadas “ciencias suaves” (“*soft sciences*”), como la economía o la psicología (esto es, disciplinas que no aplican íntegramente metodologías propias de las ciencias, pero que, en general, son consideradas como tales). Se cuestionaba en relación a éstas cómo era posible la aplicación íntegra de los criterios de Daubert para la determinación de la confiabilidad del testimonio experto y además cómo el tratamiento de la materia podía ser compatible con el rol de “porteros” de los tribunales.

En general, el problema de las “ciencias suaves” existente en Kumho es que en relación a las mismas puede ser posible apreciar si los expertos que se presentan como testigos expertos cuentan o no con un nivel de experiencia suficiente, pero difícilmente pueden ser sometidas a prueba o tener conocimiento de los márgenes de error involucrados. Por eso, no puede afirmarse que involucren procedimientos que son propios del método científico.

En Kumho se demandó una indemnización de perjuicios por un accidente producido al estallar el neumático de una minivan, en que murió una persona y otras quedaron heridas de gravedad. Según los actores, el accidente habría sido causado porque el neumático era defectuoso y, para probarlo, pretendían hacerse valer del testimonio experto de un especialista en análisis de fallas de neumáticos. En su informe el perito señaló que, a partir de una inspección personal del neumático en cuestión, había concluido que el accidente había sido causado por un error de manufactura o de diseño.

El tribunal de condado sostuvo que la obligación de “porteros” impuesta en Daubert regía no sólo respecto a conocimientos científicos sino también para “análisis técnicos”.²⁴⁶⁻²⁴⁷ Es

²⁴⁵ Kumho Tire Co. v. Carmichel, 526 U.S. 137 (1999).

²⁴⁶ Kumho (...), p. 1435.

por ello que se analizó si el testimonio experto presentado permitía ser sometido a prueba, si existía aceptación de los pares y si habían publicaciones involucradas, si se conocía el margen de error con el que se operaba y si era aceptado de manera general al interior de la comunidad científica. En definitiva, el tribunal de primera instancia resolvió que ninguno de los requisitos se veía satisfecho, por lo que declaró inadmisibile el testimonio.

Posteriormente, el órgano de apelación del noveno circuito revocó la resolución. Según se razonó, los criterios de Daubert sólo serían aplicables para la determinación de la admisibilidad de los testimonios expertos que hicieran aplicación de teorías o principios científicos, dejando fuera aquellos basados en la mera habilidad, experiencia u observación. Para el órgano revisor, el testimonio experto del especialista en neumáticos no era científico ni estaba basado en conceptos de alguna ciencia. En vez de eso, se fundaba solamente en la experiencia de observar neumáticos por años, por lo que quedaría fuera del análisis a partir de los criterios de Daubert. En definitiva, el tribunal de apelación declaró inadmisibile el testimonio experto, pero no en razón de no pasar la prueba de los cuatro criterios de Daubert (los que no resultaban aplicables para una disciplina no científica), sino por no ser relevante y confiable como para lograr el convencimiento del jurado.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, por su parte, revocó la resolución del tribunal de apelación, reafirmando lo que el tribunal de distrito había señalado. En la resolución del tribunal supremo se enfatiza el rol de “porteros” de los tribunales frente al testimonio experto no científico. Según se señaló, el tenor de la Norma Federal de Evidencia 702 no hace una distinción relevante entre el conocimiento científico y otros (como el técnico o de otro tipo), siendo aplicable el estándar de confiabilidad a todo ámbito. Más concretamente, señaló la Corte Suprema que “*no es posible establecer una línea divisoria clara entre los diferentes tipos de conocimiento*” y “*nadie niega que un experto puede llegar a ciertas conclusiones a partir de observaciones basadas en experiencias extensas y especializadas*”.²⁴⁸

²⁴⁷ Sin perjuicio de este razonamiento innovador, en *Kuhmo* el tribunal de distrito señaló que la especialidad del testigo experto que presentaba la parte demandante, aun no siendo una ciencia *per se*, igualmente tenía un sustrato científico, ya que involucraba la aplicación de conceptos de física, química e ingeniería mecánica. Vid *Kuhmo* (...), p. 1433.

²⁴⁸ *Kumho* (...), p. 1178.

Adicionalmente, la Corte Suprema consideró que el tribunal de apelación había fallado al no aplicar el estándar de revisión de Joiner (el “abuso de discreción”), para determinar la corrección de la exclusión del testimonio experto en juicio. A este respecto, la decisión del tribunal de apelación fue revertida y se señaló que el tribunal de distrito no había cometido abuso de discreción al excluir el testimonio experto del especialista en fallas de neumáticos.

Por último, se hizo hincapié en la flexibilidad que debe ser propia de la aplicación de los criterios de Daubert, debiendo considerarse al efecto las circunstancias del caso particular que se trate. Dirimía así el desacuerdo entre las partes del caso sobre si el rol de “porteros” de los tribunales de justicia implicaba la aplicación de los cuatro criterios de Daubert a todos los casos sin excepciones. Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, los criterios sentados en Daubert podrían resultar pertinentes en su totalidad, pero no debería entenderse esta como una regla absoluta. Antes bien, resultaría necesario atender a la naturaleza de la experticia y al contenido del testimonio.²⁴⁹ Naturalmente, no es posible definir *a priori* los criterios aplicables, por lo que tal determinación es eminentemente casuística. Así pues, en algunos casos la función de “portero” de la Corte se manifestará en el deber de esta de atender a la testeabilidad de la teoría en cuestión o en el grado de legitimación al interior de la comunidad científica (principalmente en el caso de las ciencias “tradicionales” o aquellas en que tiende a hacerse aplicación del método científico de manera íntegra). En otros, en cambio, lo que debe primar será la experiencia de la persona del experto (lo que debe ocurrir en el caso de las disciplinas que no son propiamente científicas, pero que igualmente admiten la experticia a su respecto).²⁵⁰

En definitiva, a juicio de la Corte Suprema, el tribunal de distrito hizo bien al excluir el testimonio experto del especialista en defectos de neumáticos del caso Joiner, pero no era correcto fundar tal exclusión en la naturaleza del peritaje o en su carácter no científico, sino en la forma en que el mismo se desarrolló. En efecto, la Corte, luego de realizar esta afirmación, se dedica a un pormenorizado análisis de factores concretos constitutivos de la forma de llevar a

²⁴⁹ Ibidem, p. 1176.

²⁵⁰ Nótese que, en función de estas consideraciones, un testimonio experto como el del especialista en defectos de neumáticos en el caso Joiner no debiera *per se* ser declarado inadmisibile en juicio. Antes bien, un análisis casuístico obligaría a una aplicación *ad hoc* de los criterios de Daubert, según si es posible lo mismo y de acuerdo a la forma en que ello es efectivo.

cabo el peritaje del caso que hacen que este no sea confiable (y que por lo mismo deba ser excluido).²⁵¹

d) Reforma legislativa de las Normas Federales de Evidencia

Las Normas Federales de Evidencia corresponden a un esfuerzo académico, legislativo y judicial realizado en los Estados Unidos, tendiente a uniformar las disposiciones relativas a la incorporación de medios de prueba en los distintos estados. Su promulgación se produjo en 1975 y desde entonces ha regido como guía para los tribunales norteamericanos, con gran aceptación entre los distintos Estados.²⁵²

En lo que respecta al testimonio experto, en el caso Daubert quedó sentado que el criterio de admisibilidad de Frye/Kelly resultaba inaplicable a la luz de las Normas Federales de Evidencia. Posteriormente ello fue reafirmado por los casos Joiner y Kumho, todo lo cual repercutió en una reforma legislativa de importancia en relación al testimonio experto. A partir del año 2000, en conformidad con las mismas para que un perito por conocimiento, habilidad, experiencia, entrenamiento o educación pueda aportar su testimonio experto en juicio es necesario:

1. Que el testimonio se base en suficientes hechos o datos confiables.
2. Que el testimonio sea el producto de principios y métodos confiables.
3. Que el testigo experto aplique los principios y métodos confiables a las circunstancias particulares del caso.²⁵³ -²⁵⁴

²⁵¹ En este sentido, el peritaje resultaba especialmente poco confiable dado que se trataba de un ámbito de conocimiento que quedaba fuera del rango en el cual otros expertos pueden razonablemente diferir y donde los jurados deben decidir en atención a distintas visiones expertas en conflicto. Importante en este sentido fue hacer notar que no existían otros expertos, *papers* o artículos que apoyaran la teoría del perito. Asimismo, se señala que el perito con su inspección visual y táctil del neumático es incapaz de determinar el tiempo de uso del mismo antes del neumático, lo que sería antecedente suficiente para que la Corte dudara de su confiabilidad. Sobre estos elementos considerados y otros, Vid. Kumho (...) p. 1177 y ss.

²⁵² Una versión actualizada de las Normas Federales de evidencia puede encontrarse en el sitio de internet de la Universidad de Cornell de Estados Unidos: http://www.law.cornell.edu/rules/fre/#article_i (visitada por última vez el 17 de enero de 2010).

²⁵³ Textualmente, en conformidad con la Regla Federal de Evidencia (*Federal Rule of Evidence*) 702, las exigencias para que un testimonio experto resulte admisible en juicio son las siguientes: (1) *The testimony*

De acuerdo a lo que señaló el Comité Consultivo, “los parámetros establecidos en la enmienda son suficientemente amplios para que se tome en consideración cualquiera de los extremos previstos en *Daubert* cuando resulten apropiados”, siendo cargo de la parte que pretende valerse del testimonio experto que se cumple con los extremos aludidos.²⁵⁵ De manera más amplia, la enmienda se hace cargo de los movimientos jurisprudenciales que durante la última década se habían producido.

6. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS ESTADOUNIDENSES DE ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL AL PROCESO CHILENO. CASO DEL PERITAJE PSICOLÓGICO O PSIQUIÁTRICO.

is based in sufficient facts or data. (2) The testimony is the product of reliable principles and methods (3) The witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case.

²⁵⁴ El texto original de 1975 del artículo 702 de las Normas Federales de Evidencia decía: “De ser necesario conocimiento científico, técnico o de otra especialización para asistir al tribunal en el establecimiento de hechos o para entender cierta evidencia, un testigo calificado como experto por conocimiento, experiencia, práctica o educación puede testificar en calidad de opinante” (“*If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise*”).

²⁵⁵ MÉNDEZ, Miguel, Op. cit., p. 90. La notas del comité Consultivo acerca de la enmienda de las Normas Federales de Evidencia se encuentran disponibles en el sitio <http://www.law.cornell.edu/rules/fre/ACRule702.htm>, revisado por última vez el 17 de enero de 2010.

Hasta aquí se han planteado los problemas asociados a la figura de la prueba pericial y la forma en que el sistema judicial estadounidense los ha enfrentado. Como se puede observar, el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de ese país ha colaborado en la tarea, haciéndose cargo de las dificultades que el testimonio experto implica en cuanto medio de prueba. Desde el caso Frye de 1923 hasta completar la trilogía de los casos Daubert, Joiner y Kuhmo y las modificaciones a las Normas Federales de Evidencia en lo que se refiere al peritaje, el avance es tremendamente significativo. No sólo se ha limitado el tipo de conocimiento que puede introducirse al proceso como materia de testimonio experto, sino que además se han desarrollado una serie de parámetros para el control de la labor de los tribunales de justicia en la determinación de la admisibilidad de este medio de prueba.

En nuestro país, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, los problemas relacionados a la admisibilidad de la prueba pericial prácticamente no han sido estudiados. En la medida que ello ha sido así, no han sido propuestas de manera suficiente soluciones frente a los problemas prácticos que este medio de prueba acarrea, principalmente en el proceso penal. Es común que en la actualidad los tribunales de garantía no ejerzan un control de admisibilidad adecuado, no haciéndose siquiera el análisis de necesidad, idoneidad y confiabilidad que el propio tenor del C.P.P. encomienda en relación a la prueba de peritos.

Probablemente lo relativamente nuevo del sistema judicial penal implementado por la reforma de 2000 esté muy relacionado con esa carencia. En efecto, sólo desde que el proceso penal incorpora un carácter adversarial y la valoración de la prueba por parte de los tribunales orales se realiza de acuerdo con las reglas de la sana crítica, es posible identificar la preocupación por el tipo de peritaje que se usa en el proceso. Sólo en la medida en que las partes tienen cierta libertad para valerse del testimonio de expertos en defensa de sus pretensiones y el tribunal tiene cierto margen de acción para aceptar o no la incorporación del medio de prueba, pasa a ser una verdadera preocupación de los tribunales la clase de información que por esta vía se hace valer.

La propuesta que cabe hacer a este respecto es que una aplicación a la realidad nacional de los criterios desarrollados en los Estados Unidos relativos a la admisibilidad del testimonio

experto puede ayudar en hacer más saludable la práctica judicial. Si se considera que el modelo de litigación penal implementado en Chile es similar a aquel en que los criterios de admisibilidad descritos fueron desarrollados, la afirmación toma un peso considerable. Por lo demás, somos de la opinión que la introducción de parámetros como los utilizados en Estados Unidos no requiere necesariamente de una reforma legislativa, sino que la misma puede resultar plausible a través de una correcta interpretación de las normas procesales penales vigentes. Como se ha podido ver más arriba, los criterios de admisibilidad utilizados por los tribunales norteamericanos encuentran su correlato en los pertinentes artículos del C.P.P., por lo que la aplicabilidad de los mismos de acuerdo a los parámetros norteamericanos depende únicamente de una adecuada práctica judicial.

Es por lo anterior que a continuación realizaremos un breve análisis de admisibilidad de un tipo de peritaje que resulta bastante cuestionable y que es muy frecuente en la práctica, como es el psicológico o psiquiátrico.²⁵⁶ Conviene señalar que el análisis de este tipo de peritaje se hace por la gran aplicación que tiene en Chile y por la poca reflexión que hay en torno él, sin excluir en forma alguna la posibilidad de replicar este análisis a otro tipo de peritajes frecuentes.²⁵⁷ Como se verá, desde el punto de vista de los criterios norteamericanos de admisibilidad de la prueba pericial, muchos testimonios de especialistas de este tipo no podrían ser admitidos en juicio, o a lo menos no sin una pertinente discusión (lo que no es de ninguna forma un práctica habitual en los juzgados de garantía).

6.1 Pertinencia o relevancia de la prueba pericial psicológica:

²⁵⁶ Para efectos explicativos asimilaremos las nociones de peritaje psicológico y de peritaje psiquiátrico. Asumiendo que existen diferencias (fundamentalmente por ser la psiquiatría una rama de la medicina), se entenderá por ambos el testimonio experto sobre aspectos relativos a la psiquis humana que se realiza en el contexto de un proceso judicial. Asimismo, salvo especificaciones que se señalan, se trata este tipo de pericia de manera genérica, sin atender a clasificaciones o subespecies posibles.

²⁵⁷ Mauricio Duce hace un interesante análisis de lo que ocurre en el peritaje fotográfico en juicio. Según este profesor, la pericia tendiente a incorporar al juicio fotografías del sitio del suceso o de reconstituciones de escenas no es necesaria, ya que las fotografías constituyen medios de prueba autónomos que requieren, para ser valoradas en juicio, del testimonio de alguien que pueda hacer el proceso de identificación y validación de lo que la fotografía representa. Normalmente, quien la sacó no estaría en condiciones de realizar tal labor. Además, la apreciación de las fotografías y su valoración como medio de prueba es algo que puede perfectamente hacer el tribunal que conoce del asunto sin la intervención de terceros. Es por ello que estas personas no resultarían idóneas para la función pericial que se les encomienda y la misma sería innecesaria. En DUCE, Mauricio, Op. cit., pp. 89 y 90.

En primer lugar, de acuerdo a los criterios más arriba estudiados, para que un peritaje pueda ser considerado confiable es necesario que este sea pertinente o relevante.

Desde luego que desde el punto de vista de la pertinencia lógica será un asunto más bien casuístico la procedencia de este medio de prueba. Serán los juzgados de garantía los encargados de determinar que la forma lógica de probar un enunciado de hecho es la presentación del testimonio experto de un estudioso de la psiquis humana. En el caso de un juicio de imputabilidad, por ejemplo, la pericia parece adecuada para determinar si un sujeto se encuentra o no en condiciones psíquicas propicias para enfrentar un juicio penal en su contra. En el examen acerca de la verosimilitud de un testimonio, por su parte, la pericia deberá estar encaminada, justamente, a determinar esta circunstancia a través de criterios predefinidos. Por tratarse de una operación más bien lógica, en general no debiese tratarse de una decisión difícil para los tribunales determinar cuándo se cumple con este nivel de pertinencia.

La relevancia jurídica, en cambio, puede prestarse para una mayor discusión. Se trata de una comparación entre el valor probatorio que este medio pudiere tener en el proceso y ciertas consideraciones de tipo más bien utilitarista. Así por ejemplo, los costos asociados a la incorporación del peritaje psicológico podrían ser lo suficientemente altos en comparación con el valor del medio de prueba, lo que justificaría su exclusión en razón de los costos materiales y humanos involucrados (no sólo por los honorarios del perito, sino también por el tiempo y disponibilidad de los funcionarios competentes que su declaración necesitaría).

También podría justificarse su exclusión porque la declaración del psicólogo pueda conllevar un riesgo desproporcionado de error en la valoración del medio de prueba. Podría darse el caso de que la autoridad intelectual o académica de la persona que ejerce de perito en juicio sea tal que pueda hacer incurrir en errores al juez o que no exista una posibilidad real de que él sea revisado por el tribunal.²⁵⁸ Será, en definitiva, un asunto que el tribunal de la causa deberá determinar de acuerdo a las circunstancias particulares que se presenten.

Pero el riesgo que parece estar más presente en el análisis de la relevancia jurídica de la prueba pericial es aquel que dice relación con la comparación entre el valor probatorio que

²⁵⁸ Vid. Cita 201.

puede tener este medio de prueba y el prejuicio que puede crear en el tribunal. En general, los peritajes psicológicos pueden por sí predisponer al juzgador afectando directamente en la valoración de la prueba. Es lo que ocurre en los “peritajes de verosimilitud”, que son aquellos en que el peritaje se hace valer para determinar si el relato de un testigo, la víctima o el imputado resulta verosímil. En efecto, la influencia que en un tribunal puede provocar que un experto señale que determinado testimonio es o no verosímil repercute necesariamente en que el peso que se le dé al mismo en la valoración de la prueba estará predeterminado, aun cuando la labor del psicólogo fuere desacreditada por la prueba rendida por la parte contraria (por ejemplo, la prueba rendida para acreditar la falta de idoneidad del perito). En definitiva, el argumento de autoridad envuelto en el hecho de que la opinión emitida sea la de un “experto” conlleva el riesgo de que a ese medio de prueba le sea asignado por el tribunal un valor que no corresponde.

6.2 Necesidad de un conocimiento experto:

De acuerdo a este requisito, para que proceda la prueba pericial, es necesario que exista un tipo de conocimiento especializado que se encuentra fuera del manejo de los tribunales y que es menester incorporar al proceso a través de la declaración de un experto.

En el caso del peritaje psicológico o psiquiátrico esto resulta de especial interés, siendo la pregunta de fondo si el testimonio del psicólogo o psiquiatra es en realidad necesario para acreditar un enunciado de hecho determinado.

Si de lo que se trata es de una operación que el propio tribunal puede realizar por ser asuntos obvios o que en realidad no requieren de experticia para llegar a conclusiones, la prueba pericial no debiese ser utilizada. En este sentido, Duce destaca el ejemplo de los “testimonios de verosimilitud”, más arriba aludido. En efecto, la determinación que hacen los especialistas en ese campo parece propia de la función judicial, en la medida en que son los jueces los llamados a realizar la evaluación de la credibilidad de los relatos de víctimas y testigos al valorar la prueba. Según señala Duce, la operación que se hace en esta pericia sería el tipo de trabajo que un juez debiera hacer para valorar a prueba y resolver el asunto.²⁵⁹⁻²⁶⁰ Un poco más cauto, Alan Gold

²⁵⁹ El examen psicológico de verosimilitud de un testimonio (análisis de validez del testimonio) corresponde al formulado por Steller y Koehnken. En él, el relato es analizado a partir de 19 criterios

señala que, en general, el testimonio de verosimilitud debiese resultar inadmisibile por innecesario, salvo en casos excepcionales en que existe un defecto oculto o latente que en el testimonio, que resulta relevante de dejar en evidencia por medio del testimonio experto de un psiquiatra o psicólogo.²⁶¹⁻²⁶²

Alan Gold, tomando como referencia lo que ocurre a nivel jurisprudencial en los Estado Unidos y en Canadá, sostiene que la falta de necesidad del peritaje psicológico o psiquiátrico se da incluso en el caso del juicio de imputabilidad de una persona, esto es, aquel en que se determina si un sujeto se encuentra en condiciones psíquicas adecuadas para enfrentar un juicio penal en su contra. Para este autor, un tribunal o jurado es suficientemente capaz de saber cuándo la mente de un sujeto funciona “normal” o “anormalmente”.²⁶³

En consecuencia, la evidencia psiquiátrica sólo debiese ser admitida cuando la patología o tendencia resulta característica de un grupo distintivo, el que puede ser identificado por el especialista para determinar si la persona respectiva entra o no dentro de esa categoría para, por ejemplo, establecer si pudo o no cometer un homicidio.²⁶⁴⁻²⁶⁵

predeterminados agrupados en cinco categorías, que corresponden a características propias de un relato que se supone confiable o verosímil. De esta forma, es evaluada la coherencia lógica, la descripción contextual, entre otros elementos, los cuales permitirían medir el grado de confiabilidad del relato. Sobre el particular Vid. MAFFIOLETTI, Francisco y otros, “Evaluación pericial psicológica de credibilidad del testimonio: Documento de trabajo interinstitucional”, Publicado en Revista Jurídica del Ministerio Público, Santiago, 2008 (disponible en el sitio de internet:

http://www.ministeriopublico.cl/repositoriominpu/Archivos/minpu/documentos/evaluacion_pericial_psico_logica_de_credibilidad_testimonio.pdf, visitado por última vez el 19 de enero de 2010), pp. 45 y ss.

²⁶⁰ DUCE, Mauricio, Op. cit., p. 87.

²⁶¹ GOLD, Alan, Op. cit., p. 69.

²⁶² En el caso canadiense, la tendencia a no asumir como admisibles los “testimonios expertos sobre verosimilitud” se ve reforzada también por la regla de exclusión denominada “*rule against oath helping*”, según la cual se prohíbe la admisión en juicio de evidencia que sólo busque acreditar la veracidad de un testimonio. En Estados Unidos la norma encuentra su correlación en la “*ultimate issue rule*” (“regla sobre la cuestión decisoria”), que prohíbe la admisión en juicio de prueba que pudiere invadir en el ámbito propio de la decisión del juzgador. En DUCE, Mauricio, Op. cit. p. 88 y GOLD, Alan, Op. cit., p. 72.

²⁶³ GOLD, Alan, Op. cit., p. 66.

²⁶⁴ Se trata de la denominada “prueba sobre perfiles” (“*profile evidence*”), esto es, aquella en la cual el perito reconoce si el sujeto en estudio responde o no a las características de un determinado grupo. En GOLD, Alan, Op. cit., p. 67.

²⁶⁵ Como se verá, no estamos del todo de acuerdo con la afirmación de Gold. En nuestro concepto, la prueba pericial psicológica o psiquiátrica adolece de problemas de confiabilidad que ponen en duda su posibilidad de aplicación, incluso cuando es calificada de necesaria. Sobre el particular, Vid. Infra 6.4.

En el caso chileno, sin embargo, no cabe determinar la admisibilidad de la prueba pericial psiquiátrica en el caso de la imputabilidad, toda vez que la misma está ordenada por la ley.²⁶⁶ Ello, sin perjuicio de las precauciones que el juez deberá tener al valorar la prueba (y a las cuales nos referiremos en el capítulo III).

6.3 Idoneidad del perito:

La idoneidad del perito o psiquiatra estará determinada por los certificados y formas de acreditación de la experticia de sus personas.

En este sentido, cabe recordar que en el C.P.P. rige un modo informal de realizar esta labor, no siendo imperativo hacerlo, por ejemplo, a través de la acreditación de un determinado título profesional. No obstante ello, siendo la psicología y la psiquiatría ámbitos de reconocido desarrollo académico, parece de toda lógica que de realizarse pericias de tal naturaleza éstas no estén a cargo sino de profesionales que detenten el título universitario de psicólogos o de médicos psiquiatras, según sea el caso. Aunque esto pueda resultar obvio, es necesario de recalcar, pues no es raro que personas dedicadas a disciplinas de dudosa confiabilidad (como la parapsicología o la astrología), sean percibidos por la opinión pública como voces autorizadas para emitir comentarios propios de peritajes asociables al psicológico.

Esta prevención vale también para otro tipo de profesionales cuya declaración en juicio corre el riesgo de inmiscuirse en áreas que no le son propias, como es el caso de los trabajadores sociales o psicopedagogos. En breve, de proceder el peritaje psicológico o psiquiátrico en juicio éste no debiese ser realizado sino por psicólogos o psiquiatras, respectivamente.

6.4 Confiabilidad del peritaje:

²⁶⁶ La hipótesis general de procedencia de prueba pericial psiquiátrica para determinar la inimputabilidad está contenida en el artículo 458 del C.P.P., que señala: “Cuando en el curso del procedimiento aparecieren antecedentes que permitieren presumir la inimputabilidad por enajenación mental del imputado, el ministerio público o el juez de garantía, de oficio o a petición de parte, solicitará el informe psiquiátrico correspondiente explicitando la conducta punible que se investiga en relación a éste. El juez ordenará la suspensión del procedimiento hasta tanto no se remitiere el informe requerido, sin perjuicio de continuarse respecto de los demás coimputados, si los hubiere”.

Por último, la confiabilidad del peritaje psicológico es el requisito que más dudas parece despertar.

Cabe recordar que de lo que aquí se trata es de determinar ciertos peritajes que no pueden ser incorporados al proceso porque el tipo de conocimiento que representan no está dotado de suficiente aceptación social.

Los criterios de la jurisprudencia norteamericana (particularmente los sentados en el caso Daubert) buscaban ser una guía para los tribunales de justicia en este sentido. Pues bien, desde esta perspectiva para que el peritaje psicológico o psiquiátrico pueda ser calificado como confiable es necesario que apruebe los denominados criterios Daubert, correspondientes a una concretización de los pasos que constituyen el método científico.

Así pues, un peritaje psicológico tendría que fundarse en un ámbito del conocimiento en el cual las hipótesis propuestas sean susceptibles de prueba.

En el caso de la psicología, este requisito sólo se podría cumplir en la medida que sus conclusiones tuvieran una manifestación objetiva en la conducta humana y no se tratara simplemente de un asunto de diagnósticos u opiniones.

Así por ejemplo, si el psicólogo llega a la conclusión de que las personas diagnosticadas con determinada patología psíquica son más proclives a cometer asesinato, podría decirse que es el fruto de una experimentación científica (pues habrá premisas empíricas, como son el diagnóstico de una enfermedad y la tasa porcentual de enfermos que cometen asesinato).

El problema está en la fijación de esas premisas, pues en psicología éstas no tienen una correlación constatable de manera inconfundible con la realidad, sino que son el producto de la opinión de un especialista (en último término no controlable).

Por ejemplo, en el caso de la afirmación de que las personas que mantienen un cierto tipo de relación con los padres tienen más probabilidades de terminar padeciendo una anomalía psíquica determinada, no sería posible una demostración experimental en términos

del método científico, ya que no existirá una manifestación de la realidad constatable de las premisas utilizadas (sencillamente porque no es posible afirmar que una observación acerca de la psiquis humana pueda definirse unívocamente). En efecto, que la relación con los padres pueda ser calificada de tal o cual manera será la opinión de un especialista formado al tener contacto con el sujeto en análisis (que es susceptible de ser comparada con opiniones de otros especialistas, pero no de ser analizada conforme a un criterio de verdad y falsedad o de corrección e incorrección).

Asimismo, asumiendo que el sujeto en observación mantenga un tipo de relación predeterminada con los padres, el juicio según el cual éste padezca de una anormalidad psíquica se fundará en otra opinión del experto (de nuevo, no susceptible de analizarse de acuerdo a su corrección o incorrección, sino sólo de opiniones disidentes de otros expertos). Claro está que ámbitos no científicos como la psicología puede adoptar criterios que especifiquen o hagan más objetiva la disciplina y, de ese modo, las opiniones que los especialistas puedan emitir. Es lo que ocurre fundamentalmente cuando un perito psicólogo diagnostica, esto es, establece que una determinada conducta corresponde a la que está establecida como descripción y requisito de una determinada patología y a partir de eso saca una conclusión. El problema está en que la fijación de las premisas, en último término, sigue estando determinada por lo que un especialista opina y, por lo mismo, sigue alejado de lo que el método científico entiende por experimentación.²⁶⁷ En definitiva, la psicología opera en base a premisas correspondientes a hipótesis que no son susceptibles de prueba por no tener un correlato unívoco y observable en el mundo real (en el caso del diagnóstico de patologías, nada asegura que otro especialista no pueda llegar a un resultado distinto utilizando las mismas premisas y las mismas herramientas metodológicas). En la medida que ello es así, no se supera el primer requisito de Daubert.²⁶⁸

²⁶⁷ Así por ejemplo, la pericia psicológica destinada a determinar la verosimilitud de un testimonio está sujeta a criterios que son bastante controlables (principalmente aquellos que dicen relación con la coherencia lógica del relato). Sin embargo, en general el test aplica criterios que dependen únicamente de la opinión de un experto que tiene contacto con la víctima o testigo, particularmente aquellos relacionados a calificaciones del estado subjetivo del entrevistado y con las categorías conclusivas acerca de la confiabilidad. Sobre el particular, Vid. Cita 259.

²⁶⁸ Nótese que, según esto, las hipótesis de la psicología no admiten ser refutadas, por lo que, de acuerdo a la teoría falsacionista, no sería una ciencia.

Luego, la confiabilidad de un peritaje psicológico está relacionado con la revisión de la hipótesis respectiva por pares (*peer review*) y la publicación de la misma.

Como se dijo más arriba, el objetivo de este requisito es lograr una cierta legitimación de la teoría respectiva al interior de la comunidad especializada. En el caso de la pericia psicológica, es dable pensar que una determinada teoría o postura pueda haber sido sometida al conocimiento de pares y a publicación en revistas especializadas. Dependerá del tipo de información que las partes pretendan incorporar al proceso como materia de prueba pericial.

En seguida, es necesario que el peritaje psicológico se funde en estudios en los cuales sea conocido el margen de error con que se opera y de la existencia de estándares que controlan la investigación sobre la cual se basa la teoría.

Con respecto a esto, parece posible que el psicólogo o psiquiatra conozca el margen de error de la hipótesis en la que se funda sus estudio, siempre que exista algún tipo de manifestación en el mundo de alguna condición psíquica (por ejemplo, que todas las personas que han sido identificadas con una determinada patología psíquica son más proclives a cometer homicidio). Fuera de esto, no parece posible hablar de un correcto conocimiento de las condiciones que controlan las conclusiones experimentales. Esto a pesar de que los peritos psicólogos suelen señalar que el conocimiento de posibles factores que alteren la rigurosidad de lo que relata el sujeto en observación acerca a la psicología a la ciencia y, por lo mismo, la dota de confiabilidad en juicio.²⁶⁹ Afirmamos que ello no es suficiente, ya que, como se dijo, no es posible al respecto un tipo de experimentación en los términos del método científico.

²⁶⁹ A este respecto, los defensores de la calidad de científica de la pericia psicológica de veracidad de los testimonios suelen señalar que el método experimental se seguiría en la medida en que se toman en cuenta una serie de factores que pueden llevar a conclusiones equivocadas. Específicamente, se habla del riesgo a que el testimonio haya sido inventado, que haya sido inducido o que haya sido fantaseado o alejado de la realidad. Tales riesgos se eliminarían a través de la consideración de que el relato de la víctima o testigo puede ser un engaño, puede ser producto de sugestión o que puede haber incapacidad para realizar un relato pertinente. Vid. MAFFIOLETTI, Francisco y otros, Op cit., pp. 30 y ss. Sin embargo, cabe hacer notar que en cada uno de estos criterios el problema parece persistir: siempre se va a tratar del diagnóstico u opinión de un especialista que toma contacto con el sujeto en observación, opinable por otros especialistas pero incontrolable en cuanto a su corrección o incorrección.

Las condiciones en que se desarrolla la experimentación en el ámbito psicológico, en efecto, distan mucho de ser científicas. Al psicólogo o psiquiatra no le es posible probar que sus observaciones en torno a la “normalidad” o “anormalidad” de la psiquis de una persona encuentren como causa los factores descritos en la hipótesis en que se funda su declaración. Por ejemplo, si una hipótesis psicológica es que determinados factores sociales inciden decisivamente en que las personas padezcan de cierta patología (como que cierto tipo de relación con los padres se refleje en una determinada conducta psicópata), las condiciones experimentales a través de las cuales se arribó a esa conclusión difícilmente puedan ser del todo manejables. Esto porque las relaciones humanas no admiten calificaciones unívocas, lo que no hace difícil pensar que distintos psicólogos o psiquiatras puedan llegar a conclusiones disímiles analizando una misma relación (en el caso del ejemplo, que la relación entre una madre y su hijo es “normal” o “anormal” y que por lo mismo se traducirá o no en determinada conducta patológica del hijo). Como se puede apreciar, el trabajo realizado en este nivel por el psicólogo no admite juicio de corrección o incorrección, sino sólo opiniones disidentes al interior de la misma comunidad.²⁷⁰

Pero incluso no considerando lo anterior, el experimento seguido por un psicólogo para llegar a ciertas conclusiones pertinentes en un juicio no puede ofrecer suficientes garantías tampoco. Ello es efectivo porque no existe forma de demostrar que haya una relación de causa y efecto entre los factores sociales identificados por el especialista y la conducta anormal presentada por el sujeto en estudio (siguiendo con el ejemplo, no hay forma de acreditar que fue el tipo de relación con los padres la causa de que el sujeto padeciera de cierta patología o, dicho de otro modo, no hay forma de demostrar que la causa no fue otra, como sus desventuras en la vida sentimental o profesional). Incluso más, no hay forma de descartar que la relación interpersonal que se produce entre analista y sujeto observado en el contexto de una entrevista

²⁷⁰ De hecho, una de las críticas que se han formulado desde el derecho a la psicología y a la psiquiatría en Estados Unidos es que, en general, se trata de disciplinas que no atienden a las causas de las patologías sino a manifestaciones conductuales de las mismas. Se trataría pues de un razonamiento circular, ya que el diagnóstico se basa en la conducta o en síntomas alegados, los que a su vez son explicados por el diagnóstico. A mayor abundamiento, se ha señalado que las patologías que estudian estos ámbitos del conocimiento estarían descritas en forma arbitraria y sin la rigurosidad necesaria en el Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales (DSM), no habiendo nada que asegure que dos psiquiatras llegarán a la misma conclusión acerca de los problemas de un paciente. Alan Gold hace un interesante análisis de los que ha ocurrido en los Estados Unidos en este sentido con la técnica de “recuperación de memorias”. Sobre esto, Vid. GOLD, Alan, Op. cit., p. 145 y ss.

resulte relevante para que se arribe una conclusión determinada.²⁷¹ La complejidad de la vida en sociedad y la infinidad de variables que pueden resultar determinantes para que la conducta humana llegue a ser tal o cual hacen imposible el establecimiento de conclusiones fehacientes en el ámbito psicológico. En definitiva, los factores considerados en la investigación psicológica no son controlables, por lo que mal podría afirmarse que exista una aproximación al método científico.

Por último, para que el peritaje psicológico resultara admisible en juicio es necesario que se trate de un tipo de conocimiento que tenga aceptación general.

No cabe a este respecto mayor discusión, ya que la psicología y la psiquiatría, teniendo el carácter de ciencia o no, corresponden a ámbitos de amplio reconocimiento social. Se trata de campos de estudio de larga data a nivel académico y en la práctica suele recurrirse a psicólogos con mucha confianza, en ámbitos tan disímiles como la terapia clínica o la selección de personal en las empresas. Desde esta perspectiva, por lo tanto, parece que la psicología cumple con el cuarto requisito de Daubert.

Sin perjuicio de ello, no debe olvidarse lo variable y relativo que son las opiniones respecto a la psicología. Ejemplo importante en este sentido es el de la prueba Rorschach, de mucha utilización en décadas pasadas, pero objetada y de admisibilidad discutible por los tribunales estadounidenses en la actualidad.²⁷²⁻²⁷³ El Rorschach es, en efecto, una muestra de que

²⁷¹ En el caso de la prueba de Rorschach existen estudios que han demostrado la posibilidad de que factores situacionales y condiciones propias del examinador resulten determinantes para llegar a ciertas conclusiones. En *What's wrong with the Rorschach*, WOODS, James y otros, Jossey Bass, Nueva York, 2003, pp. 310 y ss.

²⁷² La denominada “prueba de Rorschach” fue creada por Hermann Rorschach en 1921. Consiste en una prueba psiquiátrica en la cual se analiza la personalidad del sujeto. En ella, son exhibidas diez láminas distintas con manchas de tinta caracterizadas por su ambigüedad y falta de estructuración. El analista pide al sujeto que diga qué es lo que ve en las láminas y cómo y dónde se manifiesta ello, a partir de lo cual extrae conclusiones sobre la forma de ser de la persona. Sobre el particular, Vid. WOODS, James y otros, Op. cit., pp. 32 y ss.

²⁷³ Los autores del libro “What's wrong with the Rorschach” exponen cómo la prueba de Rorschach ha sido declarada inadmisibile en juicio por las objeciones que se han planteado en su contra desde el punto de vista del método científico. En efecto, si durante las décadas de los 80 y 90 se trató de un test de amplia aplicación, hoy se sabe que, entre otras cosas, tiene los defectos de hacer que las personas sanas aparezcan enfermas, no servir como prueba de diagnóstico y llevar a conclusiones contradictorias. Además, se muestra que la forma en que es aplicado el test usualmente se aleja de los procedimientos estandarizados

la confiabilidad en la psicología no debe tratarse como una regla absoluta, sino que debe analizarse particularmente el tipo de pericia psicológica que se hace valer y su aceptación en el momento.

6.5 Revisión de la admisibilidad de la prueba pericial por parte de tribunales superiores:

En el C.P.P. chileno existe la posibilidad de que la resolución de los tribunales de garantía en orden a declarar o no admisible un medio de prueba sea revisada por las Cortes de Apelaciones. En efecto, de acuerdo con el artículo 277 tal es una facultad que el ministerio público puede ejercer a través de la apelación del auto de apertura del juicio oral, cuando sean excluidos medios de prueba provenientes de diligencias declaradas nulas u obtenidas con infracción de garantías fundamentales. Sin perjuicio de lo anterior, también podría conocer del asunto una Corte de Apelaciones a través del recurso de nulidad de la sentencia definitiva del juicio oral. Esto siempre que se considere que la exclusión de prueba respectiva implique una infracción sustancial de un derecho o garantía asegurado por la Constitución o por algún tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentre vigente. Para el caso en particular, una posibilidad es sostener que la infracción respectiva es la que se hace del derecho a la prueba y a un debido proceso.²⁷⁴

Ahora bien, dado el poco desarrollo doctrinario y jurisprudencial que en Chile existe en torno al tema, no resulta clara la forma en que determinados derechos constitucionales puedan verse vulnerados por la exclusión de la prueba pericial. Por ello es que consideramos que una buena alternativa para controlar lo realizado por los tribunales de garantía en este sentido es la aplicación del estándar norteamericano del “abuso de discreción”. Así, la posibilidad de control de las resoluciones de los tribunales de garantía vendría dada por una revisión de la prueba

existentes para el efecto y que existe la posibilidad cierta de que sea falseado o que sus resultados sean manipulados. Sobre esto, Vid. WOODS, James y otros, Op. cit., pp. 300 y ss.

²⁷⁴ El derecho a la prueba ese entiende como parte de una categoría más amplia, que es el derecho de defensa, definido por Montero Aroca como aquel “*derecho de rango fundamental atribuido a las partes de todo proceso, que consiste básicamente en la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de que estas puedan alegar y probar para conformar la resolución jurídica, y de que conozcan y que puedan rebatir todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial*”. MONTERO AROCA, J., citado por LÓPEZ, Julián, Op. Cit., t. I, pp. 76 y 77. En el ordenamiento chileno puede verse recogida en las normas constitucionales de igualdad en la protección de la ley en el ejercicio de los derechos, específicamente en lo relativo al derecho al debido proceso.

pericial ofrecida en cuanto a su pertinencia o relevancia, su necesidad, su confiabilidad, su licitud y la idoneidad del perito. Lo relevante será que el razonamiento mediante el cual se llega a decidir sobre la admisibilidad de una prueba pericial se haga cargo de cada uno de los requisitos, estando viciada la resolución judicial que no se realice este cometido, tanto en lo que respecta a conocimientos científicos como en relación a los que no lo sean. Por otra parte, si el tribunal no hace aplicable un determinado criterio o si construye uno nuevo para ello, será necesario que exista en su razonamiento una justificación que tome en consideración las particularidades de la arte, ciencia u oficio que se trate.

La prueba pericial psicológica o psiquiátrica no es una excepción en este sentido. En efecto, si un juzgado de garantía excluye una prueba de esta naturaleza, será necesario que justifique su decisión (los criterios hasta aquí estudiados buscan ser una guía en tal sentido).²⁷⁵ De este modo, será posible para las Cortes de Apelaciones conocer las razones de tal medida y controlar si ello se debió al no cumplimiento de los requisitos más arriba aludidos, admitiéndose la posibilidad de que el tribunal inferior siga un razonamiento distinto (agregando o no considerando requisitos) si es que las circunstancias particulares así lo exigen. El “abuso de discreción” se vuelve, por tanto, plenamente aplicable.

6.6 Conclusión en torno a la aplicación de los criterios planteados a la prueba pericial psiquiátrica o psicológica:

Lo que se ha buscado dilucidar aquí es que el peritaje psicológico (y la psicología en general) opera siguiendo procedimientos que no son ni pueden ser propios del método científico, por lo que no puede calificarse un estudio de esa naturaleza como “científico”. Por eso, un criterio exigente como el sentado por Daubert en los Estados Unidos no admitiría este tipo de pericia, lo que ya se ha apreciado en la jurisprudencia de ese país.²⁷⁶

Nuestra pretensión no es desacreditar a la psicología como campo de estudio ni como conocimiento posible de introducir en juicio, sino simplemente dejar ver que la pericia

²⁷⁵ La exigencia a los juzgados de garantía de fundar la resolución mediante la cual excluyen un determinado medio de prueba está expresamente contenida en el inciso primero del artículo 276 del C.P.P.

²⁷⁶ Vid. Supra 5.2.5.

psicológica no puede ofrecerse en juicio como científica. Tal no es sólo algo que los litigantes deben tener presente, sino también (y de manera especial) los tribunales de justicia al examinar la admisibilidad de este medio de prueba y al valorarla junto con el resto de la prueba rendida. Si para un caso en particular, dadas determinadas condiciones especiales, resulta pertinente y necesaria la introducción del testimonio experto de un psicólogo, en principio no habría problemas para que éste fuera admitido. Sin perjuicio de ello, la pretensión de racionalidad que debe inspirar al proceso judicial hace necesario que los mismos criterios que se aplican para determinar la admisibilidad de una ciencia reconocida como tal se apliquen también a todo campo de experticia, incluyendo el psicológico (el criterio sentado por el caso Kumho en los Estados Unidos se vuelve plenamente funcional en este sentido).

Es aquí cuando toma valor la opinión de que la correcta manera de entender la figura del peritaje es como un medio de prueba, motivado, parcial, representativo de los intereses de la parte que lo hace valer y de ninguna manera concluyente. Se trata de la única forma de que, en el contexto de un sistema adversarial en el cual existen intervinientes en igualdad de condiciones, puedan éstos actuar frente a peritajes que les merezcan objeciones, ya sea por la forma de realización del mismo o por dudas relacionadas con la poca confiabilidad de la materia sobre la que versa la pericia. Un tribunal de garantía diligente, por su parte, deberá tener en cuenta todas las consideraciones que se han expuesto para resolver la admisibilidad del testimonio experto que se pretende introducir.

7. BREVE ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL EN EL PROCESO PENAL

El estudio realizado en este capítulo pretendió ser una propuesta de criterios para que el examen de admisibilidad de la prueba pericial sea más racional. Se trata de un ejercicio que consideramos necesario, porque hasta el momento, desde entrada en vigencia la reforma procesal

penal en Chile, los conceptos propuestos prácticamente no han tenido aplicación. El escaso examen que se hace de este medio de prueba hace que el peritaje sea admitido sin mayor calificación acerca de cuán ajustado a derecho se encuentre. Ello, a la vez, repercute en que la jurisprudencia que se puede encontrar acerca de la admisibilidad de la prueba pericial sea limitada.

Para hacer una aproximación a la forma en que los conceptos de la admisibilidad de la prueba que han sido tratados en este capítulo son posibles de aplicar, a continuación se realiza un breve análisis de dos fallos emanados de nuestros tribunales en los que existe un pronunciamiento acerca de la admisibilidad de la prueba pericial en el proceso penal y en los que consideramos que perfectamente pudo realizarse un examen más acorde con las exigencias que la propia ley impone.

a. Texto completo de la Sentencia:

Santiago, veintiuno de octubre de dos mil nueve.

Vistos y teniendo presente:

1º) Que en esta causa, proveniente del 14º Juzgado de Garantía de Santiago, el ministerio público apela de la resolución de ese tribunal que excluyó o no declaró admisible la prueba pericial de los peritos María Alejandra Jara y Luis Alberto Vega, ofrecidos por ese ente persecutor, por no haberse acompañado sus antecedentes curriculares conforme lo ordena el artículo 314 del Código Procesal Penal. Sostiene el recurrente que la única norma que permite al Juez de Garantía excluir prueba es la del artículo 276 de dicho Código, cuyas reglas son de derecho estricto y sólo le permiten excluir pruebas (a) manifiestamente impertinentes, irrelevantes o dilatorias y (b) que provengan de actuaciones judiciales declaradas nulas u obtenidas con inobservancias de garantías fundamentales; situaciones que no concurren en el caso de autos, pues sólo se trata de un error que no invalida la prueba, por lo que debió aceptársela, sin perjuicio de ordenar que se corrigiera dicho error, en especial si se considera que ambos peritos pertenecen a una entidad auxiliar, como es el Consejo de Defensa del Niño, Programa Mal Trato Infantil Grave (Melipulli), con dependencia directa del Servicio Nacional

de Menores de la región de Los Lagos, lo que acredita que cuenta con el mínimo estándar de idoneidad exigido por la ley. Tal predicamento, dice, cuenta con respaldo jurisprudencial, citando al efecto un fallo de la Corte de Talca.

2º) Que la defensa sostuvo en estrado que no se cumplió con la exigencia del artículo 314 del Código Procesal Penal, lo que quedó claramente establecido en la audiencia de preparación del juicio oral, en que se requirió expresamente la Ministerio Público sobre los antecedentes curriculares de los peritos, lo que motivó al señor Juez de Garantía a declarar no admisible la prueba pericial; por lo que se trata en este caso de la inadmisibilidad misma de la prueba y no de una exclusión por infracción de garantías, por lo que, en su momento, intentó plantear la inadmisibilidad del recurso de apelación, cuestión que no prosperó, por estimar la Corte que se entraba al fondo del asunto.

Señaló, además, que si se hubiese aceptado dicha prueba, no obstante su inadmisibilidad intrínseca, se vulneraría el derecho a la defensa, pues la carencia de los antecedentes curriculares impediría cerciorarse de la idoneidad de los peritos y plantearlas objeciones a que legítimamente tiene derecho.

Sostuvo, por último, que las dudas de interpretación que existieron antes de la dictación de la Ley N° 20.074, en cuanto a que la calificación de la admisibilidad de la prueba pericial podía efectuarla tanto el Tribunal de Garantía como el Oral, ya no caben después de las modificaciones que esa Ley efectuó a los artículos 314 y 316 del Código Procesal Penal, las que han dejado absolutamente claro que los informes se presentan en la audiencia de preparación del juicio oral, con los antecedentes curriculares de sus autores y que la admisibilidad corresponde al Juez de Garantía en dicha audiencia. Ello cuenta con respaldo jurisprudencial y también doctrinario, citando al efecto lo expresado por los profesores Mauricio Duce y Cristián Riego, en su obra Proceso Penal, de la Editorial Jurídica de Chile, página 454, cuya reproducción dejó para ser tenida a la vista.

3º) Que, en opinión de estos sentenciadores el asunto de que se trata corresponde a una cuestión más bien formal, puesto que los peritos presentados por el Ministerio Público fueron identificados como psicóloga y asistencia social del Consejo de Defensa del Niño, del

Centro Melipulli, entidad dependiente del Servicio Nacional de Menores de la Región de Los Lagos, lo que se ajusta a la normativa del Código Procesal Penal que permite al Ministerio Público presentar informes emanados de servicios o entidades auxiliares, entre los cuales está obviamente el recién mencionado, lo que permite colegir que cuentan con la idoneidad exigida por la ley. De modo que, por esta razón y además, porque no se observa ninguna vulneración de garantía en su obtención, ni que se altere el derecho a la defensa, no ha sido procedente la exclusión de la prueba constituida por el informe de las dos peritos mencionadas.

Por estos fundamentos y atendido lo dispuesto por los artículos 276, 314, 316 y 321 del Código Procesal Penal, se revoca la resolución en alza de 21 de septiembre pasado, dictada por don Marcelo Ovalle Bazán, Juez de Garantía del 14° Juzgado de Santiago, en cuanto excluyó o no declaró admisible la prueba pericial de los peritos María Alejandra Jara y Luis Alberto Vega, presentados por el Ministerio Público para el Juicio Oral respectivo, declarándose, en cambio, que dicha prueba queda incorporada al Auto de Apertura del Juicio Oral, en los términos propuestos por el Ministerio Público, sin perjuicio de que dicha entidad acompañe, para el cabal conocimiento de la defensa, los antecedentes curriculares de esos peritos.

Regístrese como sea pertinente, devuélvase la competencia y comuníquese. Redacción del Ministro señor Cisternas.

Pronunciada por la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, integrada por los Ministros señor Lamberto Cisternas Rocha, señora Gloria Ana Chevesich Ruiz y Abogado Integrante señor Jorge Lagos Gatica.

Rol N° 2.130–2009.

Comentario:

Respecto a la decisión adoptada por la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, y previo a realizar un juicio respecto a la decisión adoptada, es necesario hacer las precisiones siguientes:

En primer lugar, es bastante claro que en el caso particular está en discusión uno de los criterios de admisibilidad de la prueba pericial descritos en este trabajo, que denominamos

“Idoneidad del Perito”. Este criterio se refiere a las condiciones que debe reunir la persona del experto para que su declaración pueda ser incorporada al proceso. A diferencia de lo que se afirma de manera constante en la sentencia referida con anterioridad, no nos parece que se trate de un tema meramente formal, en la medida que se relaciona íntegramente con la institución del peritaje al ser una condición mínima del mismo cerciorarse que una persona efectivamente cuenta con un nivel de conocimiento adecuado para ser considerado un experto.

En segundo lugar, es posible afirmar que en Chile, este requisito se encuentra recogido en el inciso primero del artículo 314 del Código Procesal Penal., que señala: “El ministerio público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar en la audiencia de preparación del juicio oral que éstos fueren citados a declarar en juicio, acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito”.

Por último, es posible afirmar que por adoptar nuestro Código Procesal Penal un sistema netamente adversarial y por no haber requisitos preestablecidos para la determinación de la idoneidad del perito, se trata de una operación eminentemente casuística. En efecto, las partes deberán trabajar para convencer al tribunal de que el experto detenta las condiciones necesarias para actuar como tal en el juicio, atendidas las circunstancias particulares del caso.

Teniendo lo anterior en consideración es posible formular las siguientes críticas a la sentencia emitida por la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago:

En primer lugar, nos parece que el tribunal se equivoca al tratar el problema relativo a la idoneidad de un perito como un asunto meramente “formal”. La idoneidad del testimonio experto es del todo relevante a la hora de determinar la admisibilidad de este medio probatorio, así como al momento de su posterior valoración. Nos remitimos para estos efectos a lo ya señalado al hablar del requisito de la idoneidad de perito, señalando al efecto simplemente que descartar la discusión bajo el argumento de su “formalidad” es un peligroso precedente que podría afectar la propia esencia de la prueba en estudio.

En segundo lugar, nos parece insuficiente la calificación de idoneidad de un perito sobre la base de la “identificación” de la parte que lo introduce en un juicio. Por muy bien calificados que sean determinados profesionales y por se parte de entidades dependientes del SENAME, no es suficiente la mera afirmación del Ministerio Público de que el experto es tal para que el tribunal determine que es idóneo. La defensa tiene todo el derecho a cerciorarse de que dichas credenciales son efectivas y de que efectivamente el profesional se desempeña en el área relacionada con el juicio en cuestión, reuniendo condiciones y aptitudes profesionales que le permitan actuar como experto en el juicio.

En tercer lugar, como ya hemos mencionado la idoneidad personal del perito debe relacionarse con las circunstancias particulares del caso. Con la mera afirmación de que el perito es un psicólogo y que es parte de cierta institución, no es posible determinar con precisión suficiente si es posible calificarlo como un experto respecto al punto particular tratado en el juicio. Como en toda carrera profesional, en la psicología existen varias áreas de especialización y es posible que en un juicio determinado la discusión se centre en una de dichas áreas específicas (probablemente la acreditación de la veracidad de un testimonio debiera llevarse a efecto mediante el trabajo de un psicólogo clínico y no de uno laboral). De lo anterior es posible desprender que al momento de presentar este medio probatorio es necesario como mínimo acompañar comprobantes que acreditan la idoneidad profesional del perito.

Por último, deseamos precisar que nuestra posición no pretende rigidizar la forma en que dicha idoneidad es acreditada, asumiendo que la forma en que ello puede llevarse a efecto debe quedar a cargo de lo que en el caso particular convenga. Sin perjuicio de eso, queremos nuevamente dar cuenta de la importancia de este criterio de admisibilidad de la prueba pericial. Es nuestra opinión que en nuestro sistema procesal penal existe plena libertad respecto a los medios de acreditación de la idoneidad, pero descartamos de manera categórica que la mera identificación del perito, proporcionada por una de las partes, pueda sustituir los antecedentes exigidos por el artículo 314 del Código Procesal Penal.

A continuación exponemos un fallo emanado de la Ilma. Corte de Apelaciones de San Miguel, con un criterio similar al expuesto en el caso anterior, pero con un relevante voto disidente que resulta más acorde con nuestra posición.

b.- Texto completo de la Sentencia:

San Miguel, doce de octubre de dos mil siete.

Vistos y oídos los intervinientes:

1º) Que en la causa RIT N° 1392 2007, del 12º Juzgado de Garantía de Santiago, seguida en contra de Rubén Maldonado Suárez, la Fiscal Adjunto doña María Macarena Car Silva ha interpuesto recurso de apelación en contra del auto de apertura de juicio oral, dictado por el señor juez de garantía al término de la audiencia respectiva, realizada el día 4 de septiembre del año en curso.

2º) Que el recurso de apelación encuentra fundamento en el hecho de haberse excluido del auto de apertura impugnado, como prueba del Ministerio Público, la pericial que se ofreció respecto de las peritos Carola Ximena Cuevas, Karla Daniela Guaita Cahue y Natalia Santos Morales, funcionarias de SENAME y del Ministerio del Interior.

3º) Que al tenor de la resolución apelada, el señor Juez de Garantía excluyó la pericial ofrecida por el Ministerio Público, respecto de las peritos individualizadas en el motivo anterior, por cuanto estimó que no se había acreditado por el Ministerio Público la idoneidad de las referidas peritos, en la medida que no se acompañaron documentos que justifiquen, mínimamente la especialización o experiencia profesional que se invoca respecto de éstas. Expresa la resolución recurrida que la información respecto de los peritos debe provenir necesariamente de terceros, sin que sean suficientes los dichos o afirmaciones de los propios peritos. En la especie, el Ministerio Público sólo acompañó los respectivos currículos.

4º) Que, en su recurso, la Fiscal Adjunta señora María Macarena Car Silva expone que, efectivamente, se acompañaron los currículos de las peritos, documentos en los que se indica, además, las instituciones en las que se desempeñan actualmente, lo que resulta suficiente para dar por cumplida la exigencia a que se refieren los artículos 259 y 314 del Código Procesal Penal. Agrega que el artículo 276 del mismo Código, al regular la exclusión de pruebas para el

juicio oral, no señala en parte alguna que el juez de garantía pueda dejar fuera la prueba pericial por no adjuntarse los antecedentes relativos a los títulos o calidades de los peritos. Por lo que, manifiesta, la resolución recurrida infringe el principio de legalidad consagrado constitucionalmente en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, e importa para el Ministerio Público una conculcación de sus derechos, en una etapa procesal que, expone, es especialmente relevante.

5°) Que en la audiencia de preparación de juicio oral, la defensa no impugnó que los peritos cuya exclusión solicitó, y a cuyo respecto se dedujo el presente recurso de apelación, presten servicios de psicólogas, Carola Ximena Cueva en el Centro de Atención de Víctimas, dependiente del Ministerio del Interior; Carla Daniela Guaita Cahue en la Unidad de Intervención en Crisis del Servicio Nacional de Menores y Natalia Santos Morales en la Unidad de Intervención en Crisis del SENAME, basando su argumentación de exclusión únicamente en no haberse acompañado, a su respecto, los antecedentes justificativos de su idoneidad, aduciendo que no bastaba al efecto el currículum vital que en forma detallada se refiere a sus títulos y cursos de perfeccionamiento.

6°) Que con arreglo a lo previsto por los artículos 314 y 316 del Código de Procedimiento Penal, tanto el Ministerio Público como los demás intervinientes pueden solicitar la citación a declarar de peritos de su confianza, acompañando los comprobantes que acrediten su idoneidad profesional, y que el juez de garantía podrá admitir sus informes y citarlos a declarar cuando considerare que dichos informes otorgan suficiente garantía de seriedad y profesionalismo. Tales normas contienen el régimen general de procedencia y admisibilidad de los peritos ofrecidos por los intervinientes.

7º) Que no obstante lo anterior, en el artículo 321 del Código de Procedimiento Penal el legislador se hizo cargo en forma especial y particular de los Auxiliares del Ministerio Público como peritos, y dispuso expresamente que: “El Ministerio Público podrá presentar como peritos a los miembros de los órganos técnicos que le prestaren auxilio en su función investigadora, ya sea que pertenecieran a la policía, al propio Ministerio Público o a otros organismos estatales especializados en tales formas”.

En la norma citada se parte del supuesto que los miembros de los organismos estatales aludidos cuentan con la idoneidad requerida y que está en posesión de los títulos profesionales o técnicos que las habilitan para el desempeño de las funciones que aparecen en esas reparticiones.

8º) Que demuestra que a los miembros de los órganos técnicos que prestan servicios al Ministerio Público –cuya es la situación de las peritos mencionada- no le es aplicable la normativa general que al resto de los peritos en cuanto a la forma de acreditar sus respectivas especializaciones y antecedentes de seriedad y profesionalismo, la circunstancia que el Código Procesal Penal haya tratado su comparecencia como peritos, en forma separada e independiente a la norma general contenida en el artículo 314 de ese cuerpo legal.

9º) Que los fundamentos de la resolución apelada, para excluir los medios de prueba señalados, no se encuentran entre las causales que detalla y establece el artículo 276 del Código Procesal Penal. Esta norma, debe ser interpretada restrictivamente por lo extremadamente gravosa que puede significar a la víctima o al imputado su exclusión en el juicio oral.

10º) Que en el nuevo proceso penal, la regla general es admitir la prueba ofrecida por los intervinientes, debiendo su mérito probatorio ser ponderado en el Juicio Oral por los jueces de la instancia. En la oportunidad referida los abogados pueden impugnar éste mérito, efectuando los contrainterrogatorios que estimen necesarios. En lo que se refiere a los problemas que se susciten en cuanto a la exclusión de prueba deben ser solucionados casuísticamente, todo ello, en atención a las amplias facultades de apreciación de la prueba que se le han otorgado al Juez Oral.

Y Visto además lo dispuesto en los artículos 276 y 370 del Código Procesal Penal, se revoca la resolución dictada en la audiencia de fecha cuatro de septiembre del año en curso en cuanto excluye del auto de apertura a las peritos Carola Ximena Cuevas, Karla Daniela Guaita Cahue y Natalia Santos Morales y se declara que se incorpora a las mencionadas peritos al auto

de apertura del juicio, quienes podrán ser presentadas como prueba en el juicio oral respectivo por parte del Ministerio Público.

Acordada con el voto en contra del Abogado Integrante señor Carvallo quien fue de parecer de confirmar en lo apelado la resolución de fecha cuatro de septiembre último y en su lugar declarar que se debe excluir la prueba pericial ofrecida por el Ministerio Público en relación a las peritos Carola Ximena Cuevas, Karla Daniela Guaita Cahue y Natalia Santos Morales, en base a las siguientes consideraciones:

1º) Que, de conformidad a lo dispuesto por el ya citado artículo 314 del Código Procesal Penal, es obligatorio para la parte que solicita la probanza en cuestión acompañar los antecedentes que acrediten la idoneidad profesional del perito. Lo que es propio de la naturaleza de este medio de prueba, en la medida que solo resulta procedente, según deja sentado el inciso segundo de la misma disposición, en tanto cuanto fuere necesario o conveniente conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa.

2º) Que la obligación de acreditar la idoneidad de el o los peritos se ve confirmada por la disposición del artículo 316 del Código Procesal Penal, el que prescribe que el juez de garantía “admitirá los informes y citará a los peritos cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, considere que los peritos y sus informes otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo. Es decir, y razonando contrario sensu, el juez de garantía se encuentra facultado para inadmitir un informe y la citación de un perito cuando no le da las garantías referidas.

3º) Que la facultad de admitir o no un informe pericial y la citación del respectivo perito debe ejercerla el juez de garantía con la información mínima suficiente. En la especie, no se acompañó antecedente alguno que acredite la idoneidad de los peritos Carola Ximena Cuevas, Karla Daniela Guaita Cahue y Natalia Santos Morales. Por lo que el disidente, comparte en este aspecto el criterio del señor juez de garantía, en orden a que no basta para dar por cumplido el requisito legal las meras declaraciones formuladas por los propios peritos en su currículo. Ni resulta tampoco suficiente para acreditar idoneidad profesional el hecho que desempeñen un cargo en una institución fiscal, circunstancia respecto de la cual tampoco de ha acompañado antecedente escrito alguno.

4º) Que, por lo razonado en los motivos anteriores este Abogado Integrante considera que no se ha vulnerado disposición alguna por el señor Juez de Garantía al excluir la pericial ofrecida por el Ministerio Público respecto de los peritos señalados.

Se dio a conocer lo resuelto a los intervinientes presentes, se ordenó notificar por el estado diario y se elevó la presente acta que firma la señora Relatora que actuó como Ministro de fe. Redacción de la Ministra señora Inés Martínez Henríquez y del voto disidente, su autor.

Regístrese, devuélvase y comuníquese.

Rol N° 1.392 2007

Comentario:

Esta sentencia es similar a la primera analizada, pero profundiza en ciertos aspectos que merecen un comentario.

En primer lugar, es posible notar una interpretación y aplicación extensiva del tenor del artículo 321 del Código Procesal Penal, que señala que “El Ministerio Público podrá presentar como peritos a los miembros de los órganos técnicos que le prestaren auxilio en su función investigadora, ya sea que pertenecieran a la policía, al propio Ministerio Público o a otros organismos estatales especializados en tales formas”. De esta norma es posible extraer que el legislador autoriza expresamente al Ministerio Público a presentar peritos que son parte de sus organismos auxiliares o de otros entes públicos. Sin embargo, el tribunal interpreta a esta norma como una excepción de las reglas generales sobre prueba pericial respecto a los miembros de estos organismos que cumplen la función de peritos, en el sentido de que al ser tales no les cabrían los requisitos generales que la ley contempla para la determinación de la admisibilidad de los peritos. Francamente, de ninguna variante de la disposición anteriormente citada, es posible extraer esa conclusión. El error de la última Corte es tal que, de acuerdo a lo señalado, ni siquiera sería necesario acreditar que efectivamente son parte de dichos organismos.

En segundo lugar, el tribunal sostiene que en el nuevo proceso penal, la regla general es admitir la prueba ofrecida por los intervinientes, debiendo su mérito probatorio ser ponderado en

el Juicio Oral. En base a la afirmación anterior, sería posible desestimar la necesidad de determinar la admisibilidad de una prueba en un juicio de manera casi absoluta, con los consecuentes problemas que esto generaría, tratados con detalle en esta memoria.

Pese a esto, queremos llamar la atención del voto disidente, que da cuenta de la que a nuestro juicio es una interpretación acertada de la normativa respecto a la admisibilidad de la prueba pericial.

En la opinión del abogado integrante, don Rafael Carballo Santelices, es obligatorio para la parte que solicita la probanza en cuestión acompañar los antecedentes que acrediten la idoneidad profesional del perito, según lo señalado por el artículo 314 del Código Procesal Penal.

Además, señala que “la facultad de admitir o no un informe pericial y la citación del respectivo perito debe ejercerla el juez de garantía con la información mínima suficiente. En la especie, no se acompañó antecedente alguno que acredite la idoneidad de los peritos Carola Ximena Cuevas, Karla Daniela Guaita Cahue y Natalia Santos Morales. Por lo que el disidente, comparte en este aspecto el criterio del señor juez de garantía, en orden a que no basta para dar por cumplido el requisito legal las meras declaraciones formuladas por los propios peritos en su currículo. Ni resulta tampoco suficiente para acreditar idoneidad profesional el hecho que desempeñen un cargo en una institución fiscal, circunstancia respecto de la cual tampoco se ha acompañado antecedente escrito alguno”.

Esta es una interpretación correcta, a nuestro juicio, de las normas relativas a la idoneidad del perito, pues no es posible entender que la identificación realizada por la parte o por el propio perito basta para determinar su idoneidad en un juicio. No aceptar esto significaría en la práctica eliminar el requisito de determinación de la idoneidad del perito, eliminando así un examen básico como es el de la experticia de quien se supone que la tiene.

CAPÍTULO III:
VALORACIÓN DE LA PRUEBA
PERICIAL EN EL PROCESO
PENAL

1. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Como primera tarea en este capítulo procederemos a dar una definición a “valoración de la prueba”. Si bien se trata de una noción de uso común, la mayoría de los textos escritos se refieren a los distintos sistemas de valoración probatoria posibles en un procedimiento, pero no es frecuente encontrar una definición propiamente tal.

A nivel nacional, Raúl Nuñez entiende la valoración de la prueba como *“la verificación de enunciados fácticos introducidos en el proceso a través de los medios de prueba, así como el reconocimiento a los mismos de un determinado valor o peso en la convicción del juzgador sobre los hechos que se juzgan”*.²⁷⁷

Por su parte, Julián López define a la apreciación de la prueba como *“el análisis crítico que hace el tribunal de las pruebas rendidas durante el juicio oral, con el objeto de decidir si se han verificado o no las afirmaciones de las cuales se basan la acusación y la defensa y adoptar la decisión de absolución o condena”*.²⁷⁸

De manera concordante, puede entenderse que la valoración de la prueba tiene por finalidad *“poner en claro hasta que punto merecen fe diversos elementos probatorios (...), el juez debe discernir si esos elementos probatorios proporcionan una base suficiente para dar por sentados hechos que constituyen el verdadero objetivo del saber”*.²⁷⁹ Valorar la prueba, en este sentido, es la labor que realiza el juez en todo procedimiento de establecer cual es el mérito de un medio probatorio para acreditar un hecho discutido en un juicio, tanto de un medio de prueba en específico, como el de todos en conjunto.

²⁷⁷ NUÑEZ, Raúl, *El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo*, Revista Ius Et Praxis, Año 14, N°1, Universidad de Talca, Facultad de ciencias jurídicas y sociales, Talca, Chile, 2008, p. 213.

²⁷⁸ LOPEZ, Julian, Op. Cit., p.144.

²⁷⁹ Erich Döring, citado por MANRÍQUEZ, Samuel, *La libertad de prueba en el juicio oral*, Memoria para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2005, p. 32.

Cristián Maturana al conceptualizar la actividad de valoración, establece que existen dos etapas distinguibles: *“en primer lugar, la interpretación, una vez rendida la prueba, el juez debe determinar cual es el resultado que se desprende de cada una de las pruebas rendidas (...) sin atender al valor probatorio de cada una de esas pruebas. En segundo lugar, el juez debe determinar el valor que debe atribuirse a cada medio para formar su convicción acerca de los hechos que configuran el conflicto”*.²⁸⁰

De los anteriores conceptos es posible hacer ciertas observaciones en torno a la valoración de la prueba:

En primer lugar, se trata de una labor ejercida de manera exclusiva por el juez que conoce de la causa. En efecto, corresponde al juzgador tanto constatar la prueba que se rinde en juicio como, a partir de los elementos adquiridos, tomar una decisión que se adopte respecto a ella, relacionada con la solución final de un caso.

Se trata de funciones se ven facilitadas en la medida en que tiene vigencia el principio de inmediación, cosa que ocurre actualmente en nuestro procedimiento penal.²⁸¹

Este vínculo fue constatado por Gerhard Walter, quien afirma que en dicho principio se entrecruzan dos criterios que son diversos: *“por un lado, el tribunal tendría que obtener conocimientos de los medios de prueba mediante percepción sensorial propia y directa (...) y que el tribunal tiene que apoyarse en medios de prueba que sean en lo posible cercanos al hecho, o sea tomar declaración a un testigo directo y no a un testigo de oídas. (...) El debate oral y la recepción de la prueba tienen que tener lugar directamente ante el tribunal juzgador,*

²⁸⁰ MATURANA, Cristian, *Algunas disposiciones comunes a todo procedimiento y aspectos generales de la prueba*, Colección de Apuntes, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2003, p. 182

²⁸¹ El Principio de inmediación impone que el sentenciador sólo puede fallar de acuerdo con las impresiones personales que obtenga del acusado y de los medios de prueba. Un aspecto de este principio, denominado “Inmediación Formal” implica que el tribunal que dicta la sentencia debe haber observado por sí mismo la recepción de la prueba. Para más información consultar: HORVITZ, María Inés, *Op. Cit.*, p.96.

*porque la impresión fresca, personal del juzgador es la que suministra la base más segura para una decisión sobre los hechos”.*²⁸²

En segundo lugar, es distinguible la valoración que realiza el tribunal de cada medio probatorio en concreto y de manera individual, de la que se realiza de todos los medios probatorios en conjunto. Lo primero se refiere a establecer si un medio probatorio específico tiene el mérito suficiente para dar por establecido o no un determinado hecho, o qué conclusiones pueden derivarse de un medio de prueba específico, mientras que lo segundo corresponde a asignar el “valor” que se le asocia a cada medio de prueba tomando en consideración a los demás.²⁸³

La forma en que se realiza dicha operación varía dependiendo del sistema de valoración probatorio adoptado a nivel legislativo. Dependiendo de esto, el valor que se le asigne a cada medio probatorio puede encontrarse previamente determinado en la ley o puede entregársele al juez una libertad irrestricta para ponderar la prueba en un caso y adoptar una decisión. A modo de ilustrar estas alternativas trataremos los sistemas de apreciación de la prueba.

²⁸² WALTER, Gerhard, *Libre apreciación de la prueba*, Editorial TEMIS Librería, Bogotá, Colombia, 1985, p. 369.

²⁸³ Es concebible que puedan existir medios probatorios contradictorios, por lo que es la labor del juez determinar cual tiene un mayor “valor”, para poder adoptar una decisión final en un juicio. En lo que respecta a la prueba de peritos Vid Infra 6.

2. SISTEMAS DE VALORACIÓN DE PRUEBA

Podemos definir a un sistema de valoración de la prueba como *“aquel estatuto que regula la forma de indagación de los hechos dentro del proceso, que se manifiestan en la determinación de las formas y los medios por los cuales se puede arribar a una cierta verdad de los hechos y el modo de valorar esos medios”*.²⁸⁴

Tradicionalmente, se han distinguido dos grandes sistemas en contraposición: el de la prueba legal y el de libre valoración de la prueba. Sin embargo, es metodológicamente más acertado hacer una triple distinción entre prueba legal o tasada, un sistema de íntima convicción y, por último, de libre valoración o sana crítica.

Cabe destacar que estos sistemas son construcciones teóricas que no necesariamente se presentan de manera “pura” en cada legislación, por lo que es concebible que se presenten características de sistemas diversos en un mismo procedimiento.²⁸⁵ En el mismo sentido, no es extraño que distintos sistemas de valoración puedan coexistir en distintos procedimientos, dentro de una misma legislación.²⁸⁶

2.1 Sistema de Prueba Legal o Tasada:

Este sistema se caracteriza por *“la producción de reglas que predeterminan de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada tipo de prueba”*.²⁸⁷

²⁸⁴ José Cafferata, citado por MANRÍQUEZ, Samuel, *Op. Cit.*, p. 30.

²⁸⁵ En el actual procedimiento civil chileno, por ejemplo, la regla general es la prueba legal. Sin embargo, se establecen ciertas excepciones en las que se entrega libertad al juez para dicha labor con las solas limitaciones que impone la sana crítica. Entre otros casos, puede señalarse la prueba pericial (artículo 425 del CPC) y la prueba testimonial (artículos 429 y 384 números 3 y 5 del CPC).

²⁸⁶ Es lo que ocurre en el modelo chileno. En efecto, mientras en el procedimiento civil, por regla general, rige un sistema de prueba legal, en el procedimiento laboral o en el proceso penal posterior a la reforma del año 2000 opera un sistema de libertad probatoria. Con todo, es observable en la realidad nacional un paulatino acercamiento a un modelo de valoración libre, generalmente asociado a límites impuestos por la sana crítica.

²⁸⁷ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Madrid, España, 2002, p. 387.

Es decir, en este sistema el legislador no sólo determina cuáles son los medios probatorios que se podrán rendir en el proceso, sino que también establece de manera previa el valor que cabe asignar a cada uno de ellos, reduciendo de esa forma la labor del juzgador. En consecuencia, la prueba legal se usa para designar dos cosas: *“sea una lógica de las exclusiones o una teoría de la admisibilidad y de la relevancia de la prueba, o una teoría de la valoración de la prueba hecha anticipadamente por el legislador”*.²⁸⁸

Este es el sistema de valoración de prueba característico de los sistemas inquisitivos continentales, desde finales del siglo XIII hasta la revolución francesa.²⁸⁹ Surge como una respuesta a los antiguos métodos de obtención de prueba, para *“racionalizar la valoración de prueba y, más en general, el juicio de hecho, reduciendo tendencialmente a cero el peligro insito de arbitrariedad subjetiva del juez y eliminando, por otra parte, las pruebas irracionales basados en el principio del juicio de Dios”*.²⁹⁰

De esta forma se *“procura alcanzar la absoluta certeza en materia criminal sobre la base de pruebas racionales y el juicio de seres humanos, eliminando la discrecionalidad del juez mediante reglas probatorias objetivas que permitan derivar de manera lógica la decisión de absolución o condena”*.²⁹¹

La pretensión de crear un sistema de valoración asimilable a una operación aritmética, eminentemente técnico y eliminando cualquier elemento que no sea cuantificable en los términos de dicha operación, es un elemento esencial en el referido sistema. Da cuenta del legítimo interés de perfeccionar la manera en que la prueba es constatada y analizada, terminando definitivamente con medios pre-rationales de determinar los hechos en un juicio. Se sacrifica cualquier atisbo de discrecionalidad de parte del juez en pos de un ideal: establecer un criterio

²⁸⁸ URBETIS, Giulio, *La prueba penal: Perfiles jurídicos y epistemológicos*, Traducción Dr. Raúl Núñez Ojeda, Curso tutorial de lecturas: Claves Dogmáticas y político-criminales de la crisis del proceso penal contemporáneo, p. 70.

²⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Madrid, España, 2002, pp. 135.

²⁹⁰ TARUFFO, Michele, *Op. Cit.*, p. 388.

²⁹¹ DONOSO, Susana, *Interpretación sistemática de las normas reguladoras de la prueba en el nuevo sistema procesal penal*, Memoria para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, 2008, p. 26.

objetivo de valoración probatoria con un margen mínimo de error y con aplicación a la generalidad de los conflictos sometidos al conocimiento de los tribunales.

Desde este punto de vista, el surgimiento de este sistema de valoración de prueba puede ser considerado un aspecto positivo en la evolución histórica de la regulación de la prueba en los ordenamientos continentales de derecho civil, si se consideran los medios irracionales tan comunes en la antigüedad.

A esto se agrega que dicho sistema de apreciación de la prueba es una creación doctrinaria que posteriormente fue implementada por los legisladores y no una creación exclusiva de estos últimos como se cree comúnmente.

Además, su formulación tardó bastante tiempo y tuvo como objeto racionalizar la forma en que la prueba era apreciada y no sólo un intento vacío de sistematización o de reduccionismo intelectual. En palabras de Taruffo: *“la prueba legal del derecho común es más fruto de la elaboración doctrinal realizada por los juristas del “droit savant” medieval y renacentista que objeto de regulación”*.²⁹²

Sin embargo, las codificaciones *“producen un cambio relevante en la naturaleza de la prueba legal: esta deja de ser un fenómeno doctrinal y cultural y se convierte en un fenómeno normativo”*.²⁹³

Esta mayor importancia de las normas reguladoras de prueba establecidas por el legislador, provoca un cambio fundamental en lo que caracterizaba a este sistema de valoración de la prueba.

De acuerdo a Julián López, el sistema de prueba legal o tasada *“regula legalmente el valor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba, imponiéndole la obligación de*

²⁹² En este mismo sentido señala Taruffo: *“el sistema de prueba legal es esencialmente el producto típico y casi exclusivo de una cultura jurídica formalista, analítica, y categorizante, amante de las sutilezas y de las complicaciones clasificatoria; únicamente como reflejo, y en mucha menor medida, es un fenómeno legislativo”*. En TARUFFO, Michele, Op. cit., p. 389.

²⁹³ TARUFFO, Michele, Op. Cit., p. 391.

fundamentar su sentencia sobre la base de un razonamiento lógico fundado en el estricto respeto a dichas reglas".²⁹⁴ Se trata de un razonamiento que puede ser entendido como "un método de cálculo, donde a cada tipo de prueba se le otorga un valor cuantitativo, y de ésta forma la decisión de absolución o condena dependerá del resultado de la división entre las pruebas negativas y positivas respecto de la hipótesis de hecho y la participación del acusado".²⁹⁵

Se reduce la complejidad del sistema al mínimo, transformándolo en un método extremadamente rígido y formalista, al designar que medios de prueba producen resultados vinculantes sobre los demás. De esta forma, "no se presenta como una racionalización del sistema de las pruebas, sino como una formalización vinculante de la eficacia de cada prueba".²⁹⁶

Es en este sentido en que la prueba legal ha recibido una gran cantidad de merecidas críticas. La principal es que este método representa una continuidad de las pruebas irracionales: "la idea de prueba como suficiente, gracias a su conjunción con una norma, para garantizar deductivamente la verdad de la conclusión fáctica, no obstante su aparente racionalidad, en realidad es idéntica a la que fundamenta las pruebas irracionales del tipo mágico y arcaico: la ordalía, el duelo judicial, el juramento, la adivinación. (...) las pruebas mágicas, al igual que las pruebas legales, son en realidad pruebas formales en el sentido de que excluyen la investigación y la libre valoración del juez, sustituyéndolas por un juicio infalible y superior, divino en el primer caso y legal en el segundo".²⁹⁷

²⁹⁴ LOPEZ, Julian, Op. Cit., p.146.

²⁹⁵ TARUFFO, Michele, Op. Cit., p. 391.

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi, Op. Cit., p. 135-136. Este autor critica este sistema basado en un análisis lógico de la prueba legal, desde un punto de vista epistemológico. "La verdad de las conclusiones que pueden ser inducidas de unas y otras es sólo una verdad probable, siendo siempre posible que la conclusión de una inducción sea falsa aunque sean verdaderos los datos enunciados en las premisas. La idea contraria, según la cual la verdad de los datos probatorios asumidos en las premisas garantizarían la inopugnabilidad de la conclusión, equivale a la pretensión de justificar la inducción como si ocultase entre las premisas alguna ley o regla de carácter universal (...). La interpretación de la inducción judicial como una deducción enmascarada es el equivoco paralogismo sobre el que se basa el sistema de las pruebas legales llamadas positivas".

De manera concordante Taruffo afirma que *“no se presenta como una racionalización del sistema de las pruebas, sino como una formalización vinculante de la eficacia de cada prueba. (...) esta²⁹⁸ prueba legal no es racional en el sentido que lo era la del derecho común”*.²⁹⁹ Por estas consideraciones, es muy claro que este no es un sistema apropiado en un proceso judicial moderno, puesto que no se hace cargo de las variadas sutilezas que pueden presentarse en el momento de apreciar un determinado medio probatorio.

2.2 Sistema de la Íntima Convicción:

Como contraposición al sistema anterior, caracterizado por la extrema rigidez en que la prueba debía ser apreciada, surge el modelo de la íntima convicción. A diferencia del sistema de prueba legal, éste se caracteriza por *“la inexistencia de toda norma legal tendiente a regular el valor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba y que no impone al juez la obligación de fundamentar su decisión haciendo explícitas las razones que la han motivado”*.³⁰⁰

El surgimiento del sistema de íntima convicción fue una consecuencia directa de la Revolución Francesa, en 1798, cuando se estableció un proceso penal basado en un sistema acusatorio, bajo los principios de la publicidad y la oralidad. Durante este período de reforma, no sólo se ampliaron los derechos de los imputados, sino que además se creó el tribunal de jurados, regidos por el sistema de la íntima convicción. Antes de deliberar, a estos jurados se les leía la instrucción de cómo debían hacerlo.³⁰¹⁻³⁰²

²⁹⁸ Taruffo sólo hace referencia a la prueba legal codificada, a diferencia de Ferrajoli quien realiza una crítica de carácter lógico aplicable a la prueba legal pre-codificada.

²⁹⁹ TARUFFO, Michele, *Op. Cit.*, p. 393.

³⁰⁰ LOPEZ, Julian, *Op. Cit.*, p.148.

³⁰¹ Dicha instrucción consistía en lo siguiente: “La ley no pide cuenta de los medios por los cuales (los jurados) se han formado una convicción; no les prescribe las reglas a las cuales deben atribuir en particular la plenitud y la suficiencia de una prueba; ella les exige que se interroguen a sí mismos en silencio y en recogimiento y que busquen determinar, en la sinceridad de su conciencia, qué impresión han causado en su razonamiento las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de defensa. La ley no les dice: “tendréis por verdad todo hecho atestiguado por tal número de testigos, o no consideraréis suficientemente establecida ninguna prueba que no haya sido formada por tantos testigos o por tantos indicios”; la ley les hace una sola pregunta, que compendia toda la medida de su deber: ¿tenéis una convicción íntima?”.

³⁰² WALTER, Gerhard, *Op. Cit.*, p. 75.

Taruffo caracteriza este proceso de cambio de un modelo de prueba legal a uno de íntima convicción como “*el paso de una racionalidad positiva, caracterizada por la existencia de reglas para la valoración de las pruebas, a una racionalidad negativa, en la medida en que está caracterizada por la falta de reglas sobre la valoración de las pruebas*”.³⁰³

Se trata de una constatación posible de hacer a partir de la propia definición de este nuevo modelo, según la cual hay una ausencia de reglas que regulen dicha materia: No existe un reemplazo de criterios racionales de apreciación de la prueba por otros más novedosos o acordes con la nueva realidad social, sino que se abolen los primeros para dar paso a una ausencia absoluta de estos.

La consecuencia más clara de esta falta de racionalidad en la forma en que la prueba es valorada, es la supremacía de “*el subjetivismo de la intuición irracional como instrumento para la formulación del juicio de hecho*”.³⁰⁴

Esto puede entenderse como una ausencia total del control de la valoración realizada por el juez y la sustracción de la prueba de “*cualquier racionalidad, lógica, científica o de sentido común, situándose en el espacio ideal en que el único criterio de juicio es la falta de criterio*”.³⁰⁵

Derivado de lo anterior, en el sistema de íntima convicción tienden a primar las sugerencias y estímulos emocionales y no variables que atienden a la valoración de la pertinencia, relevancia y conclusión probatoria.³⁰⁶

La figura del litigante en un sistema de este tipo, comúnmente de jurados y de veredictos inmotivados y su habilidad de lograr conexiones emocionales con los juzgadores, se transforman en elementos de importancia trascendental en los resultados del procedimiento.

Factores que en una primera aproximación debiesen ser irrelevantes no los son en absoluto; desde las vestimentas utilizadas por el imputado, el tono de voz de su defensor o

³⁰³ TARUFFO, Michele, *Op. Cit.*, p. 396.

³⁰⁴ TARUFFO, Michele, *Op. Cit.*, p. 396.

³⁰⁵ *Ibidem*.

³⁰⁶ URBETIS, Giulio, *Op. Cit.*, p. 74.

imágenes de las víctimas utilizadas por los fiscales para provocar una respuesta emocional de parte de los jurados.

Son esas razones las que hacen que el modelo de apreciación de la prueba de la íntima convicción no sea concordante con un procedimiento judicial que pretende alcanzar alguna clase de verdad en la determinación de los hechos.

En efecto, que *“la concepción epistemológica que subyace a esta doctrina viene a decir que el método más fiable para conocer los hechos consistiría en procurar que el sujeto cognoscente llegue a estar convencido de los mismos sea cual fuere el razonamiento por el que llegue a ese convencimiento”*.³⁰⁷ Pero, como es obvio, del hecho que persona este convencida de algo no se sigue necesariamente que ese hecho sea cierto. La Tierra, a diferencia de lo que comúnmente se creyó, no es plana y siempre ha girado alrededor del Sol y no al revés.

Nuestra opinión es que este sistema de apreciación de la prueba es incompatible con el proceso penal propio de un Estado de Derecho, ya que, rigiendo éste, no podría existir ninguna clase de control sobre las decisiones jurisdiccionales. No es posible que se le entregue al juzgador un poder tal que lo excuse de fundamentar sus decisiones.

Es justamente la necesidad de fundamentación y de cierta clase de control sobre las decisiones que se adoptan lo que separa a un sistema de juzgamiento racional de otro en que priman variables emotivas o en que es posible que operen prejuicios y supersticiones por sobre realidades científicamente constatables.

Por todo lo anterior, es que del modelo de íntima convicción se avanzó a un sistema de libre valoración de la prueba con criterios racionales y acorde con los principios que rigen los procedimientos judiciales modernos.

2.3 Libre Valoración o Sana Crítica:

³⁰⁷ NUÑEZ, Raúl, Op. Cit., p. 215.

Este sistema supone la autonomía del juez al momento de valorar la prueba, pero siempre sujeto a límites interpuestos por las reglas de la lógica y las máximas de experiencia.

Tradicionalmente se considera a este sistema como un intermedio entre los dos anteriores, al conjugar los beneficios de una apreciación de la prueba efectuada directamente por el juez en un caso concreto, con relativa libertad, y la posibilidad de realizar un control de dicha valoración, al establecerse limitaciones que atienden al objetivo del proceso, de buscar la verdad, y al exigirse la fundamentación de las sentencias.

Siguiendo a Ubertis, se puede afirmar que el canon de la libre valoración puede entenderse no sólo de una forma negativa, en contraposición al sistema de las pruebas legales, sino también de manera positiva, referente a la previsión de los límites y garantías contra la arbitrariedad del juez.³⁰⁸

De esto podemos deducir que el juez tiene libertad para escoger, entre el material probatorio incorporado al juicio, los elementos que considere más significativos para la decisión sobre el hecho, pero siempre de manera racional y controlable.

No existe una determinación previa de parte del legislador del valor probatorio asignado a cada uno de los medios de prueba, dejándose esta labor al juez de la causa, quien se encuentra en una mejor posición para realizar tal juicio.

Con ello, el peso relativo que se le asigne a cada prueba puede ser determinado por medio de criterios flexibles y dependientes de las circunstancias particulares de cada caso, pero sin que el juzgador cuente con una libertad irrestricta, al tener que atenerse a criterios racionales -y no de otra clase- y al tener que fundamentar suficientemente su decisión del caso. En otras palabras “*el juez debe siempre convencerse según el proceso y según la razón*”.³⁰⁹

A través del tiempo, se han entregado diversas definiciones de libre valoración de la prueba o sana crítica.

³⁰⁸ URBETIS, Giulio, *Op. Cit.*, p. 72.

³⁰⁹ URBETIS, Giulio, *Op. Cit.*, p. 72.

Para Miguel Gonzáles Saavedra, es la “*apreciación de los antecedentes del proceso, en términos que su examen lógico conduzca al sentenciador a la certeza sobre los hechos controvertidos a través del análisis de la prueba*”.³¹⁰

Para Jaime Espinoza Ramírez, en este modelo “*se mezclan las reglas de la lógica con las de la experiencia del juez, lo que no quiere decir que el juez pueda razonar libremente, a voluntad, arbitrariamente, sino con higiene mental, tendiente a asegurar el más certero y eficaz razonamiento*”.³¹¹

En Alemania se ha realizado un exhaustivo trabajo al tratar de definir al sistema de “libre convicción”, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Esta labor se vio entorpecida en un principio por la falta de una “*pauta de valor para su interpretación*”.³¹²

El Tribunal Supremo Alemán en un principio entendió que la “convicción” consistía en el proceso civil en “*la conciencia de determinado alto grado de verosimilitud, sin que tal posición pudiese respetarse rigurosamente*”.³¹³

Sin embargo, esta concepción fue prontamente limitada a todo lo concerniente a cuestiones de determinación de causalidad en casos concretos, dado el gran nivel de complejidad de dicha materia. Posteriormente quedó de manifiesto los diversos problemas que esta concepción causaba y se entendió que un alto grado de verosimilitud no reemplazaba la convicción del tribunal, sino que sólo era “*un vehiculo para llegar a ésta*”.³¹⁴ En las salas penales, también se restringió, en un principio, a cuestiones de causalidad la concepción de que “*una verosimilitud grande bastaba para efectuar una constatación*”.

³¹⁰ LEPIN, Cristián, *Breve estudio sobre la sana crítica*, Gaceta Jurídica N° 319, Editorial Lexis Nexis, Enero, 2007, p. 10.

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² WALTER, Gerhard, *Op. Cit.*, p. 99.

³¹³ WALTER, Gerhard, *Op. Cit.*, p. 101. En el fallo emitido el 14/01/1885 se establece que “Debido a lo limitado de los medios humanos de cognición, nadie puede saber con *certeza absoluta* que algún hecho haya ocurrido efectivamente (ni siquiera habiéndolo presenciado directamente). Siempre cabe imaginar posibilidades abstractas de que las cosas hayan sucedido de otro modo. Quien tenga conciencia de las limitaciones puestas al conocimiento humano, no supondrá nunca que su convencimiento de que un hecho ha ocurrido está al amparo de toda duda y que un error es absolutamente imposible. En la vida practica vale, pues, como verdad el alto grado de verosimilitud (...)”.

³¹⁴ *Ibidem*.

La posición actual de la jurisprudencia alemana comenzó a configurarse en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, por dos sentencias de la Corte federal.³¹⁵ Estos dos fallos tienen en común el afirmar que una gran verosimilitud no era suficiente como estándar de prueba al no poder descartarse cualquier duda u otra posibilidad. Sin embargo, se realizó una distinción entre la duda positiva, que se basa en hechos concretos que permiten concebir una segunda posibilidad, por lo que son atendibles al momento de tomar una decisión, y la duda negativa, meramente abstracta o teórica que no es relevante, por no ser fundamentada por elementos concretos.³¹⁶

De esto es posible deducir que el elemento fundamental de la libre valoración es la ausencia de dudas para establecer la convicción de juez, lo que se traduce en una certidumbre subjetiva: *“lo que interesa es la convicción de un individuo, el juez de los hechos, y no una posible tercera persona razonable. La verosimilitud no es más que un medio auxiliar para lograr la necesaria certidumbre, o sea, la convicción”*.³¹⁷

Pese a esto, es necesario recalcar que dicho sistema permite el control sobre las decisiones judiciales, en la medida que sólo el juez podrá establecer que no se encuentra convencido de un hecho cuando se enfrente a dudas positivas y concretas que puedan ser constatadas, y no pueda superarlas. Si el juez alega dudas abstractas para dar un hecho como no probado estaría incurriendo en un vicio.

De lo anterior se desprende el carácter racional del sistema de libre valoración en contraposición a la irracionalidad de la prueba legal y el excesivo subjetivismo de la íntima convicción. Se trata de un modelo que *“permite configurar el juicio sobre el hecho como orientado tendencialmente a fundar una versión verdadera del hecho mismo, al menos en los límites en los que se puede sostener que la aproximación del juicio a la realidad empírica puede realizarse en el proceso”*.³¹⁸

³¹⁵ Dichas sentencias corresponden a las dictadas el 28 de noviembre, por la sala segunda, y el 5 de diciembre de 1950, correspondiente a la tercera sala.

³¹⁶ WALTER, Gerhard, *Op. Cit.*, p. 113.

³¹⁷ WALTER, Gerhard, *Op. Cit.*, p. 123.

³¹⁸ TARUFFO, Michele, *Op. Cit.*, p. 400.

Un sistema de íntima convicción descarta cualquier intento de justificar racionalmente el proceso a través del cual se tomó una decisión, mientras que la prueba legal constriñe excesivamente al juez al ordenarle utilizar criterios preestablecidos contrarios a una aproximación racional de la realidad empírica de un hecho específico.

En la dogmática alemana se ha entendido que la libre valoración “*actúa sobre la base de la convicción del juzgador que se forma a través del contenido global de los debates (fase de discusión) y el resultado de la eventual recepción de la prueba (fase de prueba)*”.³¹⁹

Este postulado tiene una doble dimensión: por un lado, es imperativo que todo lo que haya sido objeto del debate y de prueba sea aprovechable en la sentencia, y por el otro, que sólo puede utilizarse para alcanzar la convicción lo que fue objeto del debate y de la prueba. Por eso, este sistema de apreciación de la prueba implica una “*libertad orientada y no equivale a una discrecionalidad absoluta o a una arbitrariedad subjetiva en el juicio de hecho*”.³²⁰ El término de “libertad orientada” acuñada por el profesor Taruffo, implica que el juez debe valorar la prueba únicamente con el objetivo de alcanzar una determinación tendencialmente verdadera de los hechos del caso y que debe utilizar criterios racionales para ellos.

Como se señaló, las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, entendidas como criterios de valoración racionales -únicos aptos para fundar el juicio sobre el hecho- se encuentran esencialmente asociados al sistema de libre valoración de la prueba. Son justamente estos lineamientos los que sirven de guía y límites para la función probatoria que realiza el juez en el proceso y los que permiten diferenciar a la libre valoración de la mera arbitrariedad subjetiva.³²¹ por esto que, para tener un cabal entendimiento de cómo opera la sana crítica, daremos una noción de cada uno de esas limitantes y sus diferencias.

³¹⁹ NUÑEZ, Raúl, *Op. Cit.*, p. 215.

³²⁰ TARUFFO, Michele, *Op. Cit.*, p. 401.

³²¹ TARUFFO, Michele, *Op. Cit.*, p. 401.

Es posible entender a las máximas de experiencia como “*definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, independiente del caso concreto a decidir en el proceso y de sus circunstancias singulares, ganadas mediante la experiencia, pero autónomas respecto a los casos particulares de cuyas observaciones se tratan, las cuales pretenden valer para otros casos*”.³²² En otras palabras, son formulaciones extraídas de casos anteriores por medio de la experiencia y que pueden ser exitosamente aplicadas a situaciones posteriores debido a que comparten caracteres comunes.

Se trata de conclusiones extraídas a partir de una metodología inductiva, al buscar generalizarse situaciones en base a un indeterminado número de situaciones particulares. Obsérvese, sin embargo que, en cuanto fruto de ese tipo de razonamiento, no se encuentran ajenas a los problemas derivados de la utilización de un “método inductivo”, derivados de la improcedencia lógica de transformar en absoluto lo que por naturaleza es relativo. En otras palabras, no es lógicamente necesario que situaciones que se aprecian en casos comunes continúen repitiéndose o que se den en todos los casos posibles. Las máximas de experiencia, por ser sólo hipótesis carentes de univocidad y siempre sujetas de falsación, no son posibles de ser utilizadas de manera autónoma, por lo que siempre deben conjugarse con los otros lineamientos que trataremos a continuación.³²³

Los problemas expuestos respecto a las máximas de experiencia no tienen lugar en las reglas de la lógica.

Al hablar de las reglas de la lógica nos referimos a “*conocimientos intrínsecamente universales que deben siempre aplicarse en el curso del desarrollo procesal*”.³²⁴ Se trata de normas que se relacionan directamente con la coherencia del razonamiento utilizado para llegar a una determinada conclusión. En decir, es necesario que las conclusiones puedan extraerse lógicamente de las premisas utilizadas. De no ser así a nivel judicial, se incurrirían en manifiestas contradicciones entre las distintas motivaciones o entre estas y las decisiones o incluso en la propia redacción de la fundamentación de determinado fallo. Que los juicios

³²² TARUFFO, Michele, *Op. Cit.*, p. 24.

³²³ *Ibidem* p. 26.

³²⁴ *Ibidem*.

realizados en un procedimiento tengan la suficiente coherencia interna y que permitan determinar lo mejor posible la verdad de los enunciados de hecho expuestos y una posterior revisión judicial, son necesidades que va de la mano con un modelo de valoración de la prueba con pretensiones de racionalidad.

Conforme a lo anterior, no existe mayor dificultad en distinguir a las reglas de la lógica de las máximas de experiencia, debido a que las primeras son permanentes e invariables, mientras que las segundas son contingentes y variables con relación al tiempo y el lugar.³²⁵

Sin embargo, surge un problema al tratar a los conocimientos científicamente afianzados como criterios de racionalidad al evaluar la prueba y que se relaciona directamente con nuestra materia.

Las leyes científicas también pueden ser consideradas, aunque no exclusivamente, como el fruto de un procedimiento inductivo por medio de una observación empírica. Un análisis superficial podría tratar a las normas científicas como un tipo específico de máximas de experiencia. Pero esa conclusión sería del todo apresurada y pasaría por alto las características particulares de la ciencia y de la prueba científica en particular.

Una diferencia estructural es que las leyes científicas se encuentran insertas y justificadas por un sistema de aciertos generalmente aceptados, en constante revisión por una comunidad de expertos dedicados a perfeccionar los procesos a través de los cuales se obtienen dichas conclusiones.³²⁶ Las leyes científicas cobran una mayor importancia al encontrarse fundamentadas por un método propio e independiente a un razonamiento inductivo realizado por un juez a partir de los conocimientos que éste domina.

De lo anteriormente expuesto, es posible establecer que las leyes científicas son independientes de los casos concretos y de las observaciones realizadas por el juez, mientras que

³²⁵ LOPEZ, Julian, *Op. Cit.*, p.149.

³²⁶ URBETIS, Giulio, *Op. Cit.*, p. 28.

las máximas de experiencia pueden no sólo ser utilizadas, sino también construidas por el órgano juzgador en base a sus propias observaciones.³²⁷

Estos elementos juegan un rol primordial al momento de apreciar la prueba en el proceso. Es evidente que estos criterios de racionalidad son fundamentales para reducir el nivel de subjetividad e irracionalidad al mínimo sin constreñir al juez innecesariamente. Sin perjuicio de ello, para que los antedichos lineamientos operen de la manera prevista, deben ser considerados en forma comprensiva y de acuerdo a las características de cada caso.

Luego de analizar los distintos sistemas de valoración de la prueba en el proceso, llegamos a la conclusión de que este último es el modelo de valoración que mejor se relaciona con un concepto de proceso judicial racional y moderno, con pretensiones de establecer la verdad y que permite el control de las decisiones jurisdiccionales. A continuación procederemos a determinar cual es el modelo de valoración y en que términos es consagrado en el Código Procesal Penal.

³²⁷ URBETIS, Giulio, *Op. Cit.*, p. 28.

3. SISTEMA DE VALORACIÓN ADOPTADO POR EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Resulta bastante claro que en nuestro nuevo sistema procesal penal se opta por un modelo de valoración de la prueba de libre valoración o sana crítica.

Tal es la conclusión que se extrae a partir del análisis del artículo 297 del Código Procesal Penal que establece que: “Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”.

De esta disposición se desprende, en primer lugar, que los tribunales apreciarán la prueba con libertad, por lo que se descarta inmediatamente el establecimiento de un sistema de prueba legal.

Del mismo modo, se fijan expresamente los límites a que debe atender al juez al momento de apreciar los distintos medios probatorios, optando por alejarse de un sistema de íntima convicción.

En este sentido, se utilizan las mismas nomenclaturas que se asocian tradicionalmente con el sistema de la sana crítica: principios de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicamente afianzados.

Además, en los incisos segundo y tercero se establece expresamente la obligación del juez de fundamentar sus decisiones: “el tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo”, “la valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.

Otra norma de importancia en materia probatoria en nuestro nuevo proceso penal es la contenida en el artículo 340 del C.P.P. que fija el estándar probatorio a que debe atenerse el tribunal al momento de determinar la culpabilidad de un imputado por la realización de un hecho punible.

Esta norma, inspirada en el sistema anglosajón, establece que: “nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”.

Se trata de un estándar de convicción sumamente exigente ya que se debe despejar toda duda razonable acerca de los términos de la acusación presentada en contra del imputado, y no simplemente presentar las pruebas más convincentes.³²⁸

El grado de certeza que se busca en un proceso penal es considerablemente más alto que el de uno civil, lo que se justifica por las garantías constitucionales y legales que se encuentran en juego.³²⁹

De manera concordante, se manifiesta que la convicción del tribunal se formará sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral y que no se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.

El tribunal deberá hacerse cargo de esta fundamentación, tanto del valor que se le asigna a la prueba rendida y de cómo arribó a una determinada convicción, como al sometimiento a los límites establecidos por la sana crítica. Esta deberá realizarse en la respectiva sentencia, como lo

³²⁸ LOPEZ, Julian, Op. Cit., p.155.

³²⁹ El derecho a la presunción de inocencia tiene consagración constitucional al encontrarse incorporados en tratados internacionales ratificados por Chile como la Convención Americana de DDHH o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También cuenta con consagración legal en el propio Código Procesal Penal, que en su artículo 4 establece que “ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”.

establece el artículo 342, que la señala como uno de los contenidos esenciales de dicha resolución. No hay que olvidar que la omisión de estos requisitos puede acarrear la nulidad del fallo, en los términos del artículo 374.

Todo lo anteriormente expuesto es plenamente aplicable a la valoración de la prueba pericial, materia de esta memoria, y será de utilidad para analizar las varias dificultades que ésta puede presentar al momento de ser valorada y contrastada en un juicio determinado. Los problemas y posibles soluciones que este medio probatorio presenta serán analizados a continuación.

4. PROBLEMÁTICA DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL

En el punto anterior, tratamos a los distintos modelos de valoración de la prueba, distinguimos unos de otros, y precisamos cuál es el consagrado en nuestro sistema penal y las ventajas que éste presenta.

Sin embargo, un análisis abstracto de la apreciación de la prueba resulta insuficiente al tratar los problemas particulares de la prueba pericial.

En efecto, por sus singulares características -previamente enunciadas en los capítulos anteriores- pueden surgir problemáticas al momento de su valoración que son ajenas a otros medios probatorios. Es por esta razón que a continuación procederemos a exponer cuáles son los principales conflictos que, a nuestro juicio, se pueden presentar para posteriormente proponer alternativas de criterios de solución.

Pues bien, los problemas que saltan a la vista al tratar a este medio de prueba en particular dicen relación con su elemento esencial: su carácter eminentemente técnico.

Por definición la prueba pericial se refiere a elementos que se encuentran ajenos a los conocimientos de una persona común y corriente. Un perito cuenta con información y experiencia sobre un determinado aspecto científico o técnico que es relevante a la hora de dar por probado o no un hecho relevante jurídicamente. En otras palabras, el perito cuenta con conocimientos que escapan al conocimiento del común de las personas y que son necesarios para generar la convicción del tribunal.

De ahí el siguiente problema: el juez es un “hombre promedio”, al menos en cuanto al conocimiento técnico que trata el perito, pero al mismo tiempo es el encargado de valorar la prueba en los términos en que se ha definido anteriormente. Valorar la prueba es una función exclusiva del juez de la causa y una prueba científica o técnica dificulta considerablemente dicha función, dado que el entendimiento que se tiene sobre ésta difiere de la que se tiene respecto a las demás.

Para analizar las problemáticas asociadas a la valoración de la prueba pericial a las que se ha hecho referencia, a continuación se enunciará los mismos para luego desarrollarlos, con sus alcances y las propuestas de solución que consideramos pertinentes.

4.1 El Juez promedio ante Prueba Científica:

Las diversas dificultades a que puede enfrentarse un juez promedio frente a la prueba pericial son de una mayor profundidad de lo que aparentan a primera vista, ya que no sólo se trata de poder comprender y ponderar las conclusiones a que llega el perito o el método utilizado para fundamentar su opinión.

Un problema mayor subyace en la dificultad de determinar si la disciplina seguida por un determinado perito puede ser considerada científica, técnica o de otra clase.

Este conflicto se acrecienta en la medida que no es poco común que ciertos sujetos se atribuyan conocimientos expertos en especialidades de muy dudosa calificación o de cuestionable calidad.

De la misma forma, nuevas disciplinas o técnicas cobran mayor aceptación social pero manteniendo un carácter dudoso, como por ejemplo el análisis caligráfico.

De esta forma, un juez que posee los conocimientos científicos de una persona promedio tiene que entrar a calificar la validez de una disciplina científica, si el estudio respectivo posee una suficiente justificación, si se ha utilizado el método científico debido, si las conclusiones conciben con los procedimientos utilizados y posteriormente determinar el peso relativo que se le corresponde atribuirle a este medio de prueba en comparación con los demás.

Para hacer frente a los problemas que presenta la valoración de la prueba de peritos formularemos una clasificación aplicable a las diversas disciplinas científicas a que un juez puede enfrentarse, estableciendo criterios concretos que permitan realizar dicha distinción y así simplificando la tarea de atribuirle un valor relativo respecto a otras especialidades. Para esto,

los criterios diseñados por la doctrina norteamericana, y analizados en el capítulo anterior de esta memoria, serán de una gran utilidad.

4.2 Posibilidad del juez de contrariar a la disciplina del perito:

Si recordamos lo estudiado en el punto anterior sobre los modelos de la valoración de la prueba y que en nuestro sistema se encuentra establecido uno de libre valoración o sana crítica, surge una nueva interrogante que no puede ser ignorada. Teóricamente, un juez cuenta con las atribuciones suficientes para valorar la prueba con relativa libertad y siendo las únicas limitaciones las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. No existe una norma previa que le atribuya valor a un medio de prueba determinado.

Teniendo esto en consideración la pregunta que cabe hacer es la siguiente: ¿puede un juez desestimar la opinión de un perito o atribuirle un valor menor a la que la propia disciplina estima que merece?

Si el juez cuenta con libertad para realizar su funciones la respuesta afirmativa parece ser evidente.

Pero ¿estaría contrariando en este caso el limite a que corresponden los conocimientos científicamente afianzados?

Una respuesta negativa vendría a atar al juez a la opinión emitida por un perito faltando a la noción de un sistema de libertad probatoria.

En el presente capítulo pretendemos enfrentarnos a estas interrogantes, darles una respuesta y, en el caso de que estas sean positivas, determinar cuál es el estándar de justificación suficiente para desestimar la opinión de un perito.

4.3 El juez ante peritajes contradictorios:

Como ya fue previamente enunciado, un juez lego, respecto a determinada ciencia o técnica, se ve en una encrucijada a la hora de evaluar una determinada disciplina. Sin embargo, existe una problemática adicional que puede resultar aún más compleja: ¿cómo debe enfrentarse dicho juez ante dos peritajes contradictorios, que reúnen un grado similar de confiabilidad?

Dado el carácter eminentemente variable de los conocimientos científicos, a diferencia de lo que comúnmente se cree, es concebible que coexistan dos opiniones periciales relativas a un mismo hecho, en un mismo proceso, pero que arriban a conclusiones opuestas. Nuevas complicaciones se hacen presentes en este tipo de casos. Esencial será acá contar con la información necesaria para poder atribuir un determinado valor a una disciplina científica o técnica y, en un nivel más subjetivo, a las calificaciones que se atribuye un determinado perito.

4.4 Utilización de conocimientos privados del juez:

No es descabellado intuir que en algunos casos es posible que el juez cuente con una determinada información o con conocimientos de una disciplina científica que exceda la de un hombre promedio. Razones para esto pueden ser variadas, desde una simple afición hasta estudios formales adicionales a los de abogado y juez.

A simple vista esto puede parecer de lo más oportuno o conveniente al momento de enfrentarse a una prueba pericial, pero no es difícil observar que en esta situación subyace un conflicto difícil de ignorar. ¿Puede un juez utilizar sus conocimientos privados de una determinada ciencia para apreciar un hecho que, por regla general, sería materia de un informe pericial? En el caso de que dicha prueba se haya rendido, ¿puede el juez utilizar sus propios conocimientos en desmedro de lo presentado por el perito?

Un irrestricto apego al principio de economía procesal podría llevar a responder afirmativamente esa pregunta, en la medida que la intervención directa del juez permitiría ahorrar valiosos recursos para la administración de justicia.

Sin embargo, con la apertura a dicha posibilidad se vulneraría el derecho de cada parte de participar en el proceso probatorio y se obstaculizaría la posibilidad de controlar el

procedimiento utilizado para llegar a determinada conclusión en materias de peritos. Más adelante procederemos a analizar este punto y entregar nuestra opinión al respecto.

4.5 Situación en que el juez hace de la información pericial su resolución:

El siguiente problema es otra consecuencia del carácter eminentemente técnico de la prueba pericial: la posibilidad de que el juez simplemente acoja una determinada opinión pericial en su fallo sin haber realizado previamente un análisis suficiente de ésta.

Dada la creciente complejidad de la prueba pericial, un juez puede verse inclinado a aceptar la opinión de un perito sin haber realizado realmente una valoración de dicho medio probatorio. El carácter científico y técnico de este medio probatorio le otorga un “peso” por sobre otros medios probatorios que pueden causar distorsiones.

Es bastante evidente que una medida de este tipo puede considerarse una vulneración la jurisdicción otorgada por nuestra Constitución a los tribunales de justicia. En el artículo 76 de dicha Carta fundamental se establece que “la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”. No es posible desligar la función probatoria de la de conocer de una causa civil y criminal, por lo que incorporar una opinión pericial en un fallo sin ser debidamente valorada vulnera lo dispuesto en la Constitución Política de la Republica, al establecer la exclusividad de dicha función: no es tarea del perito de valorar la prueba, sino la del juez.

Esta inclinación, a nuestro juicio, puede verse incrementada por la concepción tradicional que se tiene de la prueba pericial y del perito en nuestro derecho, al ser considerado como un auxiliar del juez. Nuestra contribución en este trabajo es sostener que la naturaleza jurídica que debe atribuirse a la prueba pericial no es tal, además de precisar algunas características propias de esta institución olvidadas comúnmente por nuestra doctrina.

5. JUEZ PROMEDIO ANTE PRUEBA CIENTÍFICA: TRES NIVELES DE VALORACIÓN PARA LA PRUEBA PERICIAL.

En el punto anterior, se expuso las complicaciones que son propias de un peritaje complejo para efectos de su valoración en sistema de libre valoración de la prueba. Con eso como base, nos proponemos a continuación establecer parámetros que puedan servir de guía al juez para la valoración de la prueba de peritos, particularmente para la hipótesis en que un juez lego se enfrenta a una prueba pericial y la posibilidad de que, frente a este panorama, atribuya uno u otro valor a la misma por sí sola y en relación con el resto de los medios de prueba incorporados al proceso.

Como se verá, proponemos que, a partir del grado de confiabilidad que pueda atribuírsele a un determinado ámbito del conocimiento, pueda diferenciarse también distintos niveles de peso en la valoración. La confiabilidad, así entendida, puede construirse con los criterios establecidos para la admisibilidad de la prueba pericial en el proceso penal.³³⁰⁻³³¹

Siendo el estándar de prueba a satisfacer en el proceso penal el de “más allá de toda duda razonable”, proponemos que las distinciones que se hacen pueden permitir que éste se vea satisfecho en distintos grados conforme al tipo de conocimiento experto que es introducido al proceso.³³²

Siendo, en definitiva, el convencimiento del juez en este ámbito un asunto probabilístico, sostenemos que sólo en ciertos casos la prueba pericial es capaz por sí sola de

³³⁰ Una diferenciación de tipos de conocimiento de acuerdo a su científicidad puede encontrarse en TARUFFO, Michele, “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, en *La prueba, artículos y conferencias*, Editorial Libromar, Santiago, 2009, pp. 90 y ss.

³³¹ Sobre los criterios para determinación de la confiabilidad de la prueba pericial vid Cap. II, 5.2.5.

³³² El artículo 340 del Código Procesal Penal establece este exigente estándar de convicción para destruir la presunción de inocencia y poder condenar a una persona por el delito en virtud del cual ha sido enjuiciado. Dicho precepto dispone que “nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable penada por la ley”. Para más información consultar HORVITZ, María Inés, *Op. Cit.*, p.338.

atribuirle a un enunciado de hecho un grado de probabilidad capaz de satisfacer el estándar de prueba que tiene vigor en esta clase de proceso, mientras que habrá otros casos en que ello será posible sólo en complemento con otros medios de prueba (sean estos periciales o no) y que habrá casos en que definitivamente el testimonio experto no servirá para lograr el convencimiento del tribunal.³³³

Tres precisiones son importantes:

En primer lugar, partimos de la base que el sistema de valoración de la prueba que impera en el proceso penal es el de la sana crítica, remitiéndonos al efecto a lo más arriba expuesto acerca de dicho sistema.³³⁴

En segundo lugar, sin perjuicio de que el examen acerca de la confiabilidad del peritaje resulte cualitativamente igual, se trata de fases distintas, por cuanto la prueba que pasa a ser valorada supone un juicio de admisibilidad anterior que tuvo un resultado positivo.

Por último y supuesto de lo anterior, debe tratarse de una prueba pericial que cumple con los requisitos de admisibilidad distintos de la confiabilidad, a saber, la pertinencia, la necesidad, la licitud, el carácter de contradictorios de los hechos a probar y la circunstancia de no ser hechos públicos o evidentes estos últimos.

5.1 PRIMER NIVEL: DEL CONOCIMIENTO QUE NO CUMPLE CON MÍNIMAS CONDICIONES DE CONFIABILIDAD.

En el capítulo II de esta memoria se señaló que el gran modelo de racionalidad durante siglos ha sido el científico.

³³³ Sobre un alcance probabilístico del estándar de prueba requerido en el proceso penal Vid TARUFFO, Michele, Op. cit., pp. 117 y ss.

³³⁴ Vid Supra 2.3.

El conocimiento que pueda ser calificado como científico de acuerdo al denominado método científico se encuentra dotado de un nivel de reconocimiento y aceptación en distintos ámbitos, entre los cuales se encuentra, por cierto, el judicial.

Decíamos también que el método científico consiste en una serie de pasos lógicos y de eficacia demostrable, tendientes a explicar los fenómenos del mundo real y a predecir los del futuro, lo que se traduce en que a la ciencia no se le identifica por su contenido, sino por su forma de operar.

Por último, se expuso cómo la jurisprudencia norteamericana ha adoptado durante las últimas décadas un parámetro de admisibilidad del testimonio experto que se ha hecho cargo de la problemática en torno a su confiabilidad, fijando al método científico conjunto de requisitos indispensables para que un conocimiento determinado pueda ser incorporado en juicio. Los denominados *criterios Daubert*, en este sentido, debían ser respetados por la experticia que era incorporada como declaración pericial al proceso.

Así pues, como un primer nivel de conocimiento experto puede encontrarse el del que no cumple con condiciones mínimas de confiabilidad, lo que se traduce en disciplinas que no se ajustan al método científico, ya sea por no cumplir con ninguno de los requisitos o por no hacerlo con algunos considerados mínimos para asignarle cierta confiabilidad.

En función de los criterios sentados por la jurisprudencia de los Estados Unidos, lo que aquí se afirma es que hay disciplinas que, no siendo científicas, cumplen con algunos de los pasos del método científico y que, por ende, pueden ser reconocidas como dignas de cierta confiabilidad para efectos de su valoración (las que serán analizadas en el segundo nivel). Las que, por su parte, no cumplen con esas mínimas condiciones de confiabilidad muchas veces son identificadas en los tribunales norteamericanos como “ciencia basura” (“*junkscience*”).

Pues bien, siguiendo la tónica de lo que ha sido un intento por hacer propios los criterios de admisibilidad del testimonio experto que se han desarrollado en los Estados Unidos, afirmamos que son algunos de los pasos descritos como necesarios en una ciencia, de acuerdo a Daubert, los que debieran estar presentes para que proceda la valoración de la prueba. El criterio

aplicado es una reducción de la ciencia a su contenido esencial, es decir, las mínimas condiciones necesarias para poder afirmar que un ámbito del conocimiento es propiamente una ciencia o que se haya en vías de constituirse en tal.

Para determinar cuáles son los pasos del método científico indispensables para tal efecto se hace referencia a continuación a los mismos de acuerdo al planteamiento jurisprudencial de los Estados Unidos.³³⁵

- a) **Posibilidad de someter a prueba la hipótesis involucrada (*hypothesis testing*):** es sin duda un requisito indispensable, pues es lo que permite el contraste con lo que acontece efectivamente en los hechos y, de esa forma, el descarte de teorías que resulten refutadas. De acuerdo al criterio de demarcación de Popper, es a fin de cuentas, lo que distingue a una ciencia por ser lo que permite que una hipótesis determinada sea falseada.

- b) **Debe tratarse de una hipótesis que haya sido sometida a la revisión de los pares y publicada:** El objetivo de este requisito es la obtención de un cierto grado de legitimidad al interior de la comunidad científica. Somos de la opinión que no se trata de un requisito esencial, pues es dable pensar que una hipótesis pueda resultar demasiado particular, demasiado nueva o demasiado limitada como para ser publicada o para contar con la venia del círculo especializado (de haberlo). Lo dicho es consistente con lo que la propia jurisprudencia norteamericana ha señalado.³³⁶ Naturalmente, no es admisible simplemente sostener que una hipótesis no pueda ser sometida al reconocimiento especializado para quedar eximida de hacer los esfuerzos pertinentes para que ello sea así. En definitiva, el interesado deberá acreditar las publicaciones y la revisión de los pares o las razones por las cuales esto no ha acontecido.

- c) **Debe existir conocimiento de la tasa potencial de error y de la existencia de estándares que controlan la investigación sobre la cual se basa la teoría:** En lo que

³³⁵ Las fases o requisitos de una materia científica para efectos de su incorporación a juicio, de acuerdo a los criterios sentados por Daubert, pueden encontrarse explicadas con mayor detalle en Cap. II, 5.2.5.

³³⁶ Vid. *Kumho Tire Co. v. Carmichel*, Supra, Cap II, 5.2.5.

respecta a conocimiento de la tasa potencial de error, pareciera tratarse de un requisito indispensable, toda vez que la posibilidad de satisfacción del estándar de prueba que en el proceso penal es requerido (“más allá de toda duda razonable”) hace necesario el conocimiento de la probabilidad implicada en la materia de experticia que se introduce en juicio. Efectivamente, un ámbito del conocimiento con una tasa de error muy alta difícilmente va a poder ser considerada confiable y suficiente, mientras que si la tasa es relativamente baja es más probable la satisfacción del nivel de convencimiento requerido. Lo mismo puede decirse del conocimiento de los estándares que controlan la investigación, toda vez que está en directa relación con la posibilidad de testeo de las hipótesis. En efecto, sólo en la medida en que se conocen las condiciones en que se efectúa la experimentación puede la hipótesis respectiva ser descartada o falseada, siendo necesario para ello un grupo representativo de casos que se someterán a observación, el control de las influencias sugestivas que en la relación interpersonal con el observador pudieren ocasionarse, entre otros factores.³³⁷

- d) **Debe haber aceptación general de la metodología que subyace a la teoría de la comunidad científica:** Como se señaló en el capítulo II de esta memoria, el objetivo de este requisito es que, al testificar en juicio, el experto emplee en la Corte el mismo rigor intelectual que caracteriza la práctica de un experto en el campo relevante que se trate. Para ello es necesario que se sigan los procedimientos y técnicas que comúnmente son usados al interior de la comunidad científica, debiendo justificarse suficientemente en caso de alejarse de los mismos. Así pues, somos de la opinión que sí se trata de un requisito necesario el seguimiento de los procedimientos y técnicas ya sentados y reconocidos, mas también podrían suplirse mediando una justificación suficiente.

De esta forma, los requisitos o fases del método científico que son indispensables para siquiera tomar en consideración la posibilidad de valorar el testimonio experto en juicio debiesen ser la posibilidad de someter a prueba las hipótesis planteadas, el conocimiento de la tasa porcentual de error, el manejo de los estándares que controlan la investigación y el seguimiento

³³⁷ Estos aspectos son expuestos con detalle en GOLD, Alan, *Expert Evidence in criminal law: the scientific Approach*, Canada Irving Law, Canadá, 2003 pp. 98 y ss.

de procedimientos y técnicas reconocidas o una alternativa si esto encuentra suficientemente justificado.

La experticia que pretende ser incorporada como materia del testimonio experto en juicio que no cumpla con estos requisitos mínimos corresponde al que aquí denominamos primer nivel. Se trata de una prueba que, en definitiva, no debiese ser valorada en juicio. Esto porque, siendo información no confiable, no debiese pasar la fase de admisibilidad de la prueba pericial. Debiese tratarse, en efecto, de medios de prueba que resulten excluidos por no reunir los mínimos requisitos para ello.³³⁸

Sin embargo, la posibilidad de que un conocimiento de poca confiabilidad supere el examen y sea incorporado como medio de prueba no puede descartarse. La función del tribunal encargado de la valoración de la prueba y de la resolución del asunto, sea o no el mismo que se pronunció acerca de su admisibilidad, será hacer una suerte de segundo examen de admisibilidad, pues se trataría de la misma exclusión que antes debió hacerse pero que no se hizo. Somos de la opinión que se trata de un examen necesario, toda vez que utilizar un medio de prueba que se funde en dudosos sustentos teóricos para la resolución de un asunto penal va contra mínimas pretensiones de racionalidad y legalidad que deben inspirar la imposición de una pena o la absolución de la misma.

Por pertenecer a este nivel, debiesen quedar excluidas como materias de testimonio experto en juicio, entre otras, la astrología, la cartomancia, la videncia y el tarot. Con las prevenciones que se hicieron en el capítulo II y las que se harán más adelante, podría incluirse también la pericia psicológica.³³⁹

5.2 SEGUNDO NIVEL: ÁMBITOS DEL CONOCIMIENTO QUE NO CUMPLEN CON TODOS LOS REQUISITOS PARA SER RECONOCIDOS COMO CIENCIA, PERO QUE TIENEN PRETENSIONES DE CIENTIFICIDAD Y CUMPLEN MÍNIMAMENTE CON EL MÉTODO CIENTÍFICO.

³³⁸ Sobre los requisitos de admisibilidad de la prueba pericial Vid. Cap. II, 5.2.

³³⁹ Vid. Supra cap. II, 6.

Dejándose fuera el conocimiento experto que no es mínimamente confiable, existe un segundo nivel que da cuenta de información que no es científica (por no cumplirse con todos los requisitos que el método científico impone), pero que tampoco es descartable, a nuestro juicio, de antemano por no ser confiable. Se trata de campos de experticia que no son estrictamente científicos, pero que cumplen con las fases esenciales del método científico más arriba aludidos y que están dotados de una aceptación que es, a veces, incluso igual a la de la ciencia.

Ejemplos de campos de experticia que pueden caber dentro de esta categoría son posibles de encontrarse en las denominadas “ciencias forenses”, esto es, modelos teóricos y prácticos que se han desarrollado junto con la actividad judicial como materias de prueba de peritos. En efecto, muchas de ellas, que incluso cuentan con amplio reconocimiento en los tribunales, no están dotados del sustento necesario para ser reconocidas como ciencias, por cuanto parten de una premisa cuya veracidad no ha sido demostrada (y que en realidad simplemente es supuesta): que existen ciertos rasgos o muestras corporales que son únicas e inconfundibles en el cuerpo humano. Ejemplos de estas ciencias forenses son la identificación de huellas dactilares, la comparación de cabellos y fibras y la comparación de caligrafías y de firmas.³⁴⁰

Asimismo, muchas de las comúnmente denominadas “ciencias suaves” o “sociales” (para distinguirlas de las “ciencias duras” o “no humanas”) pueden tener cabida en este nivel. Se trata de áreas del saber relativas a hechos sociales y humanos que tradicionalmente y por siglos, han formado parte del sentido común y no eran consideradas “científicas”, pero que actualmente afirman ser ciencias y pretenden dignidad y atendibilidad no inferiores a las de las ciencias “duras”.³⁴¹ Probablemente el caso más paradigmático sea el del peritaje psiquiátrico o psicológico. En el capítulo II explicamos cómo, a nuestro modo de ver, se trata estos de peritajes de dudosa confiabilidad por la forma en que sus premisas son establecidas. Sin perjuicio de ello, bajo ciertas condiciones y con algunas aprensiones expuestas en su oportunidad, es posible un la

³⁴⁰ Un análisis detallado de “ciencias forenses” de amplia aplicación a nivel de investigación y judicial pero carentes de sustento científico suficiente es expuesto por Alan Gold. Según señala este autor, muchas de estas “ciencias forenses de identificación” se han mantenido por años como materias reconocidas en los tribunales norteamericanos, pero ello ha sido así más por los precedentes que su aplicación sienta que por sus méritos científicos. En GOLD, Alan, Op. cit., pp. 125 y ss.

³⁴¹ TARUFFO, Michele, Op. Cit., p. 91.

utilización de ese ámbito del conocimiento a nivel judicial y para efectos probatorios restringidos.³⁴²

En lo que respecta a la valoración de estos peritajes, consideramos que no debiese ser descartado de antemano como ocurre con los del primer nivel. Antes bien, el hecho debiese ser tenido por acreditado por el solo tenor de la prueba pericial o en consideración del resto de los medios de prueba que se hacen valer, según el peso que los medios de prueba puedan tener en el caso particular. En definitiva, somos de la opinión que la prueba pericial en este tipo de casos no debiese definir la decisión del juzgador en modo determinante, mas debiese ser considerado como un medio de prueba como cualquiera de los otros, sea para acreditar la ocurrencia de un hecho o lo contrario. Fundamental será en este sentido que al valorarse el peritaje el juez tenga presente las limitaciones que resultan propias del mismo, particularmente el margen de error y los estándares que controlan la investigación respectiva.

5.3 TERCER NIVEL: CONOCIMIENTO CIENTÍFICO.

Por último, tenemos un tercer nivel de conocimiento experto que es el científico, o dicho en otra forma, que se ajusta a los parámetros que el denominado método científico fija como propios de una ciencia. Algunas de las pericias científicas más típicas que se usan en juicio son la prueba de ADN, el peritaje toxicológico y la alcoholemia.

En general se señala que, en el contexto de un proceso penal, es difícil que una prueba pericial científica por sí sola pueda satisfacer el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable, en la medida en que sólo en pocas ocasiones aporta informaciones con un grado de probabilidad suficientemente alto como para lograr la certeza o la casi certeza de la ocurrencia de un hecho. Ello podría acontecer, por ejemplo, con una prueba de ADN realizada de manera correcta, pero sucedería pocas veces en el caso de otras pruebas científicas.³⁴³

De acuerdo a Taruffo, tratándose de pericias científicas, *“el estándar de más allá de toda duda razonable sólo podría alcanzarse con la conexión entre un hecho (causa) y otro hecho*

³⁴² Vid. Cap II, 6.

³⁴³ TARUFFO, Michele, Op. cit., p. 118

*(efecto) está “recubierta” por una ley de la naturaleza deductiva o, a lo menos, casi deductiva, cuya aplicación permita otorgar un carácter de certeza o de casi certeza al enunciado que se refiere a dicha conexión”.*³⁴⁴

Por el contrario, una prueba científica que no cuente con un grado elevado de probabilidad puede ser muy útil en el proceso penal, cuando es favorable a la hipótesis de la inocencia del imputado. En efecto, una prueba de este tipo podría ser suficiente para confirmar la existencia de la duda razonable y por ende la decisión de no condenar.³⁴⁵

³⁴⁴ *Ibíd*em, p. 119.

³⁴⁵ *Ibíd*em p. 119.

6. POSIBILIDAD DEL JUEZ DE CONTRARIAR A LA DISCIPLINA DEL PERITO

Sin perjuicio de las limitaciones de la prueba científica, dentro del tercer nivel de conocimientos, esta debiese (y en la práctica judicial así ocurre) fijarse en lo más alto de la escala y la valoración de los mismos debiese hacerse cargo de esta apreciación.

El hecho que pretende ser acreditado a través de un peritaje que se funde en una ciencia determinada debiese darse por probado, porque de no ser así estaría el juez valorando la prueba violando límites que la sana crítica impone, particularmente las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.³⁴⁶

En definitiva, el conocimiento de tipo científico que opere con un margen de error que resulte relativamente bajo debiese servir para dar por acreditado un hecho o su no ocurrencia.

Pero una regla rígida como la anterior resultaría inadmisibles dentro de un sistema libre de valoración de la prueba en que rige la sana crítica, como es el caso nacional.

En efecto, si fuera obligatorio para el juez asignarle un valor probatorio preestablecido a un determinado medio de prueba, se trataría más bien de un sistema de prueba legal. Es por lo anterior que somos de la opinión de que es necesario, a este respecto, dotar al juez de un campo de acción suficiente y fijar hipótesis en las cuales pueda resultar justificado alejarse de la opinión pericial y desechar el valor que como medio de prueba pudiese tener.

Primeramente ello puede acontecer siendo el juez un lego en el campo de experticia del perito. ¿Podría el juez hacer uso de su saber privado, que es el de un hombre común, para no valorar la prueba de expertos?

Tratándose de un medio de prueba más, la prueba pericial debe apreciarse como tal y, en consecuencia, podría en principio no considerarse en la valoración o hacerlo de manera

³⁴⁶ Sobre estos límites en la valoración de la prueba, Vid 2.3.

restringida. Sin perjuicio de lo anterior, las limitaciones que tiene el juez son las que impone la sana crítica. Por eso resulta dable pensar que si se trata de un peritaje que reúne todos los requisitos de admisibilidad y que se ha practicado de manera seria y rigurosa, será difícil para el juez fallar no ateniéndose a lo que el experto señale. Proponemos que los niveles de confiabilidad del peritaje más arriba expuestos pueden ser criterios argumentativos de gran utilidad en ese sentido.

En una segunda posibilidad, el juez puede discrepar de la información pericial teniendo manejo del campo de conocimiento. Se trata de una mera coincidencia en la que, en un juicio que él conoce, se presenta una prueba pericial relativa a una materia que resulta ser de su dominio.

La pregunta que cabe acá es si esta circunstancia de dominio personal habilita al juez para no considerar la pericia en la valoración de la prueba cuando tiene una discrepancia con la misma.

Pero la posibilidad de discrepancia del juez con la opinión pericial tiene una variable que lo hace aún más interesante. Es lo que ocurre cuando son varios los expertos los que entregan su opinión en el proceso, existiendo acuerdo entre ellos y arribando todos a una misma conclusión a partir de los mismos elementos.

Para saber cómo debe actuar el juez en tal situación, debe considerarse que una mayor cantidad de elementos de juicio es más favorable para la averiguación de la verdad.³⁴⁷ En lo que respecta al proceso, esto significa que, mientras más medios de prueba existan que apunten a una determinada conclusión, mayor es la probabilidad de la veracidad de la misma.

Ahora bien, debemos señalar en este sentido que la uniformidad de opiniones expertas no obsta a que los peritajes contestes sean, a fin de cuentas, medios de prueba. En consideración de eso, en un sistema de libertad probatoria en que el juez se encuentra limitado únicamente por las normas de la sana crítica para la valoración, el juez podría desestimar el valor probatorio de los peritajes o darle uno de alcance restringido.

³⁴⁷ Vid Cap II, 1.

Lo dicho más arriba respecto a la forma de valoración de la prueba de peritos según la confiabilidad que quepa atribuirle al ámbito del conocimiento de que se trate rige también aquí. En consecuencia, será el tipo de conocimiento que se incorpora al proceso lo que determinará la posibilidad de que el juez dé o no por acreditado un determinado hecho, valiéndose al efecto de la sola prueba pericial o de otras rendidas en juicio.

Así, si de lo que se trata es de una disciplina correspondiente al primer nivel, esto es, el de aquellas que no cumplen con los mínimos requisitos de confiabilidad –asumiendo que estas pasan la fase de admisibilidad- no debería asignarse valor probatorio al peritaje en absoluto.

En cambio, si se trata de ámbitos del conocimiento con pretensiones de científicidad (designadas más arriba como propias del segundo nivel) la posibilidad de dar o no por acreditado el hecho respectivo dependerá de las circunstancias particulares del caso, no siendo suficientes los peritajes por sí solos para tal efecto pero sí eventualmente en complementación con otros medios de prueba (este sería el caso de múltiples testimonio de psicólogos contestes en que las condiciones psíquicas de una persona coinciden con el perfil de una persona capaz de cometer un determinado delito).

Por último, si los testimonios expertos dicen relación con una disciplina propiamente científica, la posibilidad del juez de alejarse de lo que los expertos señalen será más compleja, pues implicará la necesidad de argumentar que existen buenas razones para no darles el peso necesario para dar por acreditado o no el hecho.

Conforme a lo anterior, la posibilidad del juez de dejar de considerar una pluralidad de pruebas periciales propias de una disciplina científica implica un trabajo argumentativo mayor, pues le cabrá al juez la carga de explicar porqué resuelve el asunto haciendo caso omiso a lo que es opinión general al interior de una ciencia, arte u oficio.

Las limitaciones que la sana crítica impone se vuelven aún más severas, porque hay más elementos para creer que los la opinión experta corresponde a la que es generalizada entre los entendidos del campo de experticia correspondiente. Siendo ello así, se vuelve más complejo

que un juez pueda contrariar el dictamen pericial y, salvo buenas razones, ello pareciera no ser procedente. Por lo demás, la existencia de múltiples opiniones periciales contestes hace que se vuelva más difícil que exista error. Piénsese simplemente que, mientras es concebible que un perito se equivoque, es más difícil que ello suceda cuando son varios quienes llegan a una misma conclusión a partir de las mismas premisas. En definitiva, para desestimar una serie de pruebas periciales contestes en una misma conclusión el juez deberá poner a la luz circunstancias que en principio son de muy difícil ocurrencia y asociadas a defectos presentes en cada una de las pericias.

En definitiva, consideramos que una valoración razonable de la prueba pericial científica debiese sujetarse a lo que concluya el perito salvo que existan *buenas razones* para no hacerlo, siendo tales manifestaciones de los límites que la sana crítica impone para la valoración de la prueba:

a) Defectos en la propia prueba pericial

Un primer grupo de casos en los que el juez podría no resolver de acuerdo al dictamen pericial científico, es aquel en que existen defectos internos en la propia prueba. De lo que aquí se trata es de un peritaje que no cumple con las condiciones de rigurosidad necesarias en las distintas fases de una prueba de esta naturaleza.

Dichos defectos pueden acontecer en el reconocimiento de la persona o cosa que es objeto de la pericia, ya sea porque nunca existió el mismo 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).

Normalmente, salvo en la hipótesis de que haya existido falta de reconocimiento o contacto con la cosa o persona objeto de la pericia, la falta de rigurosidad en esta fase no debiese acreditarse sino a través de otro testimonio experto introducido en juicio (el que tendría lugar en la forma de prueba sobre prueba).

La justificación de esto radica en que es difícil pensar en una forma de llevar al tribunal al convencimiento de que un reconocimiento no se llevó a cabo en la forma en que era requerido de acuerdo a lo que al interior de la arte, ciencia u oficio respectiva se estila.

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.

En el sistema procesal penal actual, como contrapartida a la imposibilidad de inhabilitación de peritos, se permite a los intervinientes dirigir preguntas para determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico y científico de sus conclusiones.³⁴⁸ Tal puede ser una vía para desacreditar la calidad de los peritos en la audiencia de juicio misma, ya sea por la falta de calificación suficiente o por deficiencias propias de su trabajo en el proceso. Un tribunal diligente debiese tener presente esa información 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.

Nótese que éste no es un examen de admisibilidad de la prueba pericial en base a criterios predeterminados (el cual se supone ya realizado y con un resultado positivo), sino de la ponderación de un peritaje que fue declarado admisible, pero que se hizo sin cumplir con las condiciones de rigurosidad requeridas por la propia ley y que resultan de toda lógica para un estudio que se vale de serio.

³⁴⁸ Vid artículo 318 del C.P.P. y Supra. Cap I, 7.

A diferencia de los defectos posibles en el reconocimiento de la prueba pericial, pareciera que en el examen del raciocinio lógico que se usó para llegar a conclusiones debiese poder ser llevado a efecto por el propio juez al valorar la prueba que se le presenta, pues no implica conocimientos adicionales a los que como hombre 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.

b) Existencia de otra prueba pericial con conclusiones diferentes

En segundo lugar, podría el juez alejarse de las conclusiones periciales 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. Se trata de un conflicto interesante que será tratado en el punto siguiente.

7. EL JUEZ ANTE PERITAJES CONTRADICTORIOS: CRITERIOS DE SOLUCIÓN.

En el punto anterior se presentan alternativas de valoración de la prueba pericial de acuerdo al grado de confiabilidad que se le puede asignar a la materia respectiva. Se asume en este sentido a la ciencia como un modelo de confiabilidad al que se debe aspirar y se propone desechar los campos de experticia que no detentan ciertas condiciones mínimas de científicidad.

Pues bien, la posibilidad de hacer una diferenciación de niveles como la formulada, encuentra su justificación en la concepción de la ciencia como un conjunto de conocimientos confiables pero, a la vez, no definitivo ni concluyente.

En la medida en que a la ciencia se le identifica de acuerdo al método con el que opera y no por contenido es una característica que le resulta propia la evolución y el progreso de la información que, a través del tiempo, se va teniendo por científicamente sentada.

Dicho en otras palabras, el método científico hace que la ciencia no se trate de una serie de conocimientos estáticos e inamovibles, sino de propuestas de hipótesis que, a través de la experimentación, van siendo ratificadas o desechadas de acuerdo a su posibilidad de explicar al mundo. Ello es, en cierta forma, una virtud, porque da cuenta de que su motivación no es otra que una auténtica búsqueda de la verdad.

Pero este carácter progresivo de la ciencia genera también una serie de complicaciones, pues relativiza los conocimientos científicos y hace que estos no puedan ser tomados como verdades irrefutables, lo que resulta también aplicable para el caso de conocimientos que no son estrictamente científicos.³⁴⁹

³⁴⁹ Es el caso de la pericia psiquiátrica o psicológica, donde las condiciones y metodologías utilizadas hacen que resulte perfectamente posible el arribo a conclusiones diferentes partiendo de las mismas premisas. Sobre el particular Vid. Cap. II, 7.

En la escena judicial, que es la que a nosotros nos interesa, esto se traduce en que el conocimiento experto es siempre susceptible de ser sometido a revisión y refutación al interior del proceso, lo que en la lógica de un sistema adversarial implica que las partes puedan amoldar el conocimiento científico de acuerdo a sus propias pretensiones.

En concreto, un perito puede ser elegido de acuerdo a los intereses de la parte que lo presenta en juicio y éste, a su vez, puede amoldar los conocimientos expertos de acuerdo a los intereses de la parte que lo presenta.³⁵⁰ Es así como puede ser que a una de la partes elija como perito a un científico que sostiene una tesis (por ejemplo que concluya de un examen toxicológico que una persona se encontraba con sus facultades psíquicas alteradas al cometer un delito), mientras que la contraria elija a uno que defiende otra (por ejemplo, que del mismo examen concluya que la persona se encontraba con sus condiciones psíquicas normales al concretar el delito).³⁵¹

Quede claro que esto no significa que un perito que actúa de acuerdo a los intereses de un cliente lo hace de mala fe. Ello naturalmente puede ocurrir, pero lo que aquí se quiere decir es que, dentro de un testimonio experto normal y que se realiza de manera correcta siguiendo los principios de la arte, ciencia u oficio respectiva, es posible identificar al conocimiento experto

³⁵⁰ Es así como una nota de prensa de la revista norteamericana New York Times de fines de la década de los 80 da cuenta de cómo en el ámbito judicial estadounidense se ha formado un verdadero mercado de peritos psicólogos y psiquiatras a los que pueden recurrir los litigantes para sustentar sus propias visiones de un caso. Se cita al efecto un estudio de los doctores David Faust y Jay Ziskin, quienes, junto con la observación anterior, muestran su preocupación por el poco rigor científico que detentan los estudios acerca de la materia. "Psychologist's expert testimony called unscientific", de la edición del 5 de noviembre de 2008. Disponible en el sitio de Internet <http://www.nytimes.com/1988/10/11/science/psychologist-s-expert-testimony-called-unscientific.html?pagewanted=1>, visitada por última vez el 25 de febrero de 2010.

³⁵¹ En la lógica del método científico es perfectamente posible pensar en opiniones periciales disímiles toda vez que se opera en base a hipótesis que van siendo descartadas en la medida en que son refutadas en su intento de explicar el mundo. A esto se suma que muchas veces la adopción o el rechazo de una opinión científica está determinada por la postura política, ética o religiosa que se tenga en un momento determinado. Un caso conocido de discrepancia es el de la polémica que se dio en los Estados Unidos con el medicamento Laetrile en la década de los 70. Se trata una vitamina descubierta en 1950 por Ernest Krebs y que tendría propiedades curativas para el cáncer. Sin embargo, existen estudios más modernos que señalan que no serían efectivas tales propiedades e incluso que tendría la toxicidad del cianuro. Sobre el particular vid ENGHELHADT, Tristram y otro, *Scientific Controversies, Case Studies in the resolution and closure of disputes in science and technology*, Cambridge University Press, Nueva York, 1987, pp. 315 y ss. Extractos disponibles en el buscador de libros digitales <http://books.google.cl/books>, visitado por última vez el 25 de febrero de 2010.

como parcial, motivado y acomodaticio de acuerdo a lo que se quiere lograr frente a un tribunal. Ello no es otra cosa que una manifestación del carácter adversarial que puede tener un sistema judicial y, al mismo tiempo, del carácter progresivo de la ciencia.

Lo afirmado está muy relacionado con la discusión en torno a la naturaleza jurídica de la prueba pericial.

En efecto, cuando al peritaje se le identifica como un medio de prueba, es posible entender que es incorporado al proceso por la parte que puede extraer consecuencias favorables de ello. Se tratará de un testimonio que, no por tener la particularidad de ser experto, dejará de ser hecho valer sólo por la parte a la que le convenga la información que puede aportar. Por el contrario, tal observación no resultaría procedente si al perito se le identificara como un auxiliar del juez y a la ciencia como una noción objetiva e incuestionable.³⁵²

¿Cómo debe comportarse entonces el juez frente a esta realidad? El problema se presenta complejo cuando en un proceso es incorporada una pluralidad de opiniones periciales.

Como se señaló más arriba, un entendimiento de la ciencia como un conocimiento progresivo y esencialmente refutable hace posible que existan distintas opiniones, las cuales pueden perfectamente ser formuladas correctamente desde el punto de vista de los principios de la arte, ciencia u oficio que se trate.

Para estos efectos, sin embargo, la disidencia tiene importancia cuando de la misma devienen consecuencias que resultan jurídicamente relevantes. Esto será así cuando resolver de acuerdo a una opinión pericial en desmedro de las otras signifique una resolución que sea distinta a la que se adoptaría de estarse a lo que otro peritaje señalare (por ejemplo cuando de seguirse una opinión pericial se siguiera una condena y de seguirse otra el sobreseimiento). Si la diferencia de opiniones no implica la posibilidad de decisiones diferentes, el problema no se presenta.

³⁵² Sobre la discusión en torno a la naturaleza jurídica de la prueba pericial Vid. Cap. I, 3.

Se trata de un asunto particularmente complejo en el que existe un juez lego que se enfrenta a dos opiniones periciales que cumplen con los requisitos de admisibilidad, que son formuladas con igual rigurosidad y que son dignos de igual atención, pero que sin embargo entregan información que es contradictoria.

Un sistema de valoración de la prueba legal probablemente daría una solución relativamente sencilla y ésta se encontraría establecida de antemano en la ley: al juez no le cabría más que aplicar la norma al caso particular.

En un sistema de valoración libre, en cambio, el problema es complejo, pues no hay soluciones preestablecidas, por lo que al juez, en cumplimiento del deber de justificar su resolución en una racional valoración de la prueba para que pueda producirse el efecto socializador de la sentencia, le corresponde un trabajo mayor. A esto debe agregarse que, cuando se trata de un sistema de valoración en que se aplica la sana crítica, la libertad judicial encuentra limitantes en las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Sin pretensiones de taxatividad, ni de aplicación obligatoria de todos ellos para la totalidad de los casos, proponemos a continuación una serie de criterios para una valoración racional de la prueba pericial cuando se da el caso de una disidencia de opiniones expertas. Naturalmente se parte de la base que se opera en un sistema de libre valoración de la prueba, pero en que rigen las limitaciones de la sana crítica:

- a) **Calificación formal del perito:** Lo que se quiere decir con esto es que, frente a una disidencia de opiniones periciales, puede darse más peso a aquella que provenga de un experto que se encuentre más calificado. En el capítulo II se señaló que uno de los requisitos para la admisibilidad de la prueba pericial es la acreditación de la idoneidad del perito y que, tratándose de disciplinas científicas, era preferible cumplir con esto a través de acreditaciones formales (títulos técnicos o profesionales, postgrados, especializaciones etc).³⁵³ Pues bien, no debe confundirse el examen aludido (que tiene lugar en el examen de admisibilidad de la prueba pericial) del que cabría hacer acá. Un

³⁵³ Vid. Supra 5.2.5.

peritaje que deba ser valorado es un peritaje admisible y que, por ende, es proporcionado por un perito que es idóneo desde esa perspectiva. En el fondo, lo que ocurre es que una cosa es la idoneidad de un perito en cuanto piso mínimo para que su opinión pueda ser incorporada al proceso y otra distinta y posterior es la credibilidad que cabe atribuirle en sede de valoración (en el caso chileno, en el juicio oral).³⁵⁴

Evidentemente éste no se trata de un criterio que por sí solo pueda fundar una determinada valoración de la prueba pericial. Una justificación de ese tipo llevaría envuelta una falacia argumentativa al asignar valor a una opinión por mera calificaciones personales. Nada permite concluir, en efecto, que el peritaje que realiza un experto muy bien calificado esté mejor hecho que el de alguien con menos especialización. En definitiva, se trata sólo de un antecedente complementario a la aplicación del resto de los criterios.

b) Grado de parcialidad que pueda estar envuelta en la declaración del perito y buena o mala fe de éste: Más arriba se explicó cómo, a nuestro juicio, la correcta forma de entender la opinión experta en el juicio es como un medio de prueba más, motivado, parcial y acomodable de acuerdo a las pretensiones de las partes o intervinientes en juicio. Pues bien, desde esa perspectiva es posible asignar más valor a una opinión pericial que está más acorde con la obtención de la verdad que con los intereses de su cliente. Si la opinión respectiva es sesgada o no toma en cuenta todas las circunstancias relevantes sólo para obtener determinadas conclusiones, entonces ameritará menos peso en el convencimiento del juez que un peritaje que sí cumpla con esas condiciones.

Presumiblemente un peritaje demasiado parcial será de una calidad técnica discutible, pues no tomará en cuenta todas las variables que debiera.³⁵⁵ En un extremo, incluso, un peritaje que suprime información relevante deliberadamente puede dar cuenta de una actuación de mala fe, caso en el cual el peritaje sencillamente no debiese

³⁵⁴ DUCE, Mauricio, “La prueba pericial y su admisibilidad en el juicio oral”, en Revista de Ciencias Penal Iter Criminis del Instituto Nacional de Ciencias Penales de México, Mexico D.F. 2006, pp. 96 y ss.

³⁵⁵ Recuérdese que de acuerdo a los criterios Daubert expuestos en el capítulo II, el conocimiento de los estándares que controlan la investigación sobre la cual se basa la teoría es necesaria para que una ciencia pueda incorporarse como materia de testimonio experto en juicio.

ser valorado. Esto es así porque se trata de un testimonio experto que no da las mínimas garantías de rigurosidad y, además, porque no es admisible que una parte se vea beneficiada por el dolo del perito que presenta (haya concurrido en la manifestación del dolo o no). Será labor del juez determinar el compromiso de un peritaje con la verdad de acuerdo a las circunstancias particulares del caso, mas sin duda será fundamental la participación de otros intervinientes para dar cuenta de este tipo de situaciones ante el juez.

- c) **Justificación técnica de las conclusiones extraídas:** Este criterio dice relación con el asidero que tiene el proceder del perito en el campo del arte, ciencia u oficio que se trate. En general, a un peritaje que se ajuste a lo que entre los entendidos se considere un procedimiento o metodología normal debiese asignársele mayor valor que una que innova o que utiliza fórmulas o técnicas propias de opiniones minoritarias. Claro está que si se ve justificado es perfectamente posible en un peritaje ser poco ortodoxo y alejarse de lo comúnmente aceptado. Lo relevante será que el perito, en ese caso, lo justifique suficientemente de acuerdo a las circunstancias del caso y que exista suficiente fundamentación teórica de su proceder.
- d) **Relación lógica entre la observación, el razonamiento seguido y las conclusiones obtenidas:** De acuerdo a este criterio, es indispensable que en un peritaje exista una relación lógica entre las distintas fases que lo constituyen. Es así como los elementos de hecho que son recogidos del reconocimiento (que deben ser los relevantes para efectos de la decisión del asunto) deben ser correctamente analizados a la luz de los principios del campo de experticia y, a partir de tales premisas, debiese seguirse un razonamiento lógico que permita extraer ciertas conclusiones. De no seguirse esta secuencia la calidad de la información que el peritaje aporta necesariamente debiera ser baja, pues se trata de defectos que hacen que difícilmente el estándar de prueba (de “más allá de toda duda razonable”) pueda verse satisfecho.

Por el contrario, un peritaje que aporta información contraria pero en el que sí se da la aludida relación entre sus distintas partes debiese ser digna de mayor valor para probar hechos. Nuevamente, sin perjuicio de las propias observaciones que el juez pueda

realizar, la labor de otros intervinientes a través de la cual se hace notar estas circunstancias puede resultar del todo útil (especialmente a través de la presentación de otros medios de prueba).

- e) **Rigurosidad y claridad en las conclusiones que se extraen:** Este último criterio dice relación con la claridad con que son expuestas las conclusiones del peritaje. Una prueba pericial que aporta conclusiones de difícil comprensión para una persona lega como el juez debiese estimarse como de menor valor probatorio que aquel en que sí lo permite. Naturalmente es posible que ciertas materias, por su propia complejidad, sean de difícil entendimiento para las personas comunes y que ello inevitablemente se plasme en la información incorporada al proceso. Se trataría de testimonios expertos hechos con rigurosidad y en los que existe una relación lógica para la obtención de conclusiones, pero que, por la propia dificultad de sus conceptos y principios, hace que inevitablemente sean difíciles de comprender para quien no es entendido. Pues bien, de resultar así, no se estaría cumpliendo con la finalidad que es propia del peritaje, como es la de poner al alcance de una persona no experta como el juez cierta información para entender ciertos antecedentes y eso debiese también considerarse a la hora de valorar el medio de prueba.³⁵⁶ Por el contrario, una prueba pericial que aporta conclusiones contrarias a aquella que es de difícil comprensión para el juez pero que es entendible por una persona lega, debiese ser considerada por estar cumpliéndose con la finalidad que es propia del testimonio experto.

³⁵⁶ Una prueba pericial compleja que escape de lo que puede un juez entender podría no superar el examen de admisibilidad de este medio de prueba. En efecto, la relevancia legal, como la ha entendido la doctrina, exige que la incorporación de la prueba de peritos acarree más consecuencias positivas que perjuicios. Concretamente, una prueba de difícil comprensión puede provocar una influencia indebida en el juzgador y no ser útil para la acreditación de determinados hechos. Sobre el particular vid. Cap. II, 6.

8. POSIBILIDAD DE UTILIZACIÓN DE CONOCIMIENTOS PRIVADOS DEL JUEZ

Un problema previamente enunciado, relativo a la prueba pericial, se refiere a la posibilidad de utilización de conocimientos privados del juez de la causa, que exceden los de un hombre común en determinada ciencia o técnica, en desmedro de lo expuesto por determinado perito. Es decir, surge la necesidad de determinar si un juez puede valerse de conocimientos técnicos, comúnmente asociados a informes periciales, para tomar una decisión en una causa, omitiéndose el pronunciamiento de un perito proporcionado por alguno de los intervinientes.

Al preguntarnos por lo que el juez puede tener en consideración al momento de fallar una causa, surge una interrogante que trasciende a la prueba pericial. Es necesario establecer cuál es la información relevante a la hora de tomar una decisión judicial: ¿sólo lo rendido en el juicio o lo percibido por el juez durante la fase procesal? ¿Puede considerarse también los conocimientos privados del juez de orden extrajudicial?

En el comienzo de este capítulo, al tratar la valoración de la prueba en general, destacamos que se trata de una labor ejercida de manera exclusiva por el juez que conoce de la causa y que es posible distinguir la valoración que realiza el tribunal de cada medio probatorio en concreto y de manera individual, de la que se realiza de todos los medios probatorios en conjunto. De este último análisis, referido a todas las pruebas rendidas en juicio en su conjunto y realizado con relativa libertad por aplicación de un sistema de sana crítica, el juez puede adquirir la convicción suficiente para llegar a una decisión en una causa. Por lo tanto es posible afirmar que el conjunto de la prueba rendida en el juicio es la “base de la convicción del juez”. En términos de Walter, se trata del “*contenido total de los debates y el resultado de la eventual recepción de la prueba*”.³⁵⁷

Lo anteriormente expresado parece derivarse la regla según la cual el juez sólo puede utilizar aquello que fue objeto del debate para formarse su convicción, excluyendo su saber privado. Sin embargo, esta regla no es de carácter absoluto, en la medida que tradicionalmente se

³⁵⁷ WALTER, Gerhard, *Op. Cit.*, p. 290.

ha excluido de la necesidad de rendir prueba respecto a los hechos que son considerados como públicos y notorios. Estos últimos, pueden ser considerados como conocimientos de sede extraprocésal, pero que de todos modos no requieren de ser probados en el juicio. Pero, ¿es asimilable el concepto de hechos notorios a los de conocimientos especiales con que cuenta un perito, por ser conocidos por el juez de la causa? Para responder esta interrogante es necesario entender qué es un hecho público o notorio.

En nuestro derecho penal, el concepto de hecho público y notorio es tratado al referirse a la exclusión de prueba. En el artículo 276 del código procesal penal, en efecto, se establece que “El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios”. Si bien no se entrega una definición legal, queda claro cuál es la función de esta exclusión de prueba: simplificar el juicio, ahorrando recursos al no tener que probarse hechos conocidos. Entendido así no es sino una manifestación del principio de economía procesal.

Los hechos notorios, a los que ya hicimos referencia en materia de admisibilidad, son los generalmente conocidos por la comunidad, como son los acontecimientos naturales y los históricos, así como, en general, todos aquellos hechos de los cuales normalmente tienen conocimiento las personas sensatas o sobre los que pueden informar fuentes confiables. Pueden concebirse como hechos notorios también aquellos que son conocidos entre un grupo más reducido de personas (como puede ser el caso de los habitantes de una determinada comunidad respecto de un acontecimiento local).³⁵⁸ Lo importante es que se trate de hechos que sean conocidos por el común de un determinado grupo, sea éste más o menos extenso en número de integrantes.

Acorde a lo anteriormente expuesto, Calamandrei define a los hechos notorios como “*aquellos hechos cuyo conocimiento es parte de la cultura normal, propia de un estrato social determinado en el momento en que se dicta el fallo*”.³⁵⁹ De esta definición es posible identificar

³⁵⁸ ROXIN, Claus, Op. cit., p.187.

³⁵⁹ WALTER, Gerhard, Op. Cit., p. 297.

una clara relación entre los hechos notorios y la concepción de conocimientos de una cultura común media. Se hace, en este sentido, una distinción entre hechos notorios, que se relacionan con el saber propio de una persona común y corriente o que son parte de la cultura general de una sociedad, y conocimientos especiales, asociados a una determinada ciencia o técnica. Pero esta no es la única forma de entender el hecho notorio.

Para otros autores, los hechos notorios no se tratan sólo de conocimientos que el juez posea al momento del juicio, sino que se hacen extensivos a cualquier información que sea fácilmente obtenible de parte del juez. En palabras de Urbetis *“la noción de hecho notorio concierne la afirmación o la negación de un evento, cuyo fundamento puede ser reconocido con mayor facilidad o más brevemente que para las otras afirmaciones judicialmente relevantes”*.³⁶⁰ Concordante con esta última afirmación, Walter sostiene que *“la misma solución tiene que aplicarse también, empero, cuando el juez no tiene todavía conocimiento real del hecho, pero puede proporcionárselo de una manera sencilla, aun sin recepción formal de la prueba”*.³⁶¹ Conforme a estas opiniones, la noción de hecho público se amplía a *“lo que el juez sabe o puede comprobar sin la menor dificultad, sea cual fuere su fuente, al menos fuera del proceso concreto”*.³⁶² Se trata de una manifestación del principio de economía procesal, según la cual si es sencillo obtener determinada información, no se justificaría realizar toda una operación probatoria para acreditar ese simple hecho.

La ampliación del concepto de hecho notorio a todo lo que es fácilmente cognoscible por el juez hace bastante más borrosa la distinción entre este último concepto y los conocimientos especiales que deben ser objeto de peritaje. Según esta concepción, *“carecería de interés práctico diferenciar entre lo que es sabido por la generalidad y lo que es sabido por el tribunal, porque es indiferente en qué se basa el saber privado del juez”*.³⁶³ El único límite a la utilización de conocimientos privados del juez, en este caso, sería la afectación a la imparcialidad del tribunal. La distinción entre juez y testigo se mantiene de manera clara, debido a que lo que el juez ha percibido como testigo de una causa no sería utilizable como saber propio por verse comprometida su propia imparcialidad. La distinción entre juez y perito, en cambio, se tornaría

³⁶⁰ URBETIS, Giulio, *Op. Cit.*, p. 30.

³⁶¹ WALTER, Gerhard, *Op. Cit.*, p. 303.

³⁶² WALTER, Gerhard, *Op. Cit.*, p. 306.

³⁶³ WALTER, Gerhard, *Op. Cit.*, p. 309.

en una meramente formal, al poder apartarse de los dictámenes periciales al utilizar el juez sus conocimientos privados especiales. En este caso tendría el tribunal el deber de fundamentar todo conocimiento que no sea el común y que le permita apartarse de determinado peritaje.

A nuestro juicio, esta ampliación de concepto de hecho notorio por un irrestricto apego al principio de economía procesal presenta un problema que no es posible desconocer: “*se desmejoraría la garantía de un efectivo ejercicio contradictorio, no permitiendo a las partes la ocasión para levantar eventuales objeciones al argumento*”.³⁶⁴

Dado que el sistema de libre valoración de la prueba no implica una discrecionalidad absoluta, deben cumplirse una serie de condiciones que permitan controlar el grado de racionalidad de las decisiones adoptadas y del modo en que ha sido efectuada dicha valoración. A este respecto, Taruffo enuncia una serie de condiciones de racionalidad mínimas al momento de valorar la prueba en su conjunto:³⁶⁵

- a) Que la valoración tome en consideración todos los elementos de prueba, disponibles y relevantes para la determinación positiva o negativa del hecho.
- b) Que se base en un razonamiento internamente coherente, es decir, un razonamiento en el que no haya contradicciones como las que se producen cuando la misma circunstancia se considera contemporáneamente verdadera y falsa.
- c) Que no se presenten contradicciones entre los resultados de la valoración conjunta de la pruebas. Es racional la valoración de los distintos elementos de prueba que resuelva sus contrastes identificando unívocamente la hipótesis más aceptable.

Además de la referida, existen otros controles de racionalidad de las decisiones judiciales, de tipo también procesal.

Uno de estos es el principio de contradicción entre las partes.

³⁶⁴ URBETIS, Giulio, *Op. Cit.*, p. 30.

³⁶⁵ TARUFFO, Michele, *Op. Cit.*, p. 425-426.

En términos de Taruffo “*es posible evitar interferencias indebidas, y en particular las que se derivarían de la influencia arbitraria del juez, si las partes están en situación de participar plenamente, jugando un papel activo, en el procedimiento de formación de la prueba, (...) la contradicción en la formación de las pruebas, en realidad, no tiene únicamente la función formal de complementar la implementación de la garantía de la defensa, sino también la de hacer que la actividad de las partes sirva para verificar la calidad de la prueba que se forma*”.³⁶⁶ En otras palabras, el principio de contradicción es una garantía previa a la toma de decisión de parte del tribunal, que opera como la posibilidad de intervenir y defenderse en la fase probatoria y que tiene directo resultado en el proceso de valoración de parte del juez.

Pero la contradicción de las partes no es sólo una garantía en la producción misma de la prueba pericial, sino que cumple esa función también en la fase de determinación de admisibilidad de la misma. Ya hemos dejado establecida la importancia de un buen control de admisibilidad de parte de los tribunales, dadas las complejidades de la prueba pericial.³⁶⁷ En este sentido, cuando es utilizado el saber privado del juez respecto a determinada prueba pericial, no existe ninguna posibilidad de control sobre dichos conocimientos. Como se dijo en su oportunidad, un aspecto muy relevante es la determinación de la idoneidad de un perito respecto a los conocimientos científicos y técnicos que afirma poseer, determinación que no existe cuando es el propio juez quien incorpora sus conocimientos al proceso. Por mucho que el tribunal fundamente su decisión, cualquier control sobre sus calificaciones desaparece de manera casi absoluta. En este sentido, la posibilidad de intervención de las partes incorporando elementos de hecho puede ser determinante a la hora de paliar las deficiencias de un análisis experto que es realizado por el propio juez.

De la misma forma, otra variable relevante a la hora de controlar la admisibilidad de la prueba pericial es establecer la confiabilidad del peritaje.

La justificación de que el peritaje deba ser confiable radica en que no todo ámbito del conocimiento está dotado de un nivel de aceptación suficiente para ser reconocido como materia válida de declaración experta en juicio. El saber privado que el tribunal pretende utilizar para

³⁶⁶ TARUFFO, Michele, *Op. Cit.*, p. 429.

³⁶⁷ Vid. Cap. II.

contravenir o desestimar una prueba pericial no tiene el mismo control de confiabilidad que podría tener la ciencia que profesa un determinado perito. Es bastante claro que se estaría vulnerando el objetivo del proceso de acercarse lo más posible a la verdad si un saber privado cuestionable de un juez se antepone a un conocimiento especial de un perito más confiable y susceptible de control.

Es por estas razones que consideramos que un concepto un tanto más restrictivo de hecho notorio, asociado a los conocimientos de un hombre promedio en una sociedad determinada, es más adecuado, dado que implica menores distorsiones a la hora de valorar la prueba (especialmente respecto a la prueba pericial). Esto no implica que sólo deba tratarse de conocimiento real y actual del juez al momento de juzgar. En efecto, puede asimilarse a hecho notorio a aquel que resulta fácil de adquirir, pero sin que esta se convierta en una regla absoluta. Así, por ejemplo, un hecho notorio puede ser la temperatura del día anterior -que corresponde a información que puede ser obtenida de un periódico de circulación nacional- pero ello no es lo mismo que asociar el hecho notorio a conocimientos técnicos de mayor complejidad, aun cuando de todas formas pudiera ser accesible a una persona común. Actualmente la información es cada vez más fácil de obtener, pero esto no es equivalente a afirmar que todo conocimiento es fácil de entender, dominar y aplicar.³⁶⁸

³⁶⁸ A través de la tecnología y especialmente el Internet una cantidad casi ilimitada de información se encuentra disponible al público. Pese a esto, no es posible afirmar que por la factibilidad de encontrar información reemplaza un estudio universitario de considerable cantidad de años y subsecuentes especializaciones. Extender el concepto de hecho notorio a toda la información accesible llevaría al absurdo de considerar que toda la información es notoria.

9. SITUACIÓN EN QUE EL JUEZ HACE DE LA PERICIA SU RESOLUCIÓN

Dado el carácter eminentemente técnico de la prueba pericial, y por su gran nivel de aceptación como fundamento de decisiones judiciales, surge una fuerte tentación para los magistrados de adoptar fallos basados únicamente en una opinión pericial, descuidando el análisis de otros medios probatorios.

Dicho problema ya fue expuesto con anterioridad, pero es necesario realizar un estudio más acabado del mismo y hacernos cargo de una pregunta pertinente: en la medida que las pericias se basen en fundamentos científicos sólidos, ¿existe realmente un problema? Podría argumentarse que, en la medida que la prueba pericial rendida fuere confiable y sin defectos evidentes en el método utilizado para obtener una determinada opinión experta, darle primacía, incluso ignorando otros medios probatorios, no generaría un problema relevante.

Nuestra opinión es que eso no es admisible, por dos grandes razones: la primera es relaciona directamente con la prueba pericial en si, por su carácter científico y técnico; y la segunda se relaciona con la función que cumplen los jueces en un proceso.

Ya nos hemos referido extensamente al carácter científico y técnico de la prueba pericial, al menos en el tercer nivel de conocimiento experto, y la dificultad que existe para ser utilizado individualmente para satisfacer el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable. Sin embargo, además de ese problema, que es eminentemente práctico y relacionado con el nivel de confiabilidad de cada prueba pericial, analizadas individualmente, existe una dificultad común a dicho medio probatorio, relacionada más intensamente con la ciencia misma.

Al relacionar la prueba pericial con términos como “el método científico” o a la ciencia en general, se podrían llegar a conclusiones apresuradas, como considerar que su estándar de confiabilidad es tan alto que podría considerarse casi infalible. De hecho, una concepción de este tipo no sería del todo extraño basado en el gran nivel de aceptación que tienen los conocimientos científicos en general, la positiva visión que se tiene de la comunidad científica y de la aparente consenso casi absoluto que se tiene de la mayoría de las teorías científicas.

Sin embargo, esta visión de la comunidad científica como un ente coordinado y en que casi no existen conflictos es una visión un tanto romantizada, dado que la discusión es una parte fundamental de la evolución de las ciencias: *“Thomas Kuhn introdujo un marcado cambio en la imagen de una ciencia que veía conflicto como una indeseable externalidad negativa y en cambio, en el curso de su propio alejamiento del positivismo, le dio crédito a la idea de que el conflicto era una consecuencia natural de la estructura de la empresa científica”*.³⁶⁹ Es difícil cuestionar el hecho de que al realizar un estudio de la historia de la ciencia, los conflictos han sido una parte fundamental del desarrollo científico.

Es indudable que el desacuerdo, dentro de la comunidad científica, es uno de los motores de la evolución de la ciencia, y que es un proceso eminentemente dialéctico: *“la hipótesis da origen a la teoría cuando se comprueba su veracidad, pero la teoría genera nuevos problemas con sus correspondientes hipótesis; al ser corroborada la veracidad de éstas se originan nuevas teorías, que a su vez dan lugar al surgimiento de otros problemas, y así sucesivamente”*,³⁷⁰ *“esta interrupción significa que ha surgido un conocimiento nuevo originado en el viejo conocimiento, pero que es cualitativamente diferente de él”*.³⁷¹ La visión de la ciencia como una disciplina estática en donde existe siempre un completo acuerdo, no puede dar cuenta del constante aumento y perfeccionamiento del conocimiento científico.

Una vez constatado el hecho de que la ciencia es una disciplina en constante evolución, impulsada en los conflictos y desacuerdos de la comunidad científica surge la siguiente incógnita: ¿Qué relevancia tiene este hecho respecto a la prueba pericial? Nuestra opinión es que este fenómeno es esencial para lograr un mejor entendimiento del tema en estudio.

³⁶⁹ MENDELSON, Everett, *The political anatomy of controversy in the sciences*, en “Scientific controversies: case studies in the resolution and closure of disputes in science and technology”, Editado por TRISTRAM, Hugo y CAPLAN Arthur, Cambridge University Press, New York, USA, 1989, p. 94 (*“Thomas Kuhn introduced a sharp break with an image of science that saw conflict as an unwanted externality and instead, in the course of his own retreat from positivism, gave credence to the idea that conflict was a natural outcome of the structures of the scientific enterprise”*).

³⁷⁰ MORGAN, Rolando, *La hipótesis científica*, Ediciones del Litoral, Santiago, Chile, 2005, p.20.

³⁷¹ MORGAN, Rolando, Op. Cit., p. 22.

Si creemos en la concepción de la ciencia como una disciplina estática e infalible, es del todo coherente considerar la intervención de un experto en un determinado proceso como un mero auxiliar de un juez lego. Se trataría simplemente de una asistencia que prestaría el perito, para permitir al juez percibir una realidad objetiva y en que no existe ningún tipo de desacuerdo posible o evolución. Pero como ya hemos señalado, una visión de la disciplina científica como esa no resulta acertada, lo que genera el problema de que no todo lo que considere un perito es completamente objetivo. En algunos casos, la adopción de una determinada teoría por sobre otras puede traer como consecuencia que se puedan tomar decisiones diferentes.

En la medida en que existan desacuerdos dentro de la comunidad científica, que puedan ser relevantes y producir efectos dentro de un determinado procedimiento judicial, y en atención a que un juez se encuentra probablemente ajeno a dichas disquisiciones, la concepción de la pericia como un medio de prueba, y no como una herramienta auxiliar para el juez, es la más adecuada. El peritaje así entendido, en efecto, posibilita a ambas partes en un proceso presentar a sus respectivos expertos, que pueden o no tener un grado similar de confiabilidad, pero que obtienen conclusiones diferentes. Naturalmente, esa posibilidad sería impensable si consideráramos a la ciencia como una disciplina infalible.

Esta es la primera gran razón de porqué una prueba pericial no puede ser asimilada a una resolución sin mayor análisis o descuidando la visión que puedan tener otros peritos dentro de la misma materia.

La segunda razón se relaciona mayormente con la propia función jurisdiccional que debe desarrollar un magistrado. Como ya hemos hecho referencia con anterioridad, la jurisdicción es otorgada por nuestra Constitución a los tribunales de justicia.

En el artículo 76 de dicha Carta fundamental se establece que “a facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”.

Dado que la función jurisdiccional es otorgada exclusivamente a los magistrados de los respectivos tribunales de justicia, no es posible que dichos funcionarios se desliguen de realizar su función probatoria, de conocer una causa civil y criminal.

De lo anterior, es posible concluir que incorporar una opinión pericial en un fallo sin ser debidamente valorada implica una infracción a lo dispuesto en la Constitución Política de la Republica que establece la exclusividad de dicha función: no es tarea del perito de valorar la prueba, sino la del juez.

Además, no hay que olvidar que una de las características esenciales de la función jurisdiccional es la de la imparcialidad, entendida a este respecto como *“una imagen y un estado de ánimo del juzgador, una actitud que nos muestra que éste juzga sin interferencias ni concesiones arbitrarias a una parte”*.³⁷²

Se trata de un límite que tiene el juzgador a la hora de fallar pero que no afecta al perito al emitir sus respectivas conclusiones. En realidad, el experto se encuentra obligado a cumplir su función de manera fiel, pero su opción por una determinada teoría por sobre otra puede beneficiar a una de las partes y perjudicar correlativamente a la parte contraria. El informe pericial se encuentra destinado a producir consecuencias favorables respecto a la parte que la presenta, por lo que su adopción irreflexiva de parte del juez implicaría una infracción al texto constitucional al delegarse jurisdicción en la persona del experto.

Es por estas razones que nos parece necesario que los tribunales no pierdan de vista el verdadero carácter de la prueba pericial. Pese a que ésta cuenta un alto grado de aceptabilidad que pueda asignársele no se debe olvidar que es una prueba más rendida en el proceso. Dado que es presentada con una determinada pretensión y que el perito no es un mero auxiliar del juez, el tribunal debe cumplir su labor desarrollando un análisis reflexivo de lo que se le esta exhibiendo. Esta tarea se ve dificultada, de manera clara, por tratarse del juez de una persona lega respecto a los conocimientos científicos o técnicos materia de la prueba pericial rendida, pero esto no

³⁷² MATURANA, Cristian, *Los Órganos Jurisdiccionales*, Colección de Apuntes, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2009, p. 29.

justifica la desidia de acoger un informe pericial, como si se tratara de una verdad objetiva e incontestable.

10. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL A UNA HIPÓTESIS: CASO DE LA PRUEBA DE ADN

Para permitir una mejor comprensión del tema en estudio y para distinguir con mayor claridad las características de una prueba pericial ideal para efectos de su valoración, comenzaremos exponiendo el siguiente somero caso hipotético:

Una persona ha sido imputada de haber cometido un determinado delito en cierto lugar. Dicho individuo niega siquiera haberse encontrado en el lugar en cuestión afirmando que “nunca en su vida ha pisado o visitado ese sector”. Un testigo afirma que observó a la persona que cometió el delito beber directamente de una botella de gaseosa que posteriormente desechó antes de realizar el hecho, pero no pudo observar el rostro de dicho sujeto debido a que se encontraba a sus espaldas. En el lugar, donde ocurrió el hecho, fue encontrada la botella anteriormente mencionada.³⁷³ Para poder establecer la participación del imputado en este caso la fiscalía solicita que se realice una prueba de ADN con la muestra obtenida por la policía en el lugar de los hechos.

Utilizando este ejemplo procederemos a continuación a enunciar los criterios que una prueba pericial debería cumplir para disminuir la posibilidad de las complicaciones propias de una prueba pericial en sede de valoración. Con este objetivo, primero procederemos a enunciar los requisitos que se deben cumplir en la etapa de admisibilidad respecto de este medio de prueba.

Así pues, es necesario que una prueba pericial cumpla con los requisitos exigidos por nuestra legislación para que esta sea considerada admisible. En este sentido hacemos aplicables los criterios tratados en el capítulo II de esta memoria, los que deben ser tenidos en consideración en la posterior valoración de la prueba.

³⁷³ Se trata de un caso meramente hipotético y ficticio ideado con el fin de tratar los requisitos que toda prueba pericial debe cumplir. No está de más mencionar que se excluyen detalles que serían relevantes en un caso real.

Respecto al criterio de pertinencia, es posible establecer que existe una clara relación lógica entre el medio de prueba utilizado y el hecho que se pretende acreditar. Se discute en este caso si un individuo se encontraba o no en un determinado lugar y una muestra de ADN encontrada en dicha zona puede confirmar o descartar su presencia. Esto sería difícil de cuestionar dado las características de este caso determinado, pero no se debe olvidar que también debe cumplirse con el criterio de “relevancia legal” acuñado por la doctrina norteamericana.³⁷⁴

En este sentido, deberá satisfacerse los criterios de admisibilidad legal, los que se caracterizan por ponderar el aporte probatorio de una determinada prueba con los diversos prejuicios que esta podría provocar. Respecto a supuestos prejuicios que dicha prueba pericial pueda generar en la persona del juzgador, es posible descartarlos por la importante relación que existe entre dicha prueba y los hechos controvertidos que se tratan de aclarar. En otras palabras, el test de ADN es lo suficientemente directo respecto a lo que se trata de probar y, por ende, no generaría prejuicios innecesarios en el juez.

Atendiéndose a los costos materiales y humanos, supondremos para la efectividad de este ejercicio que se encuentran dentro de los límites de lo razonable y que bien jurídico protegido por el tipo penal en cuestión es de una entidad suficiente como para ameritar un testimonio experto.³⁷⁵

El último criterio relativo a la relevancia legal es el que se relaciona con las posibles influencias indebidas que la prueba puede producir en el juzgador. Este punto se refiere al riesgo de que la misma sea valorada de manera errónea por la excesiva complejidad que dicho peritaje puede presentar o sea difícil de examinar. Respecto a este caso partiremos de la base de que este riesgo es mínimo, pero trataremos este punto con mayor profundidad más adelante.

En seguida, debe atenderse a la necesidad de la realización de una prueba pericial en el caso concreto. Como vimos en su oportunidad, el testimonio experto resulta necesario cuando se

³⁷⁴ Vid. Cap. II, 5.2.5.

³⁷⁵ Para el correcto funcionamiento de este ejemplo, presumiremos que en el sistema procesal en que dicho caso se enmarca se ha tomado una decisión política criminal respecto a las situaciones en que la utilización de pruebas periciales es razonable, atendiendo al aspecto económico. También consideraremos que para tomar dicha decisión se ha atendido a un criterio racional, como el de la relevancia del bien jurídico involucrado y su respectivo grado de afectación.

trata de un ámbito del conocimiento que se encuentra fuera de la experiencia común, fuera del conocimiento del tribunal o que no es susceptible de ser comprendido a cabalidad sin la ayuda de un especialista. Es bastante evidente que respecto a la prueba pericial de ADN un experto es necesario no sólo debido a que posee un grado de conocimiento científico respecto a dicho tema, sino porque también domina la técnica que permite identificar el ADN presente en una muestra determinada.

Por último debemos establecer que el peritaje es confiable, definiendo si el ámbito del conocimiento que representa el ADN está dotado de un nivel de aceptación suficiente para ser reconocido como materia válida de declaración experta en juicio. En este caso concreto, estamos tratando de una disciplina o área de experticia científica que actualmente cuenta un alto grado de aceptación, tanto en su perspectiva teórica como en su faceta práctica.

Desde una perspectiva teórica, el genoma humano es un termino que se utiliza para describir el contenido total de ADN (siglas del ácido, que es la molécula portadora de la información genética) en cada célula humana y contiene el conjunto de instrucciones (código genético) para la síntesis de las proteínas, las cuales son, en última instancia, las responsables de la fisiología y morfología de las células que, a su vez, son los componentes básicos de todos nuestros tejidos y órganos. Todas y cada una de los trillones de células que componen nuestros tejidos y nuestros órganos (excepto las células sexuales: el espermatozoides y el óvulo, que han reducido a la mitad el contenido del ADN y determinadas células como los glóbulos rojos de la sangre que han perdido su núcleo celular) son portadoras del mismo conjunto de instrucciones genéticas (de un mismo *genoma*). Por lo tanto, independientemente del órgano o tejido del que extraigamos el ADN de un mismo individuo, el perfil genético que obtengamos será el mismo.³⁷⁶

Lo anterior permite el análisis genético comparativo que se lleva a cabo entre la muestra dubitada (en general un vestigio biológico encontrado en la escena del delito o en el cuerpo de la victima: sangre, semen, saliva pelos, tejidos, restos epidérmicos etc.) y una muestra de referencia indubitada (en general sangre o saliva) extraída de la persona de la que se sospecha pueda haber

³⁷⁶Alonso Alonso, Antonio, CONCEPTOS BÁSICOS DE ADN FORENSE, Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Servicio de Biología. Madrid, pg. 1861, disponible en http://www.uam.es/personal_pdi/ciencias/gpepe/g_forense/conceptos_basicos_de_adn_forense.pdf, visitado por última vez el 13 de julio de 2010.

dejado el indicio biológico dubitado. Independientemente del tejido u órgano de procedencia el perfil genético que se obtenga será el mismo si vestigio y muestra de referencia provienen de la misma persona.

Estableciendo que se cumplen con todos los requisitos necesarios para considerar a esta prueba pericial como admisible en este caso concreto, es necesario precisar la forma en que ésta debe ser rendida para facilitar el proceso de valoración que le compete al juzgador. En este sentido, nos referiremos a cómo debe ser presentada la prueba por el perito, ejemplificándolo utilizando nuestro caso hipotético.

En primer lugar, es necesario que el perito exponga con claridad y de manera estructurada el método por medio del cual se examinó determinado objeto de prueba. Esto debe ser previo a la emisión de la correspondiente opinión experta que se espera del perito. Es necesario que el juez pueda comprender la línea argumental que sigue el perito, aunque no domine a cabalidad el conocimiento científico o técnico que éste posee. Por lo tanto, el primer paso es explicitar de qué forma se ha realizado las observaciones necesarias o las técnicas requeridas para arribar a una conclusión. En el caso hipotético que estamos desarrollando, existen dos niveles a esta observación experta: lo que se refiere primero a la obtención de las muestras que serán analizadas y posteriormente la técnica efectuada para desarrollar dicho examen.

La obtención de ADN en el ámbito penal suele tener al menos dos escenarios y dos momentos distintos dentro del proceso.

Por un lado se trata de obtener el ADN dubitado (la prueba) de la escena del delito o del cuerpo de la víctima y, por otro, la obtención del ADN de referencia de las personas implicadas en el proceso con las que realizar el análisis genético comparativo.

Dada la sensibilidad de las técnicas actuales de análisis genético en muestras forenses (cuyo límite de sensibilidad está cercano a detectar el contenido de ADN de unas docenas de células) el tipo y el número de posibles muestras e indicios biológicos susceptibles de ser identificados por ADN (sangre, semen, saliva, pelos, tejidos, restos celulares en objetos tocados)

se ha ido incrementando en los últimos años. En el caso materia de nuestro análisis, la obtención de la muestra dubitada fue realizada por la policía al encontrar y resguardar los restos de saliva encontrados en una botella.

No sólo es relevante que se comunique de manera estructurada la forma en que se obtuvieron dichas muestras, sino que también lo es dar garantías de probidad y seriedad en el manejo y resguardos de dichos objetos de prueba.

Cada vez se hace más necesario el desarrollo de protocolos de investigación que aseguren el rápido aislamiento de la escena (evitando posibles contaminaciones o transferencia de indicios) para una adecuada recogida y documentación de los indicios biológicos por personal especializado que aseguren la correcta conservación y la custodia de las muestras desde su recogida. La posibilidad de poder demostrar de forma documentada la cadena de custodia de las muestras es una garantía de probidad que no debe ser olvidada durante la rendición de esta prueba pericial.

A continuación, es necesario exponer el método utilizado para el examen de las muestras obtenidas.

Recalamos nuevamente que se trata de una presentación que debe realizarse con el máximo grado de claridad y orden, para así permitir que una persona leiga en dichos conocimientos científicos, como el juzgador en este caso, pueda al menos seguir el razonamiento del perito.

En materia de prueba de ADN existen tres etapas básicas de examen.³⁷⁷

1. Análisis laboratorial de la muestra, lo que incluye analizar el mayor número de polimorfismos³⁷⁸ de ADN posible, obteniendo así un perfil genético de la muestra objeto de análisis.

³⁷⁷ Carracedo Álvarez, Ángel, VALORACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL SOBRE ADN ANTE LOS TRIBUNALES, Instituto de Medicina Legal Universidad de Santiago de Compostela, pg. 1981-1982, disponible en <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL39.pdf>, visitado por última vez el 13 de julio de 2010.

2. Comparación de los resultados con los obtenidos en el inculcado o en la víctima. Ello implica que si aparece un vestigio biológico en la víctima lo comparamos con el análisis genético del agresor, o bien, si, por ejemplo, aparece una mancha de sangre en el agresor la comparamos con la sangre de la víctima.
3. Puede entonces ocurrir que los patrones sean diferentes en uno o más grupos con lo que concluiremos que ese vestigio biológico no se corresponde con el individuo con el que lo comparamos. Pero puede suceder que los polimorfismos de ADN analizados en el vestigio se correspondan con el individuo con el que se compararan. Entonces hay que valorar la probabilidad de que ese vestigio provenga de ese individuo lo que depende de la frecuencia de esos grupos en la población. La tercera etapa del análisis es pues la valoración probabilística de la prueba en el caso de coincidencia de patrones.

Cuándo se analizan muestras genéticas se trata de ver si corresponden a un individuo, cuya sangre también es analizada. Pueden suceder dos situaciones: que no coincidan uno o varios marcadores analizados o que coincidan todos.

En el primer caso podemos decir que la mancha analizada no corresponde al individuo con un margen de error prácticamente despreciable y que se depende, en todo caso, de la seguridad analítica del laboratorio. De ahí la importancia de la acreditación y los controles de calidad.

El problema se presenta cuando coinciden los grupos analizados en el individuo y la muestra. La respuesta que entonces los jueces esperan del perito es el conocer la probabilidad de que esa mancha de sangre, ese pelo o esa saliva provengan de ese individuo.

³⁷⁸ El polimorfismo genético hace referencia a la existencia en una población de múltiples hálelos de un gen. Es decir, un polimorfismo es una variación en la secuencia de un lugar determinado del ADN entre los individuos de una población. Aquellos polimorfismos que afectan a la secuencia codificante o reguladora y que producen cambios importantes en la estructura de la proteína o en el mecanismo de regulación de la expresión, pueden traducirse en diferentes fenotipos (por ejemplo, el color de los ojos). Los cambios poco frecuentes en la secuencia de bases en el ADN no se llaman polimorfismos, sino más bien mutaciones. Para que verdaderamente pueda considerarse un polimorfismo, la variación debe aparecer al menos en el 1% de la población.

Las técnicas de identificación genética como cualquier otra actividad humana no están exentas de limitaciones o errores cuya incidencia habrá que ponderar de forma particular en cada proceso. Es por esto que el perito debe ser muy claro a la hora de exponer al juez las limitaciones inherentes que presenta cada prueba pericial, dependiendo de sus características científicas o técnicas.

Los estudios de validación realizados sobre las mismas muestras forenses entre diversos grupos de estandarización de genética forense han develado que se trata de una tecnología que ofrece una alta reproducibilidad y fiabilidad, pero también han puesto de manifiesto la existencia de determinadas excepciones a las leyes genéticas (mutación, inestabilidad somática, entre otras) que es necesario tener en cuenta para una correcta interpretación de algunos casos.

Se detecta además en este tipo de ejercicios ínter laboratorio un bajo índice de resultados discrepantes (errores) debidos a cuestiones metodológicas, a errores de custodia y a errores de transcripción de distinta influencia en la interpretación final del supuesto práctico y cuya influencia en la pericia es difícil de diagnosticar.

Una de las limitaciones de los análisis de ADN es la contaminación biológica humana. La preservación del indicio biológico de la contaminación de ADN exógeno desde su recogida y durante el análisis en el laboratorio cobra una vital importancia cuando se trabaja con sistemas de análisis tan sensibles y en especial cuando se trabaja con indicios biológicos con bajo contenido en ADN. Los laboratorios forenses se ven por tanto obligados, además de desarrollar medidas para evitar al máximo la posibilidad de una contaminación, a analizar de forma sistemática una serie de controles negativos para monitorizar la posible influencia de la contaminación durante el análisis de cada muestra pericial.

CONCLUSIÓN

Los niveles de exigencia de la prueba en un proceso penal han ido progresivamente aumentando, en la medida que contamos con más y mejores herramientas para la obtención de indicios necesarios para la toma de buenas decisiones judiciales. Este hecho se encuentra directamente vinculado con la prueba pericial, que es justamente el medio de incorporar cuestiones de carácter científico y técnico al proceso. Sin embargo, pese a su creciente importancia y al trato especializado que se le ha dado en las regulaciones extranjeras, la doctrina nacional no ha sido lo suficientemente rigurosa a la hora de tratar esta materia.

Al realizar una primera aproximación a este estudio, no fue difícil concluir que la aplicación de este medio de prueba presenta una gran cantidad de interrogantes, que no son propios de otros medios de prueba.

Los elementos que son exclusivos de la prueba pericial, derivados tanto de su carácter eminentemente técnico como de su creciente importancia vinculada al desarrollo científico, generan conflictos que no son extensivos a otras materias y que requieren un trato específico y diferenciado.

Es por dicha razón que decidimos desarrollar esta investigación con la pretensión de no sólo identificar sus principales elementos y las mayores problemáticas derivadas de su aplicación, sino también proponer soluciones y consignar nuestras propias conclusiones.

A lo largo de este trabajo, hemos podido realizar un extenso análisis de la prueba pericial, dando luces de sus principales características, tanto en nuestra legislación como en la regulación comparada. Además procedimos a tratarla en la dimensión de su admisibilidad al proceso y en cuanto a su valoración.

Al finalizar esta memoria creemos pertinente formular las siguientes conclusiones generales y observaciones:

En primer lugar, en el marco teórico de esta memoria, entregamos nuestra propia definición de la prueba pericial, basada en las diversas aproximaciones realizadas por otros autores, estableciendo que consiste en “la opinión emitida por un “perito”, en un juicio, relativa a

un hecho del proceso que requiere de conocimientos especiales para ser comprendido a cabalidad y que es relevante a la hora de decidir por el tribunal”. En base a esta definición continuamos el estudio de dicho medio probatorio, realizando una breve exposición de su evolución histórica.

Luego tratamos las principales diferencias entre la prueba pericial y otros medios probatorios. Realizamos importantes contrastes entre la pericia y la prueba testimonial, la inspección personal del tribunal y la prueba instrumental. También se le comparó con la figura del intérprete y la del árbitro. A continuación se procedió a realizar una clasificación de distintos tipos de peritos, basada en variables como el arte, ciencia u oficio que el perito profesa, si es obligatorio o facultativo, el rol que desempeña el perito en el proceso, si su naturaleza pública o privada, etc.

Además consideramos relevante exponer sobre la regulación de la pericia tanto en el antiguo procedimiento penal, como en el nuevo regulado en el Código Procesal Penal. Respecto a esto pudimos concluir que las principales características del medio probatorio en estudio en la anterior regulación consistían en que era concebida de manera casi exclusiva como un informe escrito, que su tratamiento se encontraba acorde a la valoración de la prueba según el sistema de la prueba legal o tasada y que la iniciativa para rendirla era prácticamente exclusiva del juez. Esto presenta un fuerte contraste con la regulación actual que es más acorde con un juicio oral de iniciativa de las partes y con un sistema de valoración de la prueba basado en la sana crítica.

En segundo lugar, se procedió a hacer un acabado estudio de las distintas problemáticas que la prueba pericial puede generar desde el punto de vista de su admisibilidad.

Comenzamos el segundo capítulo señalando que la forma de acreditación de enunciados de hecho es a través de los medios de prueba y que si se relaciona esta noción con el objeto de la prueba, se deduce que no todos los medios de prueba pueden ser utilizados en juicio.

Es por esto que existe una etapa de admisibilidad en el proceso, que es parte de una fase intermedia o de preparación del juicio, en que se procede a la delimitación precisa de los hechos que serán debatidos y los medios de prueba que se presentarán para acreditarlos.

Luego establecimos que respecto al tribunal que conoce de la admisibilidad de la prueba, es posible identificar dos modelos: el alemán, en que es el juez profesional o letrado que conoce del juicio el competente para conocer de las solicitudes sobre exclusión de prueba, y el italiano, y que fue recogido por el C.P.P. chileno, en que el juez que conoce de la etapa intermedia y de la exclusión de prueba es el mismo que conoció de la investigación.

A continuación, fundamentamos la necesidad de que exista una etapa previa de admisibilidad de la prueba en un procedimiento judicial y expusimos la dificultad de realizar esta operación al encontrarse basada en principios variables y relativos.

Sin embargo, concluimos que la admisibilidad es necesaria en la medida que la prueba en el juicio debe estar encaminada a la obtención de un cierto tipo de “verdad” y, en la medida que ello resulta cierto, es necesario que los enunciados fácticos que se incorporan al proceso estén revestidos de un mínimo nivel de calidad epistemológica.

Además, señalamos que el proceso, en la medida en que pretende soluciones razonables y ajustadas a derecho, no puede permitirse la utilización de cualquier tipo de premisa.

De manera concordante, expusimos otras preocupaciones de orden legislativo que juegan a la hora de analizar la admisibilidad de la prueba, como la existencia de valores o elementos dignos de protección y que, a veces, deben hacerse primar por sobre la obtención de la verdad, tales como la economía procesal y el respeto por los derechos fundamentales. Respecto a esto dimos gran énfasis al hecho de que en el contexto de un estado democrático constitucional, el proceso penal no puede quedar ajeno a la necesidad de protección de los derechos fundamentales de las personas, por lo que la exclusión de la prueba que es obtenida con infracción de derechos fundamentales o de garantías constitucionales de carácter procesal es imprescindible.

Posteriormente, expusimos, a grandes rasgos, la regulación de la admisibilidad de la prueba en el Código Procesal Penal, y los principales criterios generales de la admisibilidad de la prueba.

Estos requisitos consisten en que la prueba debe ser: pertinente o relevante, o sea, que guarde relación con los supuestos de hecho materia de la acusación o los alegados por la defensa; que se trate sobre hechos controvertidos por las partes; que esta no sea ofrecida con fines dilatorios y, por último, que esta no sea ilícita.

Habiendo realizado un estudio general sobre la admisibilidad de la prueba, continuamos identificando las principales problemáticas en este campo respecto a la prueba pericial en específico.

Estos se relacionan con el uso de recursos, por tratarse de un medio de prueba más caro que el resto por los honorarios del perito y demás gastos propios de la incorporación de su declaración en el proceso. Lo anterior se traduce en dos necesidades siendo la primera la de dotar de recursos suficientes tanto al órgano de persecución penal pública como al de defensa penal pública, y la segunda, de hacer un uso eficiente de los recursos destinados. También existen problemas asociados a la valoración de la prueba pericial, por tratarse de la opinión de un experto.

Con esto en mente, desarrollamos los principales criterios de admisibilidad, basados en el tratamiento del derecho norteamericano.

- a) **Relevancia o pertinencia de la prueba pericial.** La pertinencia entendida en el sentido general, aplicable a todos los medios de prueba, esto es, como la relación lógica entre el medio de prueba y el hecho que se pretende acreditar y que es objeto del debate en juicio. Sin embargo, es posible concebir una segunda acepción del concepto de pertinencia o relevancia. Es la que se denomina en doctrina norteamericana “relevancia legal”: un análisis de costo y beneficio en que el juez debe pesar los aspectos favorables que la introducción de la prueba puede producir en juicio en contra de los potenciales perjuicios que pudiera generar la incorporación de al mismo. Para determinar la relevancia legal de la prueba pericial es posible realizar una serie de ponderaciones como: el aporte probatorio versus perjuicio del juzgador, el valor probatorio versus

costos materiales y humanos y el valor probatorio versus influencia indebida en el juzgador.

- b) **Necesidad de un conocimiento experto.** Es un requisito que se deriva de la naturaleza de la institución en estudio, pues justamente es el hecho de existir información propia de un arte ciencia u oficio desconocido para el promedio de la gente lo que justifica la utilización de la prueba pericial. En la medida en que el tribunal esté en condiciones de comprender el hecho, hacer juicios, sacar inferencias o arribar a conclusiones sin que para ello deba escuchar previamente a un experto, no sería *necesario* un conocimiento experto y, por lo mismo, la prueba pericial debiera declararse inadmisibile.³⁷⁹ Sin perjuicio de ello, somos de la opinión que el hecho de que el tribunal esté familiarizado con el conocimiento que se trate no puede servir de justificación para legitimar el aprovechamiento del *saber privado del juez*. No se trata simplemente que el peritaje sea un medio de prueba *útil*, antes bien, la prueba pericial debe ser *necesaria*, esto es, un lego debería llegar a una conclusión errónea sin la ayuda de un experto o debiera tratarse de conclusiones a las que sencillamente no podría llegarse sin una asesoría experta.
- c) **Idoneidad del perito.** Se refiere a las condiciones que debe reunir la persona del experto para que su declaración pueda ser incorporada al proceso. En los sistemas en que el peritaje es concebido como una función auxiliar a la que puede recurrir el juez, suele preestablecerse parámetros rígidos según los cuales se puede determinar fácil y objetivamente que una persona detenta un nivel de conocimientos aceptable. Por el contrario, en sistemas en que rige un modelo adversarial y en donde la pericia se asimila a un medio de prueba más, motivado y aportado por las partes, existe más flexibilidad para la acreditación de la idoneidad de la persona del experto. En definitiva, la acreditación de la idoneidad del perito en un sistema que no establece requisitos de forma como el chileno, queda determinada por el tipo de conocimiento experto que se trate. Se trata de una operación eminentemente casuística, pues las partes deberán trabajar para acreditar la idoneidad personal del perito a partir de las circunstancias particulares del caso, de modo tal que no quepan dudas que en la materia que se debate en el caso, el perito respectivo tiene un manejo aceptable.
- d) **Licitud de la prueba pericial.** Como todo medio de prueba, el peritaje debe ser lícito, es decir, debe realizarse sin vulneración de garantías fundamentales. Es cuando el

³⁷⁹ DUCE, Mauricio, Op. cit., p 64.

experto se contacta con la persona, hecho o cosa objeto de la pericia especialmente cuando puede atentarse contra los derechos fundamentales de la personas. Naturalmente, en el caso de la prueba pericial deben seguirse las reglas generales. En consecuencia, si una prueba es obtenida con inobservancia de los derechos constitucionales o de aquellos contenidos en tratados internacionales vigentes en Chile, la prueba simplemente debe ser excluida.

- e) **Confiabilidad del peritaje.** La confiabilidad del peritaje dice relación con cierto grado de *reconocimiento*, formal o informal, que debe tener el tipo de peritaje que se realiza. La justificación de que el peritaje deba ser confiable, radica en que no todo ámbito del conocimiento está dotado de un nivel de aceptación suficiente para ser reconocido como materia válida de declaración experta en juicio. En este sentido, la ciencia ha sido entendida como el parámetro de racionalidad por excelencia, y rango al que una disciplina debe necesariamente aspirar para estar dotado de suficiente reconocimiento social. Sin embargo, es necesario tener presente que no se excluyen, en principio, otros ámbitos de conocimiento como objetos de experticia. A nivel judicial no resulta sencillo establecer reglas precisas sobre qué debe considerarse un peritaje confiable. Para esto resulta conveniente tomar el modelo del desarrollo legislativo y jurisprudencial de los Estados Unidos (dado el nuevo carácter adversarial y oral adoptado en la última reforma procesal penal). Un primer fallo relevante en esta materia es el caso Frye de 1923, que estableció que el testimonio experto, para ser admitido en juicio, debía aprobar un “test de aceptación general”, según el cual la disciplina representada por el experto debía estar dotada de un cierto nivel de reconocimiento en la comunidad. Sin embargo, esta posición implicaba una determinación que sólo al juez de la causa correspondía hacer, resultando del todo discrecional e incontrolable. La solución vino recién en la década de los 90 con tres las jurisprudencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos que modificaron el anterior escenario: En el caso Daubert, que dispuso el testimonio experto no debe resultar admisible en juicio a menos que el ámbito del conocimiento a la que el experto representa sea propiamente científico; En el caso Joiner, se definió la posibilidad de ejercer un control sobre la labor de los tribunales a cargo de resolver la admisibilidad del testimonio experto en juicio (“abuso de discreción”); y el Caso Kumho, referido al problema de las “ciencias suaves” o que no se ajustan plenamente al método científico.

En tercer lugar, se realizó un extenso estudio de los problemas de valoración de la prueba pericial en el proceso.

Se comenzó entregando distintas definiciones del concepto de valoración de la prueba, para posteriormente tratar los distintos modelos de valoración identificados por la doctrina.

Luego de analizar los distintos sistemas de valoración de la prueba en el proceso, llegamos a la conclusión de que la libre valoración o sana crítica, es el modelo de valoración que mejor se relaciona con un concepto de proceso judicial racional y moderno, con pretensiones de establecer la verdad y que permite el control de las decisiones jurisdiccionales. Además constatamos que éste es el modelo adoptado por nuestro Código Procesal Penal.

Posteriormente procedimos a identificar los principales problemas que vienen aparejados a la aplicación de la prueba pericial en el proceso.

El primero se relacionaba con el hecho de que un juez que posee los conocimientos científicos de una persona promedio tiene que entrar a calificar la validez de una disciplina científica: si el estudio respectivo posee una suficiente justificación, si se ha utilizado el método científico debido, si las conclusiones se condicen con los procedimientos utilizados y posteriormente determinar el peso relativo que se le corresponde atribuirle a este medio de prueba en comparación con los demás. Para hacer frente a este conflicto, formulamos una clasificación aplicable a los diversos ámbitos del conocimiento a que un juez puede enfrentarse, estableciendo criterios concretos que permiten realizar dicha distinción y así simplificando la tarea de atribuirle un valor relativo respecto a otras especialidades.

De esta forma propusimos tres niveles de conocimientos a que un juez puede enfrentarse:

- a) **Primer Nivel:** Del conocimiento que no cumple con mínimas condiciones de confiabilidad. Se trata de disciplinas que no se ajustan al método científico, ya sea por no cumplir con ninguno de los requisitos o por no hacerlo con algunos considerados mínimos para asignarle cierta confiabilidad. Aplicando los criterios de admisibilidad del

testimonio experto, desarrollados en los Estados Unidos (criterios Daubert), es posible identificar disciplinas que no cumplen con el método científico, por lo que no debieran ser valorados en juicio

- b) **Segundo Nivel:** Ámbitos del conocimiento que no cumplen con todos los requisitos para ser reconocidos como ciencia, pero que tienen pretensiones de científicidad y cumplen mínimamente con el método científico. Este nivel da cuenta de información que no es científica (por no cumplirse con todos los requisitos que el método científico impone), pero que tampoco es descartable, a nuestro juicio, de antemano por no ser confiable. Muchas de las comúnmente denominadas “ciencias suaves” o “sociales” pueden tener cabida en este nivel (peritaje psicológico).
- c) **Tercer Nivel:** conocimiento científico. Este es el científico, o dicho en otra forma, que se ajusta a los parámetros que el denominado método científico fija como propios de una ciencia, y que reúne los mayores grados de confiabilidad.

Un segundo conflicto que puede surgir, respecto a la aplicación de la prueba pericial, dice relación con la posibilidad de que un juez pueda desestimar la opinión de un perito o atribuirle un valor menor a la que la propia disciplina estima que merece y si esto implicaría vulnerar los límites impuestos por los conocimientos científicamente afianzados.

Respecto a este punto concluimos que en un sistema de libertad probatoria, en que el juez se encuentra limitado únicamente por las normas de la sana crítica para la valoración de la prueba, el juez podría desestimar el valor probatorio de los peritajes o darle uno de alcance restringido.

Sin embargo, la posibilidad del juez de dejar de considerar una pluralidad de pruebas periciales propias de una disciplina científica implica un trabajo argumentativo mayor, pues le cabrá al juez la carga de explicar porqué resuelve el asunto haciendo caso omiso a lo que es opinión general al interior de una ciencia, arte u oficio. Un par de “buenas razones” para desestimar una prueba pericial es que existen defectos internos en la propia prueba o la existencia de otra prueba pericial con conclusiones diferentes.

Un tercer problema que puede surgir en esta materia y que se relaciona con carácter progresivo de la ciencia, consiste en determinar cómo debe enfrentarse un juez ante dos peritajes contradictorios, que reúnen un grado similar de confiabilidad.

Sin pretensiones de taxatividad, propusimos una serie de criterios para una valoración racional de la prueba pericial cuando se da el caso de una disidencia de opiniones expertas:

- a) **Calificación formal del perito:** que implica dar más peso a aquella que provenga de un experto que se encuentre más calificado (criterio que por sí solo no puede fundar una determinada valoración de la prueba pericial).
- b) **Grado de parcialidad que pueda estar envuelta en la declaración del perito y buena o mala fe de éste:** En atención al carácter adversarial del proceso, es posible asignar más valor a una opinión pericial que está más acorde con la obtención de la verdad que con los intereses de su cliente.
- c) **Justificación técnica de las conclusiones extraídas:** un peritaje que se ajuste a lo que entre los entendidos se considere un procedimiento o metodología normal debiese asignársele mayor valor que una que innova o que utiliza fórmulas o técnicas propias de opiniones minoritarias.
- d) **Relación lógica entre la observación, el razonamiento seguido y las conclusiones obtenidas:** es indispensable que en un peritaje exista una relación lógica entre las distintas fases que lo constituyen.
- e) **Rigurosidad y claridad en las conclusiones que se extraen:** Una prueba pericial que aporta conclusiones de difícil comprensión para una persona leiga como el juez debiese estimarse como de menor valor probatorio que aquel en que sí lo permite.

Un cuarto conflicto que puede generarse, es el relativo a la posibilidad de utilización de conocimientos privados del juez de la causa, que exceden los de un hombre común en determinada ciencia o técnica, en desmedro de lo expuesto por determinado perito.

Esto se traduce a un problema de fondo: determinar cuál es la información relevante a la hora de tomar una decisión judicial.

Respecto a esta problemática afirmamos que la regla general es que el juez sólo puede utilizar aquello que fue objeto del debate para formarse su convicción, excluyendo su saber privado.

Sin embargo, esta regla no es de carácter absoluto, en la medida que tradicionalmente se ha excluido de la necesidad de rendir prueba respecto a los hechos que son considerados como públicos y notorios.

Al definir estos conceptos, llegamos a la conclusión de que la ampliación del concepto de hecho notorio, por un irrestricto apego al principio de economía procesal, tiene como consecuencia el desmejoramiento de la garantía de un efectivo ejercicio contradictorio y limitaría el control de las decisiones judiciales. Es por lo anterior, que un concepto un tanto más restrictivo, asociado a los conocimientos de un hombre promedio en una sociedad determinada, es más adecuado, dado que implica menores distorsiones a la hora de valorar la prueba pericial.

Por último, respecto a la problemática de la valoración de la prueba pericial, nos referimos a tentación para los magistrados de adoptar fallos basados únicamente en una opinión pericial, descuidando el análisis de otros medios probatorios.

Nuestra opinión es que una conducta de este tipo presenta serios problemas al desconocer el verdadero carácter de la ciencia, como una disciplina en constante evolución, y al atentar contra la función jurisdiccional encomendada a cada juez.

Después de analizar los aspectos particulares de la prueba pericial, referidos a sus problemas de admisibilidad y de valoración en el proceso, y en base a las diversas soluciones que propusimos para hacer frente a dichas problemáticas, no podemos omitir pronunciarnos respecto a su naturaleza jurídica.

Un tema recurrente durante el desarrollo de esta memoria, tanto en el marco teórico, como en los capítulos siguientes, es el real carácter de la pericia: como auxiliar del juez o medio probatorio.

Luego de dar cuenta de nuestras conclusiones, no es difícil percatarse que adherimos a la posición que entiende a la prueba pericial como un medio probatorio, dado el carácter adversarial de nuestro actual sistema procesal penal. Esto debido, tanto a la forma en que entendemos al conocimiento técnico y científico, materia del testimonio experto, como por el hecho de que muchas de nuestras propuestas no podrían ser aplicadas de manera exitosa a un peritaje que no es entendido como un medio de prueba aportado por las partes. A nuestro juicio, este es el modo en que la prueba pericial debe ser entendida puesto que es la posición que mejor se condice con los crecientes desafíos que una nueva realidad, tan ligada al perfeccionamiento técnico y científico, supone y sus efectos en el mundo jurídico.

En síntesis, pretendemos con este trabajo haber aportado para que la ciencia a través de la prueba pericial contribuya en el proceso penal a que el juez se acerque a la verdad, para permitir el siempre justo y racional juzgamiento de los imputados, de manera que siempre se pueda condenárseles sólo cuando se haya alcanzado fundadamente el estándar objetivo de convicción previsto como máxima garantía por el legislador. Dicho juzgamiento racional sólo será posible con la utilización de la prueba pericial cuando se utilicen y respeten los parámetros de admisibilidad y valoración, los cuales atendida dicha importancia respecto de ese medio de prueba han constituido el objeto de este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA:

Libros:

1. AYLWIN, Patricio, *El Juicio Arbitral*, Editorial Jurídica de Chile, Quinta Edición, Santiago, 2005.
2. BERGER, Margaret, “The Supreme Court’s trilogy on the admissibility of expert testimony”, en *Reference Manual on Scientific Evidence*, Federal Judicial Center, segunda edición, 2000.
3. BLACK, Henry, *Black Law Dictionary*, St. Paul Minn., West Group, Séptima ed., 2000.
4. CAROCCA, Alex, *El nuevo sistema procesal penal*, Editorial jurídica La Ley, Santiago de Chile, 2003.
5. CHAHUÁN, Sabas, *Manual del nuevo procedimiento penal*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2007.
6. COLOMA, Rodrigo, “Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno”, en *La prueba en el nuevo proceso penal*, editorial LexisNexis, Santiago, 2003.
7. DAMASKA, Mirjan, *Evidence law adrift*, Yale University Press, 1997.
8. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Editorial Espasa Calpe, Madrid, España, 2006.
9. DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian, *Proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007.

10. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Editorial Trotta, , Madrid, España, 2002.
11. FERRER, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, editorial Marcial Pons, Barcelona, 2007.
12. FONTECILLA, Rafael, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1978.
13. GOLD, Alan, *Expert Evidence in criminal law: the cientific Aproach*, Canada Irving Law, Canadá, 2003.
14. GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, Tercera Edición, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1968.
15. HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002.
16. MATURANA, Cristian, *Algunas disposiciones comunes a todo procedimiento y aspectos generales de la prueba*, Colección de Apuntes, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2003.
17. MATURANA, Cristián, *Aspectos generales de la prueba*, Colección de Apuntes, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2006.
18. MATURANA, Cristian, *Los Órganos Jurisdiccionales*, Colección de Apuntes, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2009.
19. MATURANA, Cristian, *Los medios de prueba*, Colección de Apuntes, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2003.
20. MENDELSON, Everett, *The political anatomy of controversy in the sciences*, en “Scientific controversies: case studies in the resolution and closure of disptes in science

and technolog”, Editado por TRISTRAM, Hugo y CAPLAN Arthur, Cambridge University Press, New York, USA, 1989.

21. MÉNDEZ, Miguel, “Prueba pericial en Estados Unidos de América”, en *La prueba en el nuevo proceso penal*, editorial LexisNexis, Santiago, 2003.
22. MITTERMAIER, C.J.A., *Tratado de la prueba en materia criminal*, Editorial Hijos de Reus, Madrid, España, 1906.
23. MORGAN, Rolando, *La hipótesis científica*, Ediciones del Litoral, Santiago, Chile, 2005.
24. NUÑEZ, Cristóbal, *Tratado del Proceso Penal y de Juicio Oral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2003.
25. PÉREZ, Carlos, *Sobre un concepto histórico de ciencia: De la epistemología actual a la dialéctica*, Editorial LOM, Santiago, 1998.
26. PFEFFER, Emilio, *Código Procesal Penal Anotado y Concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
27. ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2000.
28. SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1963.
29. TARUFFO, Michele, “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, en *La prueba, artículos y conferencias*, Editorial Libromar, Santiago, 2009.
30. TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Traducción de Jordi Ferrer, Editorial Trotta, Madrid, España, 2002.

31. UBERTIS, Giulio, *La prueba penal. Perfiles jurídicos y epistemológicos*. Traducción del profesor Dr. Raúl Núñez Ojeda para trabajo de cátedra en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2007.
32. WALTER, Gerhard, *Libre apreciación de la prueba*, Editorial TEMIS, Bogotá, Colombia, 1985.
33. WOODS, James y otros, *What's wrong with the Rorschach*, Jossey Bass, Nueva York, 2003.

Memorias de Grado:

1. DÍAZ, Claudia, *El informe de peritos en los procedimientos civil y penal*, Memoria para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Talca, Talca, 2000.
2. DONOSO, Susana, *Interpretación sistemática de las normas reguladoras de la prueba en el nuevo sistema procesal penal*, Memoria para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, 2008.
3. MANRÍQUEZ, Samuel, *La libertad de prueba en el juicio oral*, Memoria para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2005.
4. RAMÍREZ, Gustavo, *La pericia*, Memoria para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1978.

Revistas:

1. CHAHUÁN, Sabas, *Reflexiones sobre la prueba pericial en el nuevo proceso penal*, en Revista Procesal Penal N° 11, Lexis Nexis, junio de 2003.
2. DUCE, Mauricio, *La prueba pericial y su admisibilidad en el juicio oral*, en Revista de Ciencias Penal Iter Críminis del Instituto Nacional de Ciencias Penales de México, Mexico D.F. 2006.
3. LEPIN, Cristián, *Breve estudio sobre la sana crítica*, Gaceta Jurídica N° 319, Editorial Lexis Nexis, Enero, 2007
4. NÚÑEZ, Raúl, *El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un estado democrático deliberativo*, en Revista Ius Et Praxis, Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, año 14, número 1, Talca, 2008.
5. PEREIRA, Hugo, *Naturaleza Jurídica de la Pericia Judicial*, en Gaceta Jurídica, N° 269, Santiago, Chile, 2002.

Sitios de Internet:

1. ALONSO, Antonio, *Conceptos básicos de ADN forense*, Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Servicio de Biología. Madrid, pg. 1861, disponible en http://www.uam.es/personal_pdi/ciencias/gpepe/g_forense/conceptos_basicos_de_adn_forense.pdf, visitado por última vez el 13 de julio de 2010.
2. CARRACEDO, Ángel, *Valoración e interpretación de la prueba pericial sobre ADN ante los tribunales*, Instituto de Medicina Legal Universidad de Santiago de Compostela, pg. 1981-1982, disponible en

<http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL39.pdf>, visitado por última vez el 13 de julio de 2010.

3. DENTI, Vittorio, “Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador”, ponencia general presentada en el V Congreso Internacional de Derecho Procesal, México D.F, México, 1972. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/13/art/art1.pdf>, visitado por última vez el 28 de octubre de 2008.
4. ENGHELHADT, Tristram y otro, *Scientific Controversies, Case Studies in the resolution and closure of disputes in science and technology*, Cambridge University Press, Nueva York, 1987, pp. 315 y ss. Extractos disponibles en el buscador de libros digitales <http://books.google.cl/books>, visitado por última vez el 25 de febrero de 2010.
5. Listado actualizado de de personas exoneradas en el contexto del Innocence Project, <http://www.innocenceproject.org/know/Browse-Profiles.php>, revisado por última vez el 19 de enero de 2010.
6. FAUST, David y ZISKIN, Jay, *Psychologist’s expert testimony called unscientific*, edición del 5 de noviembre de 2008. Disponible en el sitio de Internet <http://www.nytimes.com/1988/10/11/science/psychologist-s-expert-testimony-called-unscientific.html?pagewanted=1>, visitada por última vez el 25 de febrero de 2010.
7. Frye v. United States, 3968 U.S. (1923). Texto completo disponible en http://www.daubertontheweb.com/frye_opinion.htm, visitado por última vez el 19 de enero de 2010.
8. Versión actualizada de las Normas Federales de evidencia puede encontrarse en el sitio de internet de la Universidad de Cornell de Estados Unidos: http://www.law.cornell.edu/rules/fre/#article_i, visitada por última vez el 17 de enero de 2010.

9. Las notas del comité Consultivo acerca de la enmienda de las Normas Federales de Evidencia se encuentran disponibles en el sitio <http://www.law.cornell.edu/rules/fre/ACRule702.htm>, revisado por última vez el 17 de enero de 2010.

10. MAFFIOLETTI, Francisco y otros, “Evaluación pericial psicológica de credibilidad del testimonio: Documento de trabajo interinstitucional”, Publicado en Revista Jurídica del Ministerio Público, Santiago, 2008 (disponible en el sitio de internet: http://www.ministeriopublico.cl/repositoriominpu/Archivos/minpu/documentos/evaluacion_pericial_psicologica_de_credibilidad_testimonio.pdf, visitado por última vez el 19 de enero de 2010)

Textos legales:

1. Código Civil.
2. Código de Procedimiento Civil.
3. Código de Procedimiento Penal.
4. Código Orgánico de Tribunales.
5. Código Penal.
6. Código Procesal Penal.
7. Constitución Política de la República.

Oficios:

1. Ministerio Publico, Oficio N° 60, 31 de enero de 2002, emitido por el Fiscal Nacional y dirigido a los fiscales regionales y adjuntos del país.

ANEXOS

U.S. Supreme Court

DAUBERT v. MERRELL DOW PHARMACEUTICALS, INC., 509 U.S. 579 (1993)

509 U.S. 579

WILLIAM DAUBERT, ET UX., ETC., ET AL., PETITIONERS v. MERRELL DOW PHARMACEUTICALS, INC. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT.

No.92-102

Argued March 30, 1993

Decided June 28, 1993

Petitioners, two minor children and their parents, alleged in their suit against respondent that the children's serious birth defects had been caused by the mothers' prenatal ingestion of Bendectin, a prescription drug marketed by respondent. The District Court granted respondent summary judgment based on a well-credentialed expert's affidavit concluding, upon reviewing the extensive published scientific literature on the subject, that maternal use of Bendectin has not been shown to be a risk factor for human birth defects. Although petitioners had responded with the testimony of eight other well-credentialed experts, who based their conclusion that Bendectin can cause birth defects on animal studies, chemical structure analyses, and the unpublished "reanalysis" of previously published human statistical studies, the court determined that this evidence did not meet the applicable "general acceptance" standard for the admission of expert testimony. The Court of Appeals agreed and affirmed, citing *Frye v. United States*, 54 App. D.C. 46, 47, 293 F. 1013, 1014, for the rule that expert opinion based on a scientific technique is inadmissible unless the technique is "generally accepted" as reliable in the relevant scientific community.

Held:

The Federal Rules of Evidence, not Frye, provide the standard for admitting expert scientific testimony in a federal trial. Pp. 4-17.

(a) Frye's "general acceptance" test was superseded by the Rules' adoption. The Rules occupy the field, *United States v. Abel*, [469 U.S. 45, 49](#), and, although the common law of evidence may serve as an aid to their application, *id.*, at 51-52, respondent's assertion that they somehow assimilated Frye is unconvincing. Nothing in the Rules as a [509 U.S. 579, 2] whole or in the text and drafting history of Rule 702, which specifically governs expert testimony, gives any indication that "general acceptance" is a necessary precondition to the admissibility of scientific evidence. Moreover, such a rigid standard would be at odds with the Rules' liberal thrust and their general approach of relaxing the traditional barriers to "opinion" testimony. Pp. 4-8.

(b) The Rules - especially Rule 702 - place appropriate limits on the admissibility of purportedly scientific evidence by assigning to the trial judge the task of ensuring that an expert's testimony both rests on a reliable foundation and is relevant to the task at hand. The reliability standard is established by Rule 702's requirement that an expert's testimony pertain to "scientific . . . knowledge," since the adjective "scientific" implies a grounding in science's methods and procedures, while the word "knowledge" connotes a body of known facts or of ideas inferred from such facts or accepted as true on good grounds. The Rule's requirement that the testimony "assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue" goes primarily to relevance by demanding a valid scientific connection to the pertinent inquiry as a precondition to admissibility. Pp. 9-12.

(c) Faced with a proffer of expert scientific testimony under Rule 702, the trial judge, pursuant to Rule 104(a), must make a preliminary assessment of whether the testimony's underlying reasoning or methodology is scientifically valid and properly can be applied to the facts at issue. Many considerations will bear on the inquiry, including whether the theory or technique in question can be (and has been) tested, whether it has been subjected to peer review and publication, its known or potential error rate and the existence and maintenance of standards controlling its operation, and whether it has attracted widespread acceptance within a relevant scientific community. The inquiry is a flexible one, and its focus must be solely on principles and methodology, not on the

conclusions that they generate. Throughout, the judge should also be mindful of other applicable Rules. Pp. 12-15.

(d) Cross-examination, presentation of contrary evidence, and careful instruction on the burden of proof, rather than wholesale exclusion under an uncompromising "general acceptance" standard, is the appropriate means by which evidence based on valid principles may be challenged. That even limited screening by the trial judge, on occasion, will prevent the jury from hearing of authentic scientific breakthroughs is simply a consequence of the fact that the Rules are not designed to seek cosmic understanding but, rather, to resolve legal disputes. Pp. 15-17.

951 F.2d 1128 (CA9 1991), vacated and remanded. [509 U.S. 579, 3]

BLACKMUN, J., delivered the opinion for a unanimous Court with respect to Parts I and II-A, and the opinion of the Court with respect to Parts II-B, II-C, III, and IV, in which WHITE, O'CONNOR, SCALIA, KENNEDY, SOUTER, and THOMAS, JJ., joined. REHNQUIST, C.J., filed an opinion concurring in part and dissenting in part, in which STEVENS, J., joined, post.

Michael H. Gottesman argued the cause for petitioners. With him on the briefs were Kenneth J. Chesebro, Barry J. Nace, David L. Shapiro, and Mary G. Gillick.

Charles Fried argued the cause for respondent. With him on the brief were Charles R. Nesson, Joel I. Klein, Richard G. Taranto, Hall R. Marston, George E. Berry, Edward H. Stratemeier, and W. Glenn Forrester. *

[[Footnote *](#)] Briefs of amici curiae urging reversal were filed for the State of Texas et al. by Dan Morales, Attorney General of Texas, Mark Barnett, Attorney General of South Dakota,, Marc Racicot, Attorney General of Montana, Larry EchoHawk, Attorney General of Idaho, and Brian Stuart Koukoutchos; for the American Society of Law, Medicine and Ethics et al. by Joan E. Bertin, Marsha S. Berzon, and Albert H. Meyerhoff; for the Association of Trial Lawyers of America by Jeffrey Robert White and Roxanne Barton Conlin; for Ronald Bayer et al by Brain Stuart Koukoutchos, Priscilla Budeiri, Arthur Bryant, and George W. Conk; and for Daryl E. Chubin et al. by Ron Simon and Nicole Schultheis. Briefs of amici curiae urging affirmance were filed for the United States by Acting Solicitor General Wallace, Assistant Attorney General Gerson, Miguel A. Estrada, Michael Jay Singer, and John P. Schnitker; for the American

Insurance Association by William J. Kilberg, Paul Blankenstein, Bradford R. Clark, and Craig A. Berrington; for the American Medical Association et al. by Carter G. Phillips, Mark D. Hopson, and Jack R. Bierig; for the American Tort Reform Association by John G. Kester and John W. Vardaman, Jr.; for the Chamber of Commerce of the United States by Timothy B. Dyk, Stephen A. Bokat, and Robin S. Conrad; for the Pharmaceutical Manufacturers Association by Louis R. Cohen and Daniel Marcus; for the Product Liability Advisory Council, Inc., et al. by Victor E. Schwartz, Robert P. Charrow, and Paul F. Rothstein; for the Washington Legal Foundation by Scott G. Campbell, Daniel J. Popeo, and Richard A. Samp; and for Nicolaas Bloembergen et al. by Martin S. Kaufman. Briefs of amici curiae were filed for the American Association for the Advancement of Science et al. by Richard A. Meserve and Bert Black; for the American College of Legal Medicine by Miles J. Zaremski; for the Carnegie Commission on Science, Technology, and Government by Steven G. Gallagher, Elizabeth H. Esty, and Margaret A. Berger; for the Defense Research Institute, Inc., by Joseph A. Sherman, E. Wayne Taff, and Harvey L. Kaplan; for the New England Journal of Medicine et al. by Michael Malina and Jeffrey I. D. Lewis; for A Group of American Law Professors by Donald N. Bersoff; for Alvan R. Feinstein by Don M. Kennedy, Loretta M. Smith, and Richard A. Oetheimer; and for Kenneth Rothman et al. by Neil B. Cohen. [509 U.S. 579, 1]

OJ JUSTICE BLACKMUN delivered the opinion of the Court.

In this case, we are called upon to determine the standard for admitting expert scientific testimony in a federal trial.

I

Petitioners Jason Daubert and Eric Schuller are minor children born with serious birth defects. They and their parents sued respondent in California state court, alleging that the birth defects had been caused by the mothers' ingestion of Bendectin, a prescription anti-nausea drug marketed by respondent. Respondent removed the suits to federal court on diversity grounds.

After extensive discovery, respondent moved for summary judgment, contending that Bendectin does not cause birth defects in humans and that petitioners would be unable to come forward with any admissible evidence that it does. In support of its motion, respondent submitted an

affidavit of Steven H. Lamm, physician and epidemiologist, who is a well-credentialed expert on the risks from exposure to various [509 U.S. 579, 2] chemical substances. 1 Doctor Lamm stated that he had reviewed all the literature on Bendectin and human birth defects - more than 30 published studies involving over 130,000 patients. No study had found Bendectin to be a human teratogen (i.e., a substance capable of causing malformations in fetuses). On the basis of this review, Doctor Lamm concluded that maternal use of Bendectin during the first trimester of pregnancy has not been shown to be a risk factor for human birth defects.

Petitioners did not (and do not) contest this characterization of the published record regarding Bendectin. Instead, they responded to respondent's motion with the testimony of eight experts of their own, each of whom also possessed impressive credentials. 2 These experts had concluded that Bendectin can cause birth defects. Their conclusions were based upon "in vitro" (test tube) and "in vivo" (live) animal studies that found a link between Bendectin and malformations; pharmacological studies of the chemical structure of Bendectin that purported to show similarities between the [509 U.S. 579, 3] structure of the drug and that of other substance known to cause birth defects; and the "reanalysis" of previously published epidemiological (human statistical) studies.

The District Court granted respondent's motion for summary judgment. The court stated that scientific evidence is admissible only if the principle upon which it is based is "sufficiently established to have general acceptance in the field to which it belongs." 727 F.Supp. 570, 572 (S.D. Cal. 1989), quoting *United States v. Kilgus*, 571 F.2d 508, 510 (CA9 1978). The court concluded that petitioners' evidence did not meet this standard. Given the vast body of epidemiological data concerning Bendectin, the court held, expert opinion which is not based on epidemiological evidence is not admissible to establish causation. 727 F.Supp., at 575. Thus, the animal cell studies, live animal studies, and chemical structure analyses on which petitioners had relied could not raise, by themselves, a reasonably disputable jury issue regarding causation. *Ibid.* Petitioners' epidemiological analyses, based as they were on recalculations of data in previously published studies that had found no causal link between the drug and birth defects, were ruled to be inadmissible because they had not been published or subjected to peer review. *Ibid.*

The United States Court of Appeals for the Ninth Circuit affirmed. 951 F.2d 1128 (1991). Citing *Frye v. United States*, 54 App. D.C. 46, 47, 293 F. 1013, 1014 (1923), the court stated that expert opinion based on a scientific technique is inadmissible unless the technique is "generally accepted" as reliable in the relevant scientific community. 951 F.2d, at 1129-1130. The court declared that expert opinion based on a methodology that diverges "significantly from the procedures accepted by recognized authorities in the field . . . cannot be shown to be 'generally accepted as a reliable technique.'" *Id.*, at 1130, quoting *United States v. Solomon*, 753 F.2d 1522, 1526 (CA9 1985). [[509 U.S. 579, 4\]](#)

The court emphasized that other Courts of Appeals considering the risks of Bendectin had refused to admit reanalyses of epidemiological studies that had been neither published nor subjected to peer review. 951 F.2d, at 1130-1131. Those courts had found unpublished reanalyses "particularly problematic in light of the massive weight of the original published studies supporting [respondent's] position, all of which had undergone full scrutiny from the scientific community." *Id.*, at 1130. Contending that reanalysis is generally accepted by the scientific community only when it is subjected to verification and scrutiny by others in the field, the Court of Appeals rejected petitioners' reanalyses as "unpublished, not subjected to the normal peer review process, and generated solely for use in litigation." *Id.*, at 1131. The court concluded that petitioners' evidence provided an insufficient foundation to allow admission of expert testimony that Bendectin caused their injuries and, accordingly, that petitioners could not satisfy their burden of proving causation at trial.

We granted certiorari, [506 U.S. 914](#) (1992), in light of sharp divisions among the courts regarding the proper standard for the admission of expert testimony. Compare, e.g., *United States v. Shorter*, 257 U.S. App. D.C. 358, 363-364, 809 F.2d 54, 59-60 (applying the "general acceptance" standard), cert. denied, [484 U.S. 817](#) (1987), with *DeLuca v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 911 F.2d 941, 955 (CA3 1990) (rejecting the "general acceptance" standard).

II

A

In the 70 years since its formulation in the Frye case, the "general acceptance" test has been the dominant standard for determining the admissibility of novel scientific evidence at trial. See E. Green & C. Nesson, *Problems, Cases, and Materials on Evidence* 649 (1983). Although under increasing [509 U.S. 579, 5] attack of late, the rule continues to be followed by a majority of courts, including the Ninth Circuit. [3](#)

The Frye test has its origin in a short and citation-free 1923 decision concerning the admissibility of evidence derived from a systolic blood pressure deception test, a crude precursor to the polygraph machine. In what has become a famous (perhaps infamous) passage, the then Court of Appeals for the District of Columbia described the device and its operation and declared:

"Just when a scientific principle or discovery crosses the line between the experimental and demonstrable stages is difficult to define. Somewhere in this twilight zone, the evidential force of the principle must be recognized, and while courts will go a long way in admitting expert testimony deduced from a well-recognized scientific principle or discovery, the thing from which the deduction is made must be sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs." 54 App. D.C., at 47, 293 F., at 1014 (emphasis added).

Because the deception test had "not yet gained such standing and scientific recognition among physiological and psychological authorities as would justify the courts in admitting expert testimony deduced from the discovery, development, and experiments thus far made," evidence of its results was ruled inadmissible. *Ibid.*

The merits of the Frye test have been much debated, and scholarship on its proper scope and application is legion. [4](#) [509 U.S. 579, 6] Petitioners' primary attack, however, is not on the content, but on the continuing authority, of the rule. They contend that the Frye test was superseded by the adoption of the Federal Rules of Evidence. [5](#) We agree.

We interpret the legislatively enacted Federal Rules of Evidence as we would any statute. *Beech Aircraft Corp. v. Rainey*, [488 U.S. 153, 163](#) (1988). Rule 402 provides the baseline:

"All relevant evidence is admissible, except as otherwise provided by the Constitution of the United States, by Act of Congress, by these rules, or by other rules [509 U.S. 579, 7] prescribed by the Supreme Court pursuant to statutory authority. Evidence which is not relevant is not admissible."

"Relevant evidence" is defined as that which has "any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence." Rule 401. The Rule's basic standard of relevance thus is a liberal one.

Frye, of course, predated the Rules by half a century. In *United States v. Abel*, [469 U.S. 45](#) (1984), we considered the pertinence of background common law in interpreting the Rules of Evidence. We noted that the Rules occupy the field, *id.*, at 49, but, quoting Professor Cleary, the Reporter, explained that the common law nevertheless could serve as an aid to their application:

"In principle, under the Federal Rules, no common law of evidence remains. "All relevant evidence is admissible, except as otherwise provided. . . ." In reality, of course, the body of common law knowledge continues to exist, though in the somewhat altered form of a source of guidance in the exercise of delegated powers." *Id.*, at 51-52.

We found the common law precept at issue in the *Abel* case entirely consistent with Rule 402's general requirement of admissibility, and considered it unlikely that the drafters had intended to change the rule. *Id.*, at 50-51. In *Bourjaily v. United States*, [483 U.S. 171](#) (1987), on the other hand, the Court was unable to find a particular common-law doctrine in the Rules, and so held it superseded.

Here there is a specific Rule that speaks to the contested issue. Rule 702, governing expert testimony, provides:

"If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, [509 U.S. 579, 8] or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise."

Nothing in the text of this Rule establishes "general acceptance" as an absolute prerequisite to admissibility. Nor does respondent present any clear indication that Rule 702 or the Rules as a whole were intended to incorporate a "general acceptance" standard. The drafting history makes

no mention of Frye, and a rigid "general acceptance" requirement would be at odds with the "liberal thrust" of the Federal Rules and their "general approach of relaxing the traditional barriers to 'opinion' testimony." *Beech Aircraft Corp. v. Rainey*, [488 U.S., at 169](#) (citing Rules 701 to 705). See also Weinstein, Rule 702 of the Federal Rules of Evidence is Sound; It Should Not Be Amended, 138 F.R.D. 631 (1991) ("The Rules were designed to depend primarily upon lawyer-adversaries and sensible triers of fact to evaluate conflicts"). Given the Rules' permissive backdrop and their inclusion of a specific rule on expert testimony that does not mention "general acceptance," the assertion that the Rules somehow assimilated Frye is unconvincing. Frye made "general acceptance" the exclusive test for admitting expert scientific testimony. That austere standard, absent from, and incompatible with, the Federal Rules of Evidence, should not be applied in federal trials. [6](#)

B

That the Frye test was displaced by the Rules of Evidence does not mean, however, that the Rules themselves place [\[509 U.S. 579, 9\]](#) no limits on the admissibility of purportedly scientific evidence. [7](#) Nor is the trial judge disabled from screening such evidence. To the contrary, under the Rules, the trial judge must ensure that any and all scientific testimony or evidence admitted is not only relevant, but reliable.

The primary locus of this obligation is Rule 702, which clearly contemplates some degree of regulation of the subjects and theories about which an expert may testify. "If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue," an expert "may testify thereto." (Emphasis added.) The subject of an expert's testimony must be "scientific . . . knowledge." [8](#) The adjective "scientific" implies a grounding in the methods and procedures of science. Similarly, the word "knowledge" [connotes more than subjective belief or unsupported speculation.] The term "applies to any body of known facts or to any body of ideas inferred from such facts or accepted as truths on good grounds." Webster's Third New International Dictionary 1252 (1986). Of course, it would be unreasonable to conclude that the subject of scientific testimony must be "known" to a certainty; arguably, there are no certainties in science. See, e.g., Brief for Nicolaas Bloembergen et al. as Amici Curiae 9 ("Indeed, scientists do not assert that they know what is immutably 'true' - they are committed to searching for new, temporary theories to explain, as best they can,

phenomena"); Brief for American Association for the Advancement of Science et al. as Amici Curiae 7-8 ("Science is not an encyclopedic body of knowledge about [509 U.S. 579, 10] the universe. Instead, it represents a process for proposing and refining theoretical explanations about the world that are subject to further testing and refinement" (emphasis in original). But, in order to qualify as "scientific knowledge," an inference or assertion must be [derived by the scientific method.] Proposed testimony must be supported by [appropriate validation] - i.e., "good grounds," based on what is known. In short, the requirement that an expert's testimony pertain to "scientific knowledge" establishes a standard of evidentiary reliability. [9](#)

Rule 702 further requires that the evidence or testimony "assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue." This condition goes primarily to relevance. "Expert testimony which does not relate to any issue in the case is not relevant and, ergo, nonhelpful." 3 Weinstein & Berger □ 70202., p. 702-18. See also *United States v. Downing*, 753 F.2d 1224, 1242 (CA3 1985) ("An additional consideration under Rule 702 - and another aspect of relevancy - is whether expert testimony proffered in the [509 U.S. 579, 11] case is sufficiently tied to the facts of the case that it will aid the jury in resolving a factual dispute"). The consideration has been aptly described by Judge Becker as one of "fit." *Ibid.* "Fit" is not always obvious, and scientific validity for one purpose is not necessarily scientific validity for other, unrelated purposes. See Starrs, *Frye v. United States Restructured and Revitalized: A Proposal to Amend Federal Evidence Rule 702*, 26 *Jurimetrics J.* 249, 258 (1986). The study of the phases of the moon, for example, may provide valid scientific "knowledge" about whether a certain night was dark, and if darkness is a fact in issue, the knowledge will assist the trier of fact. However (absent creditable grounds supporting such a link), evidence that the moon was full on a certain night will not assist the trier of fact in determining whether an individual was unusually likely to have behaved irrationally on that night. Rule 702's "helpfulness" standard requires a valid scientific connection to the pertinent inquiry as a precondition to admissibility.

That these requirements are embodied in Rule 702 is not surprising. Unlike an ordinary witness, see Rule 701, an expert is permitted wide latitude to offer opinions, including those that are not based on firsthand knowledge or observation. See Rules 702 and 703. Presumably, this relaxation of the usual requirement of firsthand knowledge - a rule which represents "a 'most pervasive manifestation' of the common law insistence upon 'the most reliable sources of

information," Advisory Committee's Notes on Fed.Rule Evid. 602, 28 U.S.C. App., p. 755 (citation omitted) - is premised on an assumption that the expert's opinion will have a reliable basis in the knowledge and experience of his discipline.

C

Faced with a proffer of expert scientific testimony, then, the trial judge must determine at the outset, pursuant to [509 U.S. 579, 12] Rule 104(a), [10](#) whether the expert is proposing to testify to (1) scientific knowledge that (2) will assist the trier of fact to understand or determine a fact in issue. [11](#) This entails a preliminary assessment of whether the reasoning or methodology underlying the testimony is scientifically valid, and of whether that reasoning or methodology properly can be applied to the facts in issue. We are confident that federal judges possess the capacity to undertake this review. Many factors will bear on the inquiry, and we do not presume to set out a definitive checklist or test. But some general observations are appropriate.

Ordinarily, a key question to be answered in determining whether a theory or technique is scientific knowledge that will assist the trier of fact will be whether it can be (and has been) tested. "Scientific methodology today is based on generating hypotheses and testing them to see if they can be falsified; indeed, this methodology is what distinguishes science from other fields of human inquiry." Green, 645. See also C. Hempel, *Philosophy of Natural Science* 49 (1966) ("[T]he statements constituting a scientific explanation must be capable of empirical test"); K. Popper, *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge* 37 (5th ed. [509 U.S. 579, 13] 1989) ("[T]he criterion of the scientific status of a theory is its falsifiability, or refutability, or testability").

Another pertinent consideration is whether the theory or technique has been subjected to peer review and publication. Publication (which is but one element of peer review) is not a sine qua non of admissibility; it does not necessarily correlate with reliability, see S. Jasanoff, *The Fifth Branch: Science Advisors as Policymakers* 61-76 (1990), and, in some instances, well-grounded but innovative theories will not have been published, see Horrobin, *The Philosophical Basis of Peer Review and the Suppression of Innovation*, 263 *JAMA* 1438 (1990). Some propositions, moreover, are too particular, too new, or of too limited interest to be published. But submission to the scrutiny of the scientific community is a component of "good science," in part because it

increases the likelihood that substantive flaws in methodology will be detected. See J. Ziman, *Reliable Knowledge: An Exploration of the Grounds for Belief in Science* 130-133 (1978); Relman & Angell, *How Good Is Peer Review?*, 321 *New Eng.J.Med.* 827 (1989). The fact of publication (or lack thereof) in a peer reviewed journal thus will be a relevant, though not dispositive, consideration in assessing the scientific validity of a particular technique or methodology on which an opinion is premised.

Additionally, in the case of a particular scientific technique, the court ordinarily should consider the known or potential rate of error, see, e.g., *United States v. Smith*, 869 F.2d 348, 353-354 (CA7 1989) (surveying studies of the error rate of spectrographic voice identification technique), and the existence and maintenance of standards controlling the technique's operation, see *United States v. Williams*, 583 F.2d 1194, 1198 (CA2 1978) (noting professional organization's standard governing spectrographic analysis), cert. denied, [439 U.S. 1117](#) (1979).

Finally, "general acceptance" can yet have a bearing on the inquiry. A "reliability assessment does not require, although [[509 U.S. 579, 14](#)] it does permit, explicit identification of a relevant scientific community and an express determination of a particular degree of acceptance within that community." *United States v. Downing*, 753 F.2d, at 1238. See also 3 Weinstein Berger □ 70203., pp. 702-41 to 702-42. Widespread acceptance can be an important factor in ruling particular evidence admissible, and "a known technique which has been able to attract only minimal support within the community," *Downing*, 753 F.2d, at 1238, may properly be viewed with skepticism.

The inquiry envisioned by Rule 702 is, we emphasize, a flexible one. [12](#) Its overarching subject is the scientific validity - and thus the evidentiary relevance and reliability - of the principles that underlie a proposed submission. The focus, of course, must be solely on principles and methodology, not on the conclusions that they generate.

Throughout, a judge assessing a proffer of expert scientific testimony under Rule 702 should also be mindful of other applicable rules. Rule 703 provides that expert opinions based on otherwise inadmissible hearsay are to be admitted only if the facts or data are "of a type reasonably relied upon by experts in the particular field in forming opinions or inferences upon the subject." Rule 706 allows the court at its discretion to procure the assistance of an expert of

its own choosing. Finally, Rule 403 permits the exclusion of relevant evidence "if its probative value is substantially [509 U.S. 579, 15] outweighed by the danger of unfair prejudice, confusion of the issues, or misleading the jury. . . ." Judge Weinstein has explained: "Expert evidence can be both powerful and quite misleading because of the difficulty in evaluating it. Because of this risk, the judge, in weighing possible prejudice against probative force under Rule 403 of the present rules, exercises more control over experts than over lay witnesses." Weinstein, 138 F.R.D., at 632.

III

We conclude by briefly addressing what appear to be two underlying concerns of the parties and amici in this case. Respondent expresses apprehension that abandonment of "general acceptance" as the exclusive requirement for admission will result in a "free-for-all" in which befuddled juries are confounded by absurd and irrational pseudoscientific assertions. In this regard, respondent seems to us to be overly pessimistic about the capabilities of the jury and of the adversary system generally. Vigorous cross-examination, presentation of contrary evidence, and careful instruction on the burden of proof are the traditional and appropriate means of attacking shaky but admissible evidence. See *Rock v. Arkansas*, [483 U.S. 44, 61](#) (1987). Additionally, in the event the trial court concludes that the scintilla of evidence presented supporting a position is insufficient to allow a reasonable juror to conclude that the position more likely than not is true, the court remains free to direct a judgment, Fed.Rule Civ.Proc. 50(a), and likewise to grant summary judgment, Fed.Rule Civ.Proc. 56. Cf., e.g., *Turpin v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 959 F.2d 1349 (CA6) (holding that scientific evidence that provided foundation for expert testimony, viewed in the light most favorable to plaintiffs, was not sufficient to allow a jury to find it more probable than not that defendant caused plaintiff's injury), cert. denied, [506 U.S. 826](#) (1992); *Brock v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 874 F.2d 307 (CA5 [509 U.S. 579, 16] 1989) (reversing judgment entered on jury verdict for plaintiffs because evidence regarding causation was insufficient), modified, 884 F.2d 166 (CA5 1989), cert. denied, [494 U.S. 1046](#) (1990); *Green*, 680-681. These conventional devices, rather than wholesale exclusion under an uncompromising "general acceptance" test, are the appropriate safeguards where the basis of scientific testimony meets the standards of Rule 702.

Petitioners and, to a greater extent, their amici exhibit a different concern. They suggest that recognition of a screening role for the judge that allows for the exclusion of "invalid" evidence will sanction a stifling and repressive scientific orthodoxy, and will be inimical to the search for truth. See, e.g., Brief for Ronald Bayer et al. as Amici Curiae. It is true that open debate is an essential part of both legal and scientific analyses. Yet there are important differences between the quest for truth in the courtroom and the quest for truth in the laboratory. Scientific conclusions are subject to perpetual revision. Law, on the other hand, must resolve disputes finally and quickly. The scientific project is advanced by broad and wide-ranging consideration of a multitude of hypotheses, for those that are incorrect will eventually be shown to be so, and that in itself is an advance. Conjectures that are probably wrong are of little use, however, in the project of reaching a quick, final, and binding legal judgment - often of great consequence - about a particular set of events in the past. We recognize that, in practice, a gatekeeping role for the judge, no matter how flexible, inevitably on occasion will prevent the jury from learning of authentic insights and innovations. That, nevertheless, is the balance that is struck by Rules of Evidence designed not for the exhaustive search for cosmic understanding, [509 U.S. 579, 17] but for the particularized resolution of legal disputes. [13](#)

IV

To summarize: "General acceptance" is not a necessary precondition to the admissibility of scientific evidence under the Federal Rules of Evidence, but the Rules of Evidence - especially Rule 702 - do assign to the trial judge the task of ensuring that an expert's testimony both rests on a reliable foundation and is relevant to the task at hand. Pertinent evidence based on scientifically valid principles will satisfy those demands.

The inquiries of the District Court and the Court of Appeals focused almost exclusively on "general acceptance," as gauged by publication and the decisions of other courts. Accordingly, the judgment of the Court of Appeals is vacated, and the case is remanded for further proceedings consistent with this opinion.

It is so ordered.

Footnotes

[[Footnote 1](#)] Doctor Lamm received his master's and doctor of medicine degrees from the University of Southern California. He has served as a consultant in birth-defect epidemiology for the National Center for Health Statistics, and has published numerous articles on the magnitude of risk from exposure to various chemical and biological substances. App. 34-44.

[[Footnote 2](#)] For example, Shanna Helen Swan, who received a master's degree in biostatistics from Columbia University and a doctorate in statistics from the University of California at Berkeley, is chief of the section of the California Department of Health and Services that determines causes of birth defects, and has served as a consultant to the World Health Organization, the Food and Drug Administration, and the National Institutes of Health. *Id.*, at degree 113-114, 131-132. Stuart A. Newman, who received his bachelor's in chemistry from Columbia University and his master's and doctorate in chemistry from the University of Chicago, respectively, is a professor at New York Medical College, and has spent over a decade studying the effect of chemicals on limb development. *Id.*, at 54-56. The credentials of the others are similarly impressive. See *id.*, at 61-66, 73-80, 148-153, 187-192, and Attachments 12, 20, 21, 26, 31, and 32 to Petitioners' Opposition to Summary Judgment, in No. 84-20, 3-G(I) (SD Cal.).

[[Footnote 3](#)] For a catalog of the many cases on either side of this controversy, see P. Giannelli & E. Imwinkelried, *Scientific Evidence* 1-5, pp. 10-14 (1986 and Supp. 1991).

[[Footnote 4](#)] See, e.g., Green, *Expert Witnesses and Sufficiency of Evidence in Toxic Substances Litigation: The Legacy of Agent Orange and Bendectin Litigation*, 86 *Nw.U.L.Rev.* 643 (1992) (hereinafter Green); Becker & Orenstein, *The Federal Rules of Evidence After Sixteen Years - the Effect of "Plain Meaning" Jurisprudence, the Need for an Advisory* [509 *U.S.* 579, 6] *Committee on the Rules of Evidence, and Suggestions for Selective Revision of the Rules*, 60 *Geo. WashLRev.* 857, 876-885 (1992); Hanson, *James Alphonzo Frye is Sixty-Five Years Old; Should He Retire?*, 16 *West St.U.L.Rev.* 357 (1989); Black, *A Unified Theory of Scientific Evidence*, 56 *Ford.L.Rev.* 595 (1988), Imwinkelried, *The "Bases" of Expert Testimony: The Syllogistic Structure of Scientific Testimony*, 67 *N.C.L.Rev.* 1 (1988); *Proposals for a Model Rule on the Admissibility of Scientific Evidence*, 26 *Jurimetrics J.* 235 (1986); Giannelli, *The Admissibility of Novel Scientific Evidence: Frye v. United States, a Half-Century Later*, 80 *Colum.L.Rev.* 1197 (1980); *The Supreme Court, 1986 Term*, 101 *Harv.L.Rev.* 7, 119, 125-127 (1987).

Indeed, the debates over Frye are such a well-established part of the academic landscape that a distinct term - "Frye ologist" - has been advanced to describe those who take part. See Behringer, Introduction, Proposals for a Model Rule on the Admissibility of Scientific Evidence, 26 *Jurimetrics J.*, 237, 239 (1986), quoting Lacey, Scientific Evidence, 24 *Jurimetrics J.* 254, 264 (1984).

[[Footnote 5](#)] Like the question of Frye's merit, the dispute over its survival has divided courts and commentators. Compare, e.g., *United States v. (Frye is superseded by the Rules of Evidence, Williams*, 583 F.2d 1194 (CA2 1978) cert. denied, [439 U.S. 1117](#) (1979) with *Christophersen v. Allied-Signal Corp.*, 939 F.2d 1106, 1111, 1115-1116 (CA5 1991) (en banc) (Frye and the Rules coexist), cert. denied, [503 U.S. 912](#) (1992), 3 J. Weinstein & M. Berger, *Weinstein's Evidence* □ 70203., pp. 702-36 to 702-37 (1988) (hereinafter Weinstein & Berger) (Frye is dead), and M. Graham, *Handbook of Federal Evidence* 703.2 (3d ed. 1991) (Frye lives). See generally P. Giannelli & E. Imwinkelried, *Scientific Evidence* 1-5, n. 28-29 (citing authorities).

[[Footnote 6](#)] Because we hold that Frye has been superseded and base the discussion that follows on the content of the congressionally enacted Federal Rules of Evidence, we do not address petitioners' argument that application of the Frye rule in this diversity case, as the application of a judge-made rule affecting substantive rights, would violate the doctrine of *Erie R. Co. v. Tompkins*, [304 U.S. 64](#) (1938).

[[Footnote 7](#)] THE CHIEF JUSTICE "do[es] not doubt that Rule 702 confides to the judge some gatekeeping responsibility," post, at 4, but would neither say how it does so nor explain what that role entails. We believe the better course is to note the nature and source of the duty.

[[Footnote 8](#)] Rule 702 also applies to "technical, or other specialized knowledge." Our discussion is limited to the scientific context because that is the nature of the expertise offered here.

[[Footnote 9](#)] We note that scientists typically distinguish between "validity" (does the principle support what it purports to show?) and "reliability" (does application of the principle produce consistent results?). See Black, 56 *Ford.L.Rev.* at, 599. Although "the difference between

accuracy, validity, and reliability may be such that each is distinct from the other by no more than a hen's kick," *Starrs, Frye v. United States Restructured and Revitalized: A Proposal to Amend Federal Evidence Rule 702*, 26 *Jurimetrics J.* 249, 256 (1986), our reference here is to evidentiary reliability - that is, trustworthiness. Cf., e.g., Advisory Committee's Notes on Fed. Rule Evid. 602, 28 U.S.C. App., p. 755. ("[T]he rule requiring that a witness who testifies to a fact which can be perceived by the senses must have had an opportunity to observe, and must have actually observed the fact' is a 'most pervasive manifestation' of the common law insistence upon 'the most reliable sources of information.'" (citation omitted)); Advisory Committee's Notes on Art. VIII of Rules of Evidence, 29 U.S.C. App., p. 770 (hearsay exceptions will be recognized only "under circumstances supposed to furnish guarantees of trustworthiness"). [In a case involving scientific evidence, evidentiary reliability will be based upon scientific validity.]

[[Footnote 10](#)] Rule 104(a) provides:

"Preliminary questions concerning the qualification of a person to be a witness, the existence of a privilege, or the admissibility of evidence shall be determined by the court, subject to the provisions of subdivision (b) [pertaining to conditional admissions]. In making its determination, it is not bound by the rules of evidence except those with respect to privileges." These matters should be established by a preponderance of proof. See *Bourjaily v. United States*, [483 U.S. 171, 175](#)-176 (1987).

[[Footnote 11](#)] Although the *Frye* decision itself focused exclusively on "novel" scientific techniques, we do not read the requirements of Rule 702 to apply specially or exclusively to unconventional evidence. Of course, well-established propositions are less likely to be challenged than those that are novel, and they are more handily defended. Indeed, theories that are so firmly established as to have attained the status of scientific law, such as the laws of thermodynamics, properly are subject to judicial notice under Federal Rule Evidence 201.

[[Footnote 12](#)] A number of authorities have presented variations on the reliability approach, each with its own slightly different set of factors. See, e.g., *Downing*, 753 F.2d, at 1238-1239 (on which our discussion draws in part); 3 *Weinstein & Berger* □ 70203., pp. 7021 to 7022 (on which the *Downing* court in turn partially relied); McCormick, *Scientific Evidence: Defining a*

New Approach to Admissibility, 67 Iowa L.Rev. 879, 911-912 (1982); and Symposium on Science and the Rules of Evidence, 99 F.R.D. 187, 231 (1983) (statement by Margaret Berger). To the extent that they focus on the reliability of evidence as ensured by the scientific validity of its underlying principles, all these versions may well have merit, although we express no opinion regarding any of their particular details.

[[Footnote 13](#)] This is not to say that judicial interpretation, as opposed to adjudicative factfinding, does not share basic characteristics of the scientific endeavor: "The work of a judge is in one sense enduring, and in another, ephemeral. . . . In the endless process of testing and retesting, there is a constant rejection of the dross and a constant retention of whatever is pure and sound and fine." B. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* 178-179 (1921).

CHIEF JUSTICE REHNQUIST, with whom JUSTICE STEVENS joins, concurring in part and dissenting in part.

The petition for certiorari in this case presents two questions: first, whether the rule of *Frye v. United States*, 54 App. D.C. 46, 293 F. 1013 (1923), remains good law after the enactment of the Federal Rules of Evidence; and second, if *Frye* remains valid, whether it requires expert scientific testimony to have been subjected to a peer review process in order to be admissible. The Court concludes, correctly in my view, that the *Frye* rule did not survive the enactment of the Federal Rules of Evidence, and I therefore join Parts I and II-A of its opinion. The second question presented in the petition for certiorari necessarily is mooted by this holding, but the Court nonetheless proceeds to construe Rules 702 and 703 very much in the abstract, and then offers some "general observations." *Ante*, at 12.

"General observations" by this Court customarily carry great weight with lower federal courts, but the ones offered here suffer from the flaw common to most such observations - they are not applied to deciding whether particular testimony was or was not admissible, and therefore they tend to be not only general, but vague and abstract. This is particularly unfortunate in a case such as this, where [509 U.S. 579, 2] the ultimate legal question depends on an appreciation of one or more bodies of knowledge not judicially noticeable, and subject to different interpretations in the briefs of the parties and their amici. Twenty-two amicus briefs have been filed in the case, and indeed the

Court's opinion contains no fewer than 37 citations to amicus briefs and other secondary sources.

The various briefs filed in this case are markedly different from typical briefs, in that large parts of them do not deal with decided cases or statutory language - the sort of material we customarily interpret. Instead, they deal with definitions of scientific knowledge, scientific method, scientific validity, and peer review - in short, matters far afield from the expertise of judges. This is not to say that such materials are not useful or even necessary in deciding how Rule 702 should be applied; but it is to say that the unusual subject matter should cause us to proceed with great caution in deciding more than we have to, because our reach can so easily exceed our grasp.

But even if it were desirable to make "general observations" not necessary to decide the questions presented, I cannot subscribe to some of the observations made by the Court. In Part II-B, the Court concludes that reliability and relevancy are the touchstones of the admissibility of expert testimony. Ante, at 10-11. Federal Rule of Evidence 402 provides, as the Court points out, that "[e]vidence which is not relevant is not admissible." But there is no similar reference in the Rule to "reliability." The Court constructs its argument by parsing the language "[i]f scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, . . . an expert . . . may testify thereto. . . ." Fed. Rule Evid. 702. It stresses that the subject of the expert's testimony must be "scientific . . . knowledge," and points out that "scientific" "implies a grounding in the methods and procedures of science" and that the word "knowledge" [509 U.S. 579, 3] "connotes more than subjective belief or unsupported speculation." Ante, at 9. From this it concludes that "scientific knowledge" must be "derived by the scientific method." Ante, at 10. Proposed testimony, we are told, must be supported by "appropriate validation." Ante, at 10. Indeed, in footnote 9, the Court decides that "[i]n a case involving scientific evidence, evidentiary reliability will be based upon scientific validity." Ante, at 10, n. 9 (emphasis in original).

Questions arise simply from reading this part of the Court's opinion, and countless more questions will surely arise when hundreds of district judges try to apply its teaching to particular offers of expert testimony. Does all of this dicta apply to an expert seeking to testify on the basis of "technical or other specialized knowledge" - the other types of expert knowledge to which

Rule 702 applies - or are the "general observations" limited only to "scientific knowledge"? What is the difference between scientific knowledge and technical knowledge; does Rule 702 actually contemplate that the phrase "scientific, technical, or other specialized knowledge" be broken down into numerous subspecies of expertise, or did its authors simply pick general descriptive language covering the sort of expert testimony which courts have customarily received? The Court speaks of its confidence that federal judges can make a "preliminary assessment of whether the reasoning or methodology underlying the testimony is scientifically valid, and of whether that reasoning or methodology properly can be applied to the facts in issue." Ante, at 12. The Court then states that a "key question" to be answered in deciding whether something is "scientific knowledge" "will be whether it can be (and has been) tested." Ante, at 12. Following this sentence are three quotations from treatises, which not only speak of empirical testing, but one of which states that the "' criterion of the scientific status of a theory is its falsifiability, or refutability, or testability'" Ante at 12-13. [509 U.S. 579, 4]

I defer to no one in my confidence in federal judges; but I am at a loss to know what is meant when it is said that the scientific status of a theory depends on its "falsifiability," and I suspect some of them will be, too.

I [do not doubt that Rule 702 confides to the judge some gatekeeping responsibility] in deciding questions of the admissibility of proffered expert testimony. But I do not think it imposes on them either the obligation or the authority to become amateur scientists in order to perform that role. I think the Court would be far better advised in this case to decide only the questions presented, and to leave the further development of this important area of the law to future cases. [509 U.S. 579, 1]

U.S. Supreme Court

GENERAL ELECTRIC CO. ET AL . v. JOINER

**ET UX . CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE
ELEVENTH CIRCUIT**

No. 96-188.

Argued October 14, 1997

Decided December 15, 1997

After he was diagnosed with small-cell lung cancer, respondent Joiner sued in Georgia state court, alleging, inter alia , that his disease was

"promoted" by his workplace exposure to chemical "PCBs" and derivative "furans" and "dioxins" that were manufactured by, or present in materials manufactured by, petitioners. Petitioners removed the case to federal court and moved for summary judgment. Joiner responded with the depositions of expert witnesses, who testified that PCBs, furans, and dioxins can promote cancer, and opined that Joiner' exposure to those chemicals was likely responsible for his cancer. The District Court ruled that there was a genuine issue of material fact as to whether Joiner had been exposed to PCBs, but granted summary judgment for petitioners because (1) there was no genuine issue as to whether he had been exposed to furans and dioxins, and (2) his experts' testimony had failed to show that there was a link between exposure to PCBs and small-cell lung cancer and was therefore inadmissible because it did not rise above "subjective belief or unsupported speculation." In reversing, the Eleventh Circuit applied "a particularly stringent standard of review" to hold that the District Court had erred in excluding the expert testimony.

Held: 1. Abuse of discretion-the standard ordinarily applicable to review of evidentiary rulings-is the proper standard by which to review a district court's decision to admit or exclude expert scientific evidence. Contrary to the Eleventh Circuit's suggestion, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, [509 U.S. 579](#), did not somehow alter this general rule in the context of a

district court's decision to exclude scientific evidence. Daubert did not address the appellate review standard for evidentiary rulings at all, but did indicate that, while the Federal Rules of Evidence allow district courts to admit a somewhat broader range of scientific testimony than did pre-existing law, they leave in place the trial judge's "gatekeeper" role of screening such evidence to ensure that it is not only relevant, but reliable. *Id.*, at 589. A court of appeals applying "abuse of discretion" review to such rulings may not categorically distinguish between rulings allowing expert testimony and rulings which disallow it. Compare *Beech Aircraft Corp. v. Rainey*, [488 U.S. 153, 172](#), with *United States v. Abel*, [469 U.S. 45, 54](#). This Court rejects Joiner's argument that because the granting of summary judgment in this case was "outcome determinative," it should have been subjected to a more searching standard of review. On a summary judgment motion, disputed issues of fact are resolved against the moving party—here, petitioners. But the question of admissibility of expert testimony is not such an issue of fact, and is reviewable under the abuse of discretion standard. In applying an overly "stringent" standard, the Eleventh Circuit failed to give the trial court the deference that is the hallmark of abuse of discretion review. Pp. 4-5.

2. A proper application of the correct standard of review indicates that the District Court did not err in excluding the expert testimony at issue. The animal studies cited by respondent's experts were so dissimilar to the facts presented here—i.e., the studies involved infant mice that developed alveologenic adenomas after highly concentrated, massive doses of PCBs were injected directly into their peritoneums or stomachs, whereas Joiner was an adult human whose small-cell carcinomas allegedly resulted from exposure on a much smaller scale—that it was not an abuse of discretion for the District Court to have rejected the experts' reliance on those studies. Nor did the court abuse its discretion in concluding that the four epidemiological studies on which Joiner relied were not a sufficient basis for the experts' opinions, since the authors of two of those studies ultimately were unwilling to suggest a link between increases in lung cancer and PCB exposure among the workers they examined, the third study involved exposure to a particular type of mineral oil not necessarily relevant here, and the fourth involved exposure to numerous potential carcinogens in addition to PCBs. Nothing in either Daubert or the Federal Rules of Evidence requires a district court to admit opinion evidence which is connected to existing data only by the ipse dixit of the expert. Pp. 6-9.

3. These conclusions, however, do not dispose of the entire case. The Eleventh Circuit reversed the District Court's conclusion that Joiner had not been exposed to furans and dioxins. Because petitioners did not challenge that determination in their certiorari petition, the question whether exposure to furans and dioxins contributed to Joiner's cancer is still open. Pp. 9-10.

78 F. 3d 524, reversed and remanded.

REHNQUIST, C. J., delivered the opinion for a unanimous Court with respect to Parts I and II, and the opinion of the Court with respect to Part III, in which O'CONNOR, SCALIA, KENNEDY, SOUTER, THOMAS, GINSBURG, and BREYER, JJ., joined. BREYER, J., filed a concurring opinion. STEVENS, J., filed an opinion concurring in part and dissenting in part.

CHIEF JUSTICE REHNQUIST delivered the opinion of the

Court.

We granted certiorari in this case to determine what standard an appellate court should apply in reviewing a trial court's decision to admit or exclude expert testimony under *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, [509 U.S. 579](#) (1993). We hold that abuse of discretion is the appropriate standard. We apply this standard and conclude that the District Court in this case did not abuse its discretion when it excluded certain proffered expert testimony.

I

Respondent Robert Joiner began work as an electrician in the Water & Light Department of Thomasville, Georgia (City) in 1973. This job required him to work with and around the City's electrical transformers, which used a mineral-based dielectric fluid as a coolant. Joiner often had to stick his hands and arms into the fluid to make repairs. The fluid would sometimes splash onto him, occasionally getting into his eyes and mouth. In 1983 the City discovered that the fluid in some of the transformers was contaminated with polychlorinated biphenyls (PCBs). PCBs are widely considered to be hazardous to human health. Congress, with limited exceptions, banned the production and sale of PCBs in 1978. See 90 Stat. 2020, 15 U.S.C. 2605(e)(2)(A).

Joiner was diagnosed with small cell lung cancer in 1991. He 1

sued petitioners in Georgia state court the following year. Petitioner Monsanto manufactured PCBs from 1935 to 1977; petitioners General Electric and Westinghouse Electric manufactured transformers and dielectric fluid. In his complaint Joiner linked his development of cancer to his exposure to PCBs and their derivatives, polychlorinated dibenzofurans (furans) and polychlorinated dibenzodioxins (dioxins). Joiner had been a smoker for approximately eight years, his parents had both been smokers, and there was a history of lung cancer in his family. He was thus perhaps already at a heightened risk of developing lung cancer eventually. The suit alleged that his exposure to PCBs "promoted" his cancer; had it not been for his exposure to these substances, his cancer would not have developed for many years, if at all.

Petitioners removed the case to federal court. Once there, they moved for summary judgment. They contended that (1) there was no evidence that Joiner suffered significant exposure to PCBs, furans, or dioxins, and (2) there was no admissible scientific evidence that PCBs promoted Joiner's cancer. Joiner responded that there were numerous disputed factual issues that required resolution by a jury. He relied largely on the testimony of expert witnesses. In depositions, his experts had testified that PCBs alone can promote cancer and that furans and dioxins can also promote cancer. They opined that since Joiner had been exposed to PCBs, furans, and dioxins, such exposure was likely responsible for Joiner's cancer.

The District Court ruled that there was a genuine issue of material fact as to whether Joiner had been exposed to PCBs. But it nevertheless granted summary judgment for petitioners because (1) there was no genuine issue as to whether Joiner had been exposed to furans and dioxins, and (2) the testimony of Joiner's experts had failed to show that there was a link between exposure to PCBs and small cell lung cancer. The court believed that the testimony of respondent's experts to the contrary did not rise above "subjective belief or unsupported speculation." 864 F. Supp. 1310, 1329 (ND Ga. 1994). Their testimony was therefore inadmissible.

The Court of Appeals for the Eleventh Circuit reversed. 78 F. 3d 524 (1996). It held that "[b]ecause the Federal Rules of Evidence governing expert testimony display a preference for admissibility, we apply a particularly stringent standard of review to the trial judge's exclusion of expert testimony." *Id.* at 529. Applying that standard, the Court of Appeals held that the District

Court had erred in excluding the testimony of Joiner's expert witnesses. The District Court had made two fundamental errors. First, it excluded the experts' testimony because it "drew different conclusions from the research than did each of the experts." The Court of Appeals opined that a district court should limit its role to determining the "legal reliability of proffered expert testimony, leaving the jury to decide the correctness of competing expert opinions." *Id.* at 533. Second, the District Court had held that there was no genuine issue of material fact as to whether Joiner had been exposed to furans and dioxins. This was also incorrect, said the Court of Appeals, because testimony in the record supported the proposition that there had been such exposure.

We granted petitioners' petition for a writ of certiorari, 520 U. S. _____ (1997), and we now reverse.

II

Petitioners challenge the standard applied by the Court of Appeals in reviewing the District Court's decision to exclude respondent's experts' proffered testimony. They argue that that court should have applied traditional "abuse of discretion" review. Respondent agrees that abuse of discretion is the correct standard of review. He contends, however, that the Court of Appeals applied an abuse of discretion standard in this case. As he reads it, the phrase "particularly stringent" announced no new standard of review. It was simply an acknowledgement that an appellate court can and will devote more resources to analyzing district court decisions that are dispositive of the entire litigation. All evidentiary decisions are reviewed under an abuse of discretion standard. He argues, however, that it is perfectly reasonable for appellate courts to give particular attention to those decisions that are outcome-determinative.

We have held that abuse of discretion is the proper standard of review of a district court's evidentiary rulings. *Old Chief v. United States*, 519 U. S. _____, _____ n. 1 (1997) (slip op., at 1-2, n.1), *United States v. Abel*, [469 U.S. 45, 54](#) (1984). Indeed, our cases on the subject go back as far as *Spring Co. v. Edgar*, [99 U.S. 645, 658](#) (1879) where we said that "cases arise where it is very much a matter of discretion with the court whether to receive or exclude the evidence; but the appellate court will not reverse in such a case, unless the ruling is manifestly erroneous." The Court of Appeals suggested that *Daubert* somehow altered this general rule in the context of

a district court's decision to exclude scientific evidence. But Daubert did not address the standard of appellate review for evidentiary rulings at all. It did hold that the "austere" Frye standard of "general acceptance" had not been carried over into the Federal Rules of Evidence. But the opinion also said:

"That the Frye test was displaced by the Rules of Evidence does not mean, however, that the Rules themselves place no limits on the admissibility of purportedly scientific evidence. Nor is the trial judge disabled from screening such evidence. To the contrary, under the Rules the trial judge must ensure that any and all scientific testimony or evidence admitted is not only relevant, but reliable."

[509 U.S., at 589](#) (footnote omitted).

Thus, while the Federal Rules of Evidence allow district courts to admit a somewhat broader range of scientific testimony than would have been admissible under Frye , they leave in place the "gatekeeper" role of the trial judge in screening such evidence. A court of appeals applying "abuse of discretion" review to such rulings may not categorically distinguish between rulings allowing expert testimony and rulings which disallow it. Compare *Beech Aircraft Corp v. Rainey* , [488 U.S. 153, 172](#) (1988) (applying abuse of discretion review to a lower court's decision to exclude evidence) with *United States v . Abel* , *supra* at 54 (applying abuse of discretion review to a lower court's decision to admit evidence). We likewise reject respondent's argument that because the granting of summary judgment in this case was "outcome determinative," it should have been subjected to a more searching standard of review. On a motion for summary judgment, disputed issues of fact are resolved against the moving party—here, petitioners. But the question of admissibility of expert testimony is not such an issue of fact, and is reviewable under the abuse of discretion standard.

We hold that the Court of Appeals erred in its review of the exclusion of Joiner's experts' testimony. In applying an overly "stringent" review to that ruling, it failed to give the trial court the deference that is the hallmark of abuse of discretion review. See, e.g. , *Koon v. United States* , 518 U. S. ____, ____ (1996)(slip op., at 14-15).

III

We believe that a proper application of the correct standard of review here indicates that the District Court did not abuse its discretion. Joiner's theory of liability was that his exposure to PCBs and their derivatives "promoted" his development of small cell lung cancer. In support of that theory he proffered the deposition testimony of expert witnesses. Dr. Arnold Schechter testified that he believed it "more likely than not that Mr. Joiner's lung cancer was causally linked to cigarette smoking and PCB exposure." App. at 107. Dr. Daniel Teitelbaum testified that Joiner's "lung cancer was caused by or contributed to in a significant degree by the materials with which he worked." Id. at 140.

Petitioners contended that the statements of Joiner's experts regarding causation were nothing more than speculation. Petitioners criticized the testimony of the experts in that it was "not supported by epidemiological studies . . . [and was] based exclusively on isolated studies of laboratory animals." Joiner responded by claiming that his experts had identified "relevant animal studies which support their opinions." He also directed the court's attention to four epidemiological studies on which his experts had relied.

The District Court agreed with petitioners that the animal studies on which respondent's experts relied did not support his contention that exposure to PCBs had contributed to his cancer. The studies involved infant mice that had developed cancer after being exposed to PCBs. The infant mice in the studies had had massive doses of PCBs injected directly into their peritoneums³

or stomachs. Joiner was an adult human being whose alleged exposure to PCBs was far less than the exposure in the animal studies. The PCBs were injected into the mice in a highly concentrated form. The fluid with which Joiner had come into contact generally had a much smaller PCB concentration of between 0-500 parts per million. The cancer that these mice developed was alveogenic adenomas; Joiner had developed small-cell carcinomas. No study demonstrated that adult mice developed cancer after being exposed to PCBs. One of the experts admitted that no study had demonstrated that PCBs lead to cancer in any other species.

Respondent failed to reply to this criticism. Rather than explaining how and why the experts could have extrapolated their opinions from these seemingly far-removed animal studies, respondent chose "to proceed as if the only issue [was] whether animal studies can ever be a proper foundation for an expert's opinion." Joiner , 864 F. Supp. at 1324. Of course, whether

animal studies can ever be a proper foundation for an expert's opinion was not the issue. The issue was whether these experts' opinions were sufficiently supported by the animal studies on which they purported to rely. The studies were so dissimilar to the facts presented in this litigation that it was not an abuse of discretion for the District Court to have rejected the experts' reliance on them.

The District Court also concluded that the four epidemiological studies on which respondent relied were not a sufficient basis for the experts' opinions. The first such study involved workers at an Italian capacitor 4

plant who had been exposed to PCBs. Bertazzi, Riboldi, Pesatori, Radice, & Zocchetti, *Cancer Mortality of Capacitor Manufacturing Workers*, 11 *American Journal of Industrial Medicine* 165 (1987). The authors noted that lung cancer deaths among ex-employees at the plant were higher than might have been expected, but concluded that "there were apparently no grounds for associating lung cancer deaths (although increased above expectations) and exposure in the plant." *Id.* at 172. Given that Bertazzi et al. were unwilling to say that PCB exposure had caused cancer among the workers they examined, their study did not support the experts' conclusion that Joiner's exposure to PCBs caused his cancer.

The second study followed employees who had worked at Monsanto's PCB production plant. J. Zack & D. Munsch, *Mortality of PCB Workers at the Monsanto Plant in Sauget, Illinois* (Dec. 14, 1979)(unpublished report), 3 *Rec.*, Doc. No. 11. The authors of this study found that the incidence of lung cancer deaths among these workers was somewhat higher than would ordinarily be expected. The increase, however, was not statistically significant and the authors of the study did not suggest a link between the increase in lung cancer deaths and the exposure to PCBs.

The third and fourth studies were likewise of no help. The third involved workers at a Norwegian cable manufacturing company who had been exposed to mineral oil. Ronneberg, Andersen, Skyberg, *Mortality and Incidence of Cancer Among Oil-Exposed Workers in a Norwegian Cable Manufacturing Company*, 45 *British Journal of Industrial Medicine* 595 (1988). A statistically significant increase in lung cancer deaths had been observed in these workers. The study, however, (1) made no mention of PCBs and (2) was expressly limited to the

type of mineral oil involved in that study, and thus did not support these experts' opinions. The fourth and final study involved a PCB-exposed group in Japan that had seen a statistically significant increase in lung cancer deaths. Kuratsune, Nakamura, Ikeda, & Hirohata, Analysis of Deaths Seen Among Patients with Yusho-A Preliminary Report, 16 *Chemosphere*, Nos. 8/9, 2085 (1987). The subjects of this study, however, had been exposed to numerous potential carcinogens, including toxic rice oil that they had ingested.

Respondent points to Daubert's language that the "focus, of course, must be solely on principles and methodology, not on the conclusions that they generate." [509 U.S., at 595](#). He claims that because the District Court's disagreement was with the conclusion that the experts drew from the studies, the District Court committed legal error and was properly reversed by the Court of Appeals. But conclusions and methodology are not entirely distinct from one another. Trained experts commonly extrapolate from existing data. But nothing in either Daubert or the Federal Rules of Evidence requires a district court to admit opinion evidence which is connected to existing data only by the ipse dixit of the expert. A court may conclude that there is simply too great an analytical gap between the data and the opinion proffered. See *Turpin v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 959 F.2d 1349, 1360 (CA 6), cert. denied, [506 U.S. 826](#) (1992). That is what the District Court did here, and we hold that it did not abuse its discretion in so doing.

We hold, therefore, that abuse of discretion is the proper standard by which to review a district court's decision to admit or exclude scientific evidence. We further hold that, because it was within the District Court's discretion to conclude that the studies upon which the experts relied were not sufficient, whether individually or in combination, to support their conclusions that Joiner's exposure to PCBs contributed to his cancer, the District Court did not abuse its discretion in excluding their testimony. These conclusions, however, do not dispose of this entire case.

Respondent's original contention was that his exposure to PCBs, furans, and dioxins contributed to his cancer. The District Court ruled that there was a genuine issue of material fact as to whether Joiner had been exposed to PCBs, but concluded that there was no genuine issue as to whether he had been exposed to furans and dioxins. The District Court accordingly never explicitly considered if there was admissible evidence on the question whether Joiner's alleged exposure to furans and dioxins contributed to his cancer. The Court of Appeals reversed the

District Court's conclusion that there had been no exposure to furans and dioxins. Petitioners did not challenge this determination in their petition to this Court. Whether Joiner was exposed to furans and dioxins, and whether if there was such exposure, the opinions of Joiner's experts would then be admissible, remain open questions. We accordingly reverse the judgment of the Court of Appeals and remand this case for proceedings consistent with this opinion.

It is so ordered.

JUSTICE BREYER , concurring.

The Court's opinion, which I join, emphasizes Daubert 's statement that a trial judge, acting as "gatekeeper, " must " 'ensure that any and all scientific testimony or evidence admitted is not only relevant, but reliable.' " Ante , at 5 (quoting *Daubert v . Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, [509 U.S. 579, 589](#) (1993)). This requirement will sometimes ask judges to make subtle and sophisticated determinations about scientific methodology and its relation to the conclusions an expert witness seeks to offer-particularly when a case arises in an area where the science itself is tentative or uncertain, or where testimony about general risk levels in human beings or animals is offered to prove individual causation. Yet, as amici have pointed out, judges are not scientists and do not have the scientific training that can facilitate the making of such decisions. See, e.g., Brief for Trial Lawyers for Public Justice as Amicus Curiae 15; Brief for The New England Journal of Medicine et al. as Amici Curiae 2 ("Judges . . . are generally not trained scientists ").

Of course, neither the difficulty of the task nor any comparative lack of expertise can excuse the judge from exercising the "gatekeeper" duties that the Federal Rules impose-determining, for example, whether particular expert testimony is reliable and "will assist the trier of fact," Fed. Rule Evid. 702, or whether the "probative value" of testimony is substantially outweighed by risks of prejudice, confusion or waste of time. Fed. Rule Evid. 403. To the contrary, when law and science intersect, those duties often must be exercised with special care.

Today's toxic tort case provides an example. The plaintiff in today's case says that a chemical substance caused, or promoted, his lung cancer. His concern, and that of others, about the causes of cancer is understandable, for cancer kills over one in five Americans. See U. S. Dept. of Health and Human Services, National Center for Health Statistics, Health United States 1996-97

and Injury Chartbook 117 (1997) (23.3% of all deaths in 1995). Moreover, scientific evidence implicates some chemicals as potential causes of some cancers. See, e.g., U. S. Dept. of Health and Human Services, Public Health Service, National Toxicology Program, 1 Seventh Annual Report on Carcinogens, pp. v-vi (1994). Yet modern life, including good health as well as economic well-being, depends upon the use of artificial or manufactured substances, such as chemicals. And it may, therefore, prove particularly important to see that judges fulfill their Daubert gatekeeping function, so that they help assure that the powerful engine of tort liability, which can generate strong financial incentives to reduce, or to eliminate, production, points towards the right substances and does not destroy the wrong ones. It is, thus, essential in this science-related area that the courts administer the Federal Rules of Evidence in order to achieve the "end[s]" that the Rules themselves set forth, not only so that proceedings may be "justly determined," but also so "that the truth may be ascertained." Fed. Rule Evid. 102. I therefore want specially to note that, as cases presenting significant science-related issues have increased in number, see Judicial Conference of the United States, Report of the Federal Courts Study Committee 97 (Apr. 2, 1990) ("Economic, statistical, technological, and natural and social scientific data are becoming increasingly important in both routine and complex litigation"), judges have increasingly found in the Rules of Evidence and Civil Procedure ways to help them overcome the inherent difficulty of making determinations about complicated scientific or otherwise technical evidence. Among these techniques are an increased use of Rule 16's pretrial conference authority to narrow the scientific issues in dispute, pretrial hearings where potential experts are subject to examination by the court, and the appointment of special masters and specially trained law clerks. See J. Cecil & T. Willging, *Court-Appointed Experts: Defining the Role of Experts Appointed Under Federal Rule of Evidence 706*, pp. 83-88 (1993); J. Weinstein, *Individual Justice in Mass Tort Litigation* 107110 (1995); cf. Kaysen, *In Memoriam: Charles E. Wyzanski, Jr.*, 100 *Harv. L. Rev.* 713, 713-715 (1987) (discussing a judge's use of an economist as a law clerk in *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 110 F. Supp. 295 (D Mass 1953), *aff'd*, [347 U.S. 521](#) (1954)). In the present case, the *New England Journal of Medicine* has filed an amici brief "in support of neither petitioners nor respondents" in which the Journal writes:

"[A] judge could better fulfill this gatekeeper function if he or she had help from scientists. Judges should be strongly encouraged to make greater use of their inherent

authority . . . to appoint experts Reputable experts could be recommended to courts by established scientific organizations, such as the National Academy of Sciences or the American Association for the Advancement of Science."

Brief for The New England Journal of Medicine 18-19; cf. Fed. Rule Evid. 706 (court may "on its own motion or on the motion of any party" appoint an expert to serve on behalf of the court, and this expert may be selected as "agreed upon by the parties" or chosen by the court); see also Weinstein, *supra*, at 116 (a court should sometimes "go beyond the experts proffered by the parties" and "utilize its powers to appoint independent experts under Rule 706 of the Federal Rules of Evidence"). Given this kind of offer of cooperative effort, from the scientific to the legal community, and given the various Rules-authorized methods for facilitating the courts' task, it seems to me that Daubert 's gatekeeping requirement will not prove inordinately difficult to implement; and that it will help secure the basic objectives of the Federal Rules of Evidence; which are, to repeat, the ascertainment of truth and the just determination of proceedings. Fed. Rule Evid. 102.

JUSTICE STEVENS , concurring in part and dissenting in part.

The question that we granted certiorari to decide is whether the Court of Appeals applied the correct standard of review. That question is fully answered in Parts I and II of the Court's opinion. Part III answers the quite different question whether the District Court properly held that the testimony of plaintiff 's expert witnesses was inadmissible. Because I am not sure that the parties have adequately briefed that question, or that the Court has adequately explained why the Court of Appeals' disposition was erroneous, I do not join Part III. Moreover, because a proper answer to that question requires a study of the record that can be performed more efficiently by the Court of Appeals than by the nine members of this Court, I would remand the case to that court for application of the proper standard of review.

One aspect of the record will illustrate my concern. As the Court of Appeals pointed out, Joiner's experts relied on "the studies of at least thirteen different researchers, and referred to several reports of the World Health Organization that address the question of whether PCBs cause cancer." 78 F. 3d 524, 533 (CA11 1996). Only one of those studies is in the record, and only six of them were discussed in the District Court opinion. Whether a fair appraisal of either the

methodology or the conclusions of Joiner's experts can be made on the basis of such an incomplete record is a question that I do not feel prepared to answer.

It does seem clear, however, that the Court has not adequately explained why its holding is consistent with Federal Rule of Evidence 702, 1

as interpreted in *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, [509 U.S. 579](#) (1993). 2 In general, scientific testimony that is both relevant and reliable must be admitted and testimony that is irrelevant or unreliable must be excluded. *Id.*, at 597. In this case, the District Court relied on both grounds for exclusion.

The relevance ruling was straightforward. The District Court correctly reasoned that an expert opinion that exposure to PCBs, "furans" and "dioxins" together may cause lung cancer would be irrelevant unless the plaintiff had been exposed to those substances. Having already found that there was no evidence of exposure to furans and dioxins, 864 F. Supp. 1310, 1318-1319 (ND Ga. 1994), it necessarily followed that this expert opinion testimony was inadmissible. Correctly applying *Daubert*, the District Court explained that the experts' testimony "manifestly does not fit the facts of this case, and is therefore inadmissible." 864 F. Supp., at 1322. Of course, if the evidence raised a genuine issue of fact on the question of Joiner's exposure to furans and dioxins-as the Court of Appeals held that it did-then this basis for the ruling on admissibility was erroneous, but not because the district judge either abused her discretion or misapplied the law. 3

The reliability ruling was more complex and arguably is not faithful to the statement in *Daubert* that "[t]he focus, of course, must be solely on principles and methodology, not on the conclusions that they generate." [509 U.S., at 595](#). Joiner's experts used a "weight of the evidence" methodology to assess whether Joiner's exposure to transformer fluids promoted his lung cancer. 4

They did not suggest that any one study provided adequate support for their conclusions, but instead relied on all the studies taken together (along with their interviews of Joiner and their review of his medical records). The District Court, however, examined the studies one by one and concluded that none was sufficient to show a link between PCBs and lung cancer. 864 F. Supp., at 1324-1326. The focus of the opinion was on the separate studies and the conclusions of

the experts, not on the experts' methodology. *Id.* , at 1322 ("Defendants . . . persuade the court that Plaintiffs' expert testimony would not be admissible . . . by attacking the conclusions that Plaintiffs' experts draw from the studies they cite").

Unlike the District Court, the Court of Appeals expressly decided that a "weight of the evidence" methodology was scientifically acceptable. 5

To this extent, the Court of Appeals' opinion is persuasive. It is not intrinsically "unscientific" for experienced professionals to arrive at a conclusion by weighing all available scientific evidence this is not the sort of "junk science" with which *Daubert* was concerned. 6

After all, as *Joiner* points out, the Environmental Protection Agency (EPA) uses the same methodology to assess risks, albeit using a somewhat different threshold than that required in a trial. Brief for Respondents 40-41 (quoting EPA, Guidelines for Carcinogen Risk Assessment, 51 Fed. Reg. 33992, 33996 (1986)). Petitioners' own experts used the same scientific approach as well. 7

And using this methodology, it would seem that an expert could reasonably have concluded that the study of workers at an Italian capacitor plant, coupled with data from Monsanto's study and other studies, raises an inference that PCBs promote lung cancer. 8

The Court of Appeals' discussion of admissibility is faithful to the dictum in *Daubert* that the reliability inquiry must focus on methodology, not conclusions. Thus, even though I fully agree with both the District Court's and this Court's explanation of why each of the studies on which the experts relied was by itself unpersuasive, a critical question remains unanswered: When qualified experts have reached relevant conclusions on the basis of an acceptable methodology, why are their opinions inadmissible? *Daubert* quite clearly forbids trial judges from assessing the validity or strength of an expert's scientific conclusions, which is a matter for the jury. 9

Because I am persuaded that the difference between methodology and conclusions is just as categorical as the distinction between means and ends, I do not think the statement that "conclusions and methodology are not entirely distinct from one another," *ante* , at 9, is either accurate or helps us answer the difficult admissibility question presented by this record.

In any event, it bears emphasis that the Court has not held that it would have been an abuse of discretion to admit the expert testimony. The very point of today's holding is that the abuse of discretion standard of review applies whether the district judge has excluded or admitted evidence. Ante , at 5. And nothing in either Daubert or the Federal Rules of Evidence requires a district judge to reject an expert's conclusions and keep them from the jury when they fit the facts of the case and are based on reliable scientific methodology.

Accordingly, while I join Parts I and II of the Court's opinion, I do not concur in the judgment or in Part III of its opinion.

Footnotes

[[Footnote 1](#)] Joiner's wife was also a plaintiff in the suit and is a respondent here. For convenience, we refer to respondent in the singular.

[[Footnote 2](#)] Epidemiological studies examine the pattern of disease in human populations.

[[Footnote 3](#)] The peritoneum is the lining of the abdominal cavity.

[[Footnote 4](#)] A capacitor is an electrical component that stores an electric charge.

[[Footnote 1](#)] Rule 702 states: "If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise."

[[Footnote 2](#)] The specific question on which the Court granted certiorari in Daubert was whether the rule of Frye v. United States , 54 App. D. C. 46, 293 F. 1013 (1923), remained valid after the enactment of the Federal Rules of Evidence, but the Court went beyond that issue and set forth alternative requirements for admissibility in place of the Frye test. Even though the Daubert test was announced in dicta, see [509 U.S., at 598](#) -601 (REHNQUIST, C. J., concurring

in part and dissenting in part), we should not simply ignore its analysis in reviewing the District Court's rulings.

[[Footnote 3](#)] Petitioners do not challenge the Court of Appeals' straightforward review of the District Court's summary judgment ruling on exposure to furans and dioxins. As today's opinion indicates, ante , at 10, it remains an open question on remand whether the District Court should admit expert testimony that PCBs, furans and dioxins together promoted Joiner's cancer.

[[Footnote 4](#)] Dr. Daniel Teitelbaum elaborated on that approach in his deposition testimony: "[A]s a toxicologist when I look at a study, I am going to require that that study meet the general criteria for methodology and statistical analysis, but that when all of that data is collected and you ask me as a patient, 'Doctor, have I got a risk of getting cancer from this?' That those studies don't answer the question, that I have to put them all together in my mind and look at them in relation to everything I know about the substance and everything I know about the exposure and come to a conclusion. I think when I say, 'To a reasonable medical probability as a medical toxicologist, this substance was a contributing cause,' . . . to his cancer, that that is a valid conclusion based on the totality of the evidence presented to me. And I think that that is an appropriate thing for a toxicologist to do, and it has been the basis of diagnosis for several hundred years, anyway." Supp. App. to Brief for Respondents 19.

[[Footnote 5](#)] The court explained: "Opinions of any kind are derived from individual pieces of evidence, each of which by itself might not be conclusive, but when viewed in their entirety are the building blocks of a perfectly reasonable conclusion, one reliable enough to be submitted to a jury along with the tests and criticisms cross-examination and contrary evidence would supply." 78 F. 3d 524, 532 (CA11 1996).

[[Footnote 6](#)] An example of "junk science" that should be excluded under Daubert as too unreliable would be the testimony of a phrenologist who would purport to prove a defendant's future dangerousness based on the contours of the defendant's skull.

[[Footnote 7](#)] See, e.g., Deposition of Dr. William Charles Bailey, Supp. App. to Brief for Respondents 56 ("I've just reviewed a lot of literature and come to some conclusions . . .").

[[Footnote 8](#)] The Italian capacitor plant study found that workers exposed to PCBs had a higher-than-expected rate of lung cancer death, though "the numbers were small [and] the value of the risk estimate was not statistically significant." 864 F. Supp. 1310, 1324 (ND Ga. 1994). The Monsanto study also found a correlation between PCB exposure and lung cancer death, but the results were not statistically significant. *Id.* , at 1325. Moreover, it should be noted that under Georgia law, which applies in this diversity suit, Joiner need only show that his exposure to PCBs "promoted" his lung cancer, not that it was the sole cause of his cancer. Brief for Respondents 7, n. 16 (quoting Brief for Appellants in No. 94-9131 (CA 11), pp. 7-10).

[[Footnote 9](#)] The Court stated in *Daubert* : "Vigorous cross-examination, presentation of contrary evidence, and careful instruction on the burden of proof are the traditional and appropriate means of attacking shaky but admissible evidence. . . . Additionally, in the event the trial court concludes that the scintilla of evidence presented supporting a position is insufficient to allow a reasonable juror to conclude that the position more likely than not is true, the court remains free to direct a judgment, Fed. Rule Civ. Proc. 50(a), and likewise to grant summary judgment, Fed. Rule Civ. Proc. 56. . . . These conventional devices, rather than wholesale exclusion under an uncompromising 'general acceptance' test, are the appropriate safeguards where the basis of scientific testimony meets the standards of Rule 702." [509 U.S., at 596](#).

U.S. Supreme Court

KUMHO TIRE CO., LTD., *et al.* v. CARMICHAEL *et al.*

**CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE
ELEVENTH CIRCUIT**

No. 97-1709.

Argued December 7, 1998

Decided March 23, 1999

When a tire on the vehicle driven by Patrick Carmichael blew out and the vehicle overturned, one passenger died and the others were injured. The survivors and the decedent's representative, respondents here, brought this diversity suit against the tire's maker and its distributor (collectively Kumho Tire), claiming that the tire that failed was defective. They rested their case in significant part upon the depositions of a tire failure analyst, Dennis Carlson, Jr., who intended to testify that, in his expert opinion, a defect in the tire's manufacture or design caused the blow out. That opinion was based upon a visual and tactile inspection of the tire and upon the theory that in the absence of at least two of four specific, physical symptoms indicating tire abuse, the tire failure of the sort that occurred here was caused by a defect. Kumho Tire moved to exclude Carlson's testimony on the ground that his methodology failed to satisfy Federal Rule of Evidence 702, which says: "If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact ... , a witness qualified as an expert ... may testify thereto in the form of an opinion." Granting the motion (and entering summary judgment for the defendants), the District Court acknowledged that it should act as a reliability "gatekeeper" under *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, [509 U. S. 579, 589](#), in which this Court held that Rule 702 imposes a special obligation upon a trial judge to ensure that scientific testimony is not only relevant, but reliable. The court noted that *Daubert* discussed four factors--testing, peer review, error rates, and "acceptability" in the relevant scientific community--which might prove helpful in determining the reliability of a particular scientific theory or technique, *id.*, at 593-594, and found that those factors argued against the reliability of Carlson's methodology. On the plaintiffs'

motion for reconsideration, the court agreed that *Daubert* should be applied flexibly, that its four factors were simply illustrative, and that other factors could argue in favor of admissibility. However, the court affirmed its earlier order because it found insufficient indications of the reliability of Carlson's methodology. In reversing, the Eleventh Circuit held that the District Court had erred as a matter of law in applying *Daubert*. Believing that *Daubert* was limited to the scientific context, the court held that the *Daubert* factors did not apply to Carlson's testimony, which it characterized as skill- or experience-based.

Held:

1. The *Daubert* factors may apply to the testimony of engineers and other experts who are not scientists. Pp. 7-13.

(a) The *Daubert* "gatekeeping" obligation applies not only to "scientific" testimony, but to all expert testimony. Rule 702 does not distinguish between "scientific" knowledge and "technical" or "other specialized" knowledge, but makes clear that any such knowledge might become the subject of expert testimony. It is the Rule's word "knowledge," not the words (like "scientific") that modify that word, that establishes a standard of evidentiary reliability. [509 U. S., at 589](#) -590. *Daubert* referred only to "scientific" knowledge because that was the nature of the expertise there at issue. *Id.*, at 590, n. 8. Neither is the evidentiary rationale underlying *Daubert*'s "gatekeeping" determination limited to "scientific" knowledge. Rules 702 and 703 grant all expert witnesses, not just "scientific" ones, testimonial latitude unavailable to other witnesses on the assumption that the expert's opinion will have a reliable basis in the knowledge and experience of his discipline. *Id.*, at 592. Finally, it would prove difficult, if not impossible, for judges to administer evidentiary rules under which a "gatekeeping" obligation depended upon a distinction between "scientific" knowledge and "technical" or "other specialized" knowledge, since there is no clear line dividing the one from the others and no convincing need to make such distinctions. Pp. 7-9.

(b) A trial judge determining the admissibility of an engineering expert's testimony *may* consider one or more of the specific *Daubert* factors. The emphasis on the word "may" reflects *Daubert*'s description of the Rule 702 inquiry as "a flexible one." [509 U. S., at 594](#). The *Daubert* factors do *not* constitute a definitive checklist or test, *id.*, at 593, and the gatekeeping

inquiry must be tied to the particular facts, *id.*, at 591. Those factors may or may not be pertinent in assessing reliability, depending on the nature of the issue, the expert's particular expertise, and the subject of his testimony. Some of those factors may be helpful in evaluating the reliability even of experience-based expert testimony, and the Court of Appeals erred insofar as it ruled those factors out in such cases. In determining whether particular expert testimony is reliable, the trial court should consider the specific *Daubert* factors where they are reasonable measures of reliability. Pp. 10-12.

(c) The court of appeals must apply an abuse-of-discretion standard when it reviews the trial court's decision to admit or exclude expert testimony. *General Electric Co. v. Joiner*, [522 U.S. 136](#), 138-139. That standard applies as much to the trial court's decisions about how to determine reliability as to its ultimate conclusion. Thus, whether *Daubert*'s specific factors are, or are not, reasonable measures of reliability in a particular case is a matter that the law grants the trial judge broad latitude to determine. See *id.*, at 143. The Eleventh Circuit erred insofar as it held to the contrary. P. 13.

2. Application of the foregoing standards demonstrates that the District Court's decision not to admit Carlson's expert testimony was lawful. The District Court did not question Carlson's qualifications, but excluded his testimony because it initially doubted his methodology and then found it unreliable after examining the transcript in some detail and considering respondents' defense of it. The doubts that triggered the court's initial inquiry were reasonable, as was the court's ultimate conclusion that Carlson could not reliably determine the cause of the failure of the tire in question. The question was not the reliability of Carlson's methodology in general, but rather whether he could reliably determine the cause of failure of *the particular tire at issue*. That tire, Carlson conceded, had traveled far enough so that some of the tread had been worn bald, it should have been taken out of service, it had been repaired (inadequately) for punctures, and it bore some of the very marks that he said indicated, not a defect, but abuse. Moreover, Carlson's own testimony cast considerable doubt upon the reliability of both his theory about the need for at least two signs of abuse and his proposition about the significance of visual inspection in this case. Respondents stress that other tire failure experts, like Carlson, rely on visual and tactile examinations of tires. But there is no indication in the record that other experts in the industry use Carlson's *particular* approach or that tire experts normally make the very fine

distinctions necessary to support his conclusions, nor are there references to articles or papers that validate his approach. Respondents' argument that the District Court too rigidly applied *Daubert* might have had some validity with respect to the court's initial opinion, but fails because the court, on reconsideration, recognized that the relevant reliability inquiry should be "flexible," and ultimately based its decision upon Carlson's failure to satisfy either *Daubert*'s factors or any other set of reasonable reliability criteria. Pp. 13-19.

131 F. 3d 1433, reversed.

Breyer, J., delivered the opinion of the Court, in which *Rehnquist, C. J.*, and *O'Connor, Scalia, Kennedy, Souter, Thomas, and Ginsburg, JJ.*, joined, and in which *Stevens, J.*, joined as to Parts I and II. *Scalia, J.*, filed a concurring opinion, in which *O'Connor* and *Thomas, JJ.*, joined. *Stevens, J.*, filed an opinion concurring in part and dissenting in part.

Justice Breyer delivered the opinion of the Court.

In *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, [509 U. S. 579](#) (1993), this Court focused upon the admissibility of scientific expert testimony. It pointed out that such testimony is admissible only if it is both relevant and reliable. And it held that the Federal Rules of Evidence "assign to the trial judge the task of ensuring that an expert's testimony both rests on a reliable foundation and is relevant to the task at hand." *Id.*, at 597. The Court also discussed certain more specific factors, such as testing, peer review, error rates, and "acceptability" in the relevant scientific community, some or all of which might prove helpful in determining the reliability of a particular scientific "theory or technique." *Id.*, at 593-594.

This case requires us to decide how *Daubert* applies to the testimony of engineers and other experts who are not scientists. We conclude that *Daubert*'s general holding-- setting forth the trial judge's general "gatekeeping" obligation--applies not only to testimony based on "scientific" knowledge, but also to testimony based on "technical" and "other specialized" knowledge. See Fed. Rule Evid. 702. We also conclude that a trial court *may* consider one or more of the more specific factors that *Daubert* mentioned when doing so will help determine that testimony's reliability. But, as the Court stated in *Daubert*, the test of reliability is "flexible," and *Daubert*'s list of specific factors neither necessarily nor exclusively applies to all experts or in every case.

Rather, the law grants a district court the same broad latitude when it decides *how* to determine reliability as it enjoys in respect to its ultimate reliability determination. See *General Electric Co. v. Joiner*, [522 U.S. 136, 143](#) (1997) (courts of appeals are to apply "abuse of discretion" standard when reviewing district court's reliability determination). Applying these standards, we determine that the District Court's decision in this case--not to admit certain expert testimony--was within its discretion and therefore lawful.

I

On July 6, 1993, the right rear tire of a minivan driven by Patrick Carmichael blew out. In the accident that followed, one of the passengers died, and others were severely injured. In October 1993, the Carmichaels brought this diversity suit against the tire's maker and its distributor, whom we refer to collectively as Kumho Tire, claiming that the tire was defective. The plaintiffs rested their case in significant part upon deposition testimony provided by an expert in tire failure analysis, Dennis Carlson, Jr., who intended to testify in support of their conclusion.

Carlson's depositions relied upon certain features of tire technology that are not in dispute. A steel-belted radial tire like the Carmichaels' is made up of a "carcass" containing many layers of flexible cords, called "plies," along which (between the cords and the outer tread) are laid steel strips called "belts." Steel wire loops, called "beads," hold the cords together at the plies' bottom edges. An outer layer, called the "tread," encases the carcass, and the entire tire is bound together in rubber, through the application of heat and various chemicals. See generally, *e.g.*, J. Dixon, *Tires, Suspension and Handling* 68-72 (2d ed. 1996). The bead of the tire sits upon a "bead seat," which is part of the wheel assembly. That assembly contains a "rim flange," which extends over the bead and rests against the side of the tire. See M. Mavrigian, *Performance Wheels & Tires* 81, 83 (1998) (illustrations).

[Graphic omitted; see printed opinion.]A. Markovich, *How To Buy and Care For Tires* 4 (1994).

Carlson's testimony also accepted certain background facts about the tire in question. He assumed that before the blowout the tire had traveled far. (The tire was made in 1988 and had been installed some time before the Carmichaels bought the used minivan in March 1993; the Carmichaels had driven the van approximately 7,000 additional miles in the two months they

had owned it.) Carlson noted that the tire's tread depth, which was 11/32 of an inch when new, App. 242, had been worn down to depths that ranged from 3/32 of an inch along some parts of the tire, to nothing at all along others. *Id.*, at 287. He conceded that the tire tread had at least two punctures which had been inadequately repaired. *Id.*, at 258-261, 322.

Despite the tire's age and history, Carlson concluded that a defect in its manufacture or design caused the blow-out. He rested this conclusion in part upon three premises which, for present purposes, we must assume are not in dispute: First, a tire's carcass should stay bound to the inner side of the tread for a significant period of time after its tread depth has worn away. *Id.*, at 208-209. Second, the tread of the tire at issue had separated from its inner steel-belted carcass prior to the accident. *Id.*, at 336. Third, this "separation" caused the blowout. *Ibid.*

Carlson's conclusion that a defect caused the separation, however, rested upon certain other propositions, several of which the defendants strongly dispute. First, Carlson said that if a separation is *not* caused by a certain kind of tire misuse called "overdeflection" (which consists of underinflating the tire or causing it to carry too much weight, thereby generating heat that can undo the chemical tread/carcass bond), then, ordinarily, its cause is a tire defect. *Id.*, at 193-195, 277-278. Second, he said that if a tire has been subject to sufficient overdeflection to cause a separation, it should reveal certain physical symptoms. These symptoms include (a) tread wear on the tire's shoulder that is greater than the tread wear along the tire's center, *id.*, at 211; (b) signs of a "bead groove," where the beads have been pushed too hard against the bead seat on the inside of the tire's rim, *id.*, at 196-197; (c) sidewalls of the tire with physical signs of deterioration, such as discoloration, *id.*, at 212; and/or (d) marks on the tire's rim flange, *id.*, at 219-220. Third, Carlson said that where he does not find *at least two* of the four physical signs just mentioned (and presumably where there is no reason to suspect a less common cause of separation), he concludes that a manufacturing or design defect caused the separation. *Id.*, at 223-224.

Carlson added that he had inspected the tire in question. He conceded that the tire to a limited degree showed greater wear on the shoulder than in the center, some signs of "bead groove," some discoloration, a few marks on the rim flange, and inadequately filled puncture holes (which can also cause heat that might lead to separation). *Id.*, at 256-257, 258-261, 277, 303-304, 308. But, in each instance, he testified that the symptoms were not significant, and he explained why

he believed that they did not reveal overdeflection. For example, the extra shoulder wear, he said, appeared primarily on one shoulder, whereas an overdeflected tire would reveal equally abnormal wear on both shoulders. *Id.*, at 277. Carlson concluded that the tire did not bear at least two of the four overdeflection symptoms, nor was there any less obvious cause of separation; and since neither overdeflection nor the punctures caused the blowout, a defect must have done so.

Kumho Tire moved the District Court to exclude Carlson's testimony on the ground that his methodology failed Rule 702's reliability requirement. The court agreed with Kumho that it should act as a *Daubert* -type reliability "gatekeeper," even though one might consider Carlson's testimony as "technical," rather than "scientific." See *Carmichael v. Samyang Tires, Inc.* , 923 F. Supp. 1514, 1521-1522 (SD Ala. 1996). The court then examined Carlson's methodology in light of the reliability-related factors that *Daubert* mentioned, such as a theory's testability, whether it "has been a subject of peer review or publication," the "known or potential rate of error," and the "degree of acceptance ... within the relevant scientific community." 923 F. Supp., at 1520 (citing *Daubert* , [509 U. S.](#), at 592 -594). The District Court found that all those factors argued against the reliability of Carlson's methods, and it granted the motion to exclude the testimony (as well as the defendants' accompanying motion for summary judgment).

The plaintiffs, arguing that the court's application of the *Daubert* factors was too "inflexible," asked for reconsideration. And the Court granted that motion. *Carmichael v. Samyang Tires, Inc.* , Civ. Action No. 93-0860-CB-S (SD Ala., June 5, 1996), App. to Pet. for Cert. 1c. After reconsidering the matter, the court agreed with the plaintiffs that *Daubert* should be applied flexibly, that its four factors were simply illustrative, and that other factors could argue in favor of admissibility. It conceded that there may be widespread acceptance of a "visual-inspection method" for some relevant purposes. But the court found insufficient indications of the reliability of

"the component of Carlson's tire failure analysis which most concerned the Court, namely, the methodology employed by the expert in analyzing the data obtained in the visual inspection, and the scientific basis, if any, for such an analysis." *Id.*, at 6c.

It consequently affirmed its earlier order declaring Carlson's testimony inadmissible and granting the defendants' motion for summary judgment.

The Eleventh Circuit reversed. See *Carmichael v. Samyang Tire, Inc.*, 131 F.3d 1433 (1997). It "review[ed] ... *de novo*" the "district court's legal decision to apply *Daubert*." *Id.*, at 1435. It noted that "the Supreme Court in *Daubert* explicitly limited its holding to cover only the 'scientific context,'" adding that "a *Daubert* analysis" applies only where an expert relies "on the application of scientific principles," rather than "on skill- or experience-based observation." *Id.*, at 1435-1436. It concluded that Carlson's testimony, which it viewed as relying on experience, "falls outside the scope of *Daubert*," that "the district court erred as a matter of law by applying *Daubert* in this case," and that the case must be remanded for further (non-*Daubert*-type) consideration under Rule 702. *Id.*, at 1436.

Kumho Tire petitioned for certiorari, asking us to determine whether a trial court "may" consider *Daubert*'s specific "factors" when determining the "admissibility of an engineering expert's testimony." Pet. for Cert. i. We granted certiorari in light of uncertainty among the lower courts about whether, or how, *Daubert* applies to expert testimony that might be characterized as based not upon "scientific" knowledge, but rather upon "technical" or "other specialized" knowledge. Fed. Rule Evid. 702; compare, *e.g.*, *Watkins v. Telsmith, Inc.*, 121 F.3d 984, 990-991 (CA5 1997), with, *e.g.*, *Compton v. Subaru of America, Inc.*, 82 F.3d 1513, 1518-1519 (CA10), cert. denied, [519 U.S. 1042](#) (1996).

II

A

In *Daubert*, this Court held that Federal Rule of Evidence 702 imposes a special obligation upon a trial judge to "ensure that any and all scientific testimony ... is not only relevant, but reliable." [509 U.S., at 589](#). The initial question before us is whether this basic gatekeeping obligation applies only to "scientific" testimony or to all expert testimony. We, like the parties, believe that it applies to all expert testimony. See Brief for Petitioners 19; Brief for Respondents 17.

For one thing, Rule 702 itself says:

"If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise."

This language makes no relevant distinction between "scientific" knowledge and "technical" or "other specialized" knowledge. It makes clear that any such knowledge might become the subject of expert testimony. In *Daubert*, the Court specified that it is the Rule's word "knowledge," not the words (like "scientific") that modify that word, that "establishes a standard of evidentiary reliability." [509 U. S., at 589](#) -590. Hence, as a matter of language, the Rule applies its reliability standard to all "scientific," "technical," or "other specialized" matters within its scope. We concede that the Court in *Daubert* referred only to "scientific" knowledge. But as the Court there said, it referred to "scientific" testimony "because that [wa]s the nature of the expertise" at issue. *Id.*, at 590, n. 8.

Neither is the evidentiary rationale that underlay the Court's basic *Daubert* "gatekeeping" determination limited to "scientific" knowledge. *Daubert* pointed out that Federal Rules 702 and 703 grant expert witnesses testimonial latitude unavailable to other witnesses on the "assumption that the expert's opinion will have a reliable basis in the knowledge and experience of his discipline." *Id.*, at 592 (pointing out that experts may testify to opinions, including those that are not based on firsthand knowledge or observation). The Rules grant that latitude to all experts, not just to "scientific" ones.

Finally, it would prove difficult, if not impossible, for judges to administer evidentiary rules under which a gatekeeping obligation depended upon a distinction between "scientific" knowledge and "technical" or "other specialized" knowledge. There is no clear line that divides the one from the others. Disciplines such as engineering rest upon scientific knowledge. Pure scientific theory itself may depend for its development upon observation and properly engineered machinery. And conceptual efforts to distinguish the two are unlikely to produce clear legal lines capable of application in particular cases. Cf. Brief for National Academy of Engineering as *Amicus Curiae* 9 (scientist seeks to understand nature while the engineer seeks nature's modification); Brief for Rubber Manufacturers Association as *Amicus Curiae* 14-16

(engineering, as an "applied science," relies on "scientific reasoning and methodology"); Brief for John Allen et al. as *Amici Curiae* 6 (engineering relies upon "scientific knowledge and methods").

Neither is there a convincing need to make such distinctions. Experts of all kinds tie observations to conclusions through the use of what Judge Learned Hand called "general truths derived from ... specialized experience." Hand, *Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony*, 15 Harv. L. Rev. 40, 54 (1901). And whether the specific expert testimony focuses upon specialized observations, the specialized translation of those observations into theory, a specialized theory itself, or the application of such a theory in a particular case, the expert's testimony often will rest "upon an experience confessedly foreign in kind to [the jury's] own." *Ibid.* The trial judge's effort to assure that the specialized testimony is reliable and relevant can help the jury evaluate that foreign experience, whether the testimony reflects scientific, technical, or other specialized knowledge.

We conclude that *Daubert*'s general principles apply to the expert matters described in Rule 702. The Rule, in respect to all such matters, "establishes a standard of evidentiary reliability." [509 U. S., at 590](#). It "requires a valid ... connection to the pertinent inquiry as a precondition to admissibility." *Id.*, at 592. And where such testimony's factual basis, data, principles, methods, or their application are called sufficiently into question, see Part III, *infra*, the trial judge must determine whether the testimony has "a reliable basis in the knowledge and experience of [the relevant] discipline." [509 U. S., at 592](#).

B

The petitioners ask more specifically whether a trial judge determining the "admissibility of an engineering expert's testimony" *may* consider several more specific factors that *Daubert* said might "bear on" a judge's gate-keeping determination. These factors include:

--Whether a "theory or technique ... can be (and has been) tested";

--Whether it "has been subjected to peer review and publication";

--Whether, in respect to a particular technique, there is a high "known or potential rate of error" and whether there are "standards controlling the technique's operation"; and

--Whether the theory or technique enjoys "general acceptance" within a "relevant scientific community." [509 U. S., at 592](#) -594.

Emphasizing the word "may" in the question, we answer that question yes.

Engineering testimony rests upon scientific foundations, the reliability of which will be at issue in some cases. See, *e.g.*, Brief for Stephen Bobo et al. as *Amici Curiae* 23 (stressing the scientific bases of engineering disciplines). In other cases, the relevant reliability concerns may focus upon personal knowledge or experience. As the Solicitor General points out, there are many different kinds of experts, and many different kinds of expertise. See Brief for United States as *Amicus Curiae* 18-19, and n. 5 (citing cases involving experts in drug terms, handwriting analysis, criminal *modus operandi*, land valuation, agricultural practices, railroad procedures, attorney's fee valuation, and others). Our emphasis on the word "may" thus reflects *Daubert*'s description of the Rule 702 inquiry as "a flexible one." [509 U. S., at 594](#). *Daubert* makes clear that the factors it mentions do *not* constitute a "definitive checklist or test." *Id.*, at 593. And *Daubert* adds that the gatekeeping inquiry must be "'tied to the facts'" of a particular "case." *Id.*, at 591 (quoting *United States v. Downing*, 753 F. 2d 1224, 1242 (CA3 1985)). We agree with the Solicitor General that "[t]he factors identified in *Daubert* may or may not be pertinent in assessing reliability, depending on the nature of the issue, the expert's particular expertise, and the subject of his testimony." Brief for United States as *Amicus Curiae* 19. The conclusion, in our view, is that we can neither rule out, nor rule in, for all cases and for all time the applicability of the factors mentioned in *Daubert*, nor can we now do so for subsets of cases categorized by category of expert or by kind of evidence. Too much depends upon the particular circumstances of the particular case at issue.

Daubert itself is not to the contrary. It made clear that its list of factors was meant to be helpful, not definitive. Indeed, those factors do not all necessarily apply even in every instance in which the reliability of scientific testimony is challenged. It might not be surprising in a particular case, for example, that a claim made by a scientific witness has never been the subject of peer review, for the particular application at issue may never previously have interested any

scientist. Nor, on the other hand, does the presence of *Daubert*'s general acceptance factor help show that an expert's testimony is reliable where the discipline itself lacks reliability, as, for example, do theories grounded in any so-called generally accepted principles of astrology or necromancy.

At the same time, and contrary to the Court of Appeals' view, some of *Daubert*'s questions can help to evaluate the reliability even of experience-based testimony. In certain cases, it will be appropriate for the trial judge to ask, for example, how often an engineering expert's experience-based methodology has produced erroneous results, or whether such a method is generally accepted in the relevant engineering community. Likewise, it will at times be useful to ask even of a witness whose expertise is based purely on experience, say, a perfume tester able to distinguish among 140 odors at a sniff, whether his preparation is of a kind that others in the field would recognize as acceptable.

We must therefore disagree with the Eleventh Circuit's holding that a trial judge may ask questions of the sort *Daubert* mentioned only where an expert "relies on the application of scientific principles," but not where an expert relies "on skill- or experience-based observation." 131 F. 3d, at 1435. We do not believe that Rule 702 creates a schematism that segregates expertise by type while mapping certain kinds of questions to certain kinds of experts. Life and the legal cases that it generates are too complex to warrant so definitive a match.

To say this is not to deny the importance of *Daubert*'s gatekeeping requirement. The objective of that requirement is to ensure the reliability and relevancy of expert testimony. It is to make certain that an expert, whether basing testimony upon professional studies or personal experience, employs in the courtroom the same level of intellectual rigor that characterizes the practice of an expert in the relevant field. Nor do we deny that, as stated in *Daubert*, the particular questions that it mentioned will often be appropriate for use in determining the reliability of challenged expert testimony. Rather, we conclude that the trial judge must have considerable leeway in deciding in a particular case how to go about determining whether particular expert testimony is reliable. That is to say, a trial court should consider the specific factors identified in *Daubert* where they are reasonable measures of the reliability of expert testimony.

C

The trial court must have the same kind of latitude in deciding *how* to test an expert's reliability, and to decide whether or when special briefing or other proceedings are needed to investigate reliability, as it enjoys when it decides *whether* that expert's relevant testimony is reliable. Our opinion in *Joiner* makes clear that a court of appeals is to apply an abuse-of-discretion standard when it "review[s] a trial court's decision to admit or exclude expert testimony." [522 U. S., at 138](#) -139. That standard applies as much to the trial court's decisions about how to determine reliability as to its ultimate conclusion. Otherwise, the trial judge would lack the discretionary authority needed both to avoid unnecessary "reliability" proceedings in ordinary cases where the reliability of an expert's methods is properly taken for granted, and to require appropriate proceedings in the less usual or more complex cases where cause for questioning the expert's reliability arises. Indeed, the Rules seek to avoid "unjustifiable expense and delay" as part of their search for "truth" and the "jus[t] determin[ation]" of proceedings. Fed. Rule Evid. 102. Thus, whether *Daubert*'s specific factors are, or are not, reasonable measures of reliability in a particular case is a matter that the law grants the trial judge broad latitude to determine. See *Joiner*, *supra*, at 143. And the Eleventh Circuit erred insofar as it held to the contrary.

III

We further explain the way in which a trial judge "may" consider *Daubert*'s factors by applying these considerations to the case at hand, a matter that has been briefed exhaustively by the parties and their 19 *amici*. The District Court did not doubt Carlson's qualifications, which included a masters degree in mechanical engineering, 10 years' work at Michelin America, Inc., and testimony as a tire failure consultant in other tort cases. Rather, it excluded the testimony because, despite those qualifications, it initially doubted, and then found unreliable, "the methodology employed by the expert in analyzing the data obtained in the visual inspection, and the scientific basis, if any, for such an analysis." Civ. Action No. 93-0860-CB-S (SD Ala., June 5, 1996), App. to Pet. for Cert. 6c. After examining the transcript in "some detail," 923 F. Supp., at 1518-519, n. 4, and after considering respondents' defense of Carlson's methodology, the District Court determined that Carlson's testimony was not reliable. It fell outside the range where experts might reasonably differ, and where the jury must decide among the conflicting

views of different experts, even though the evidence is "shaky." *Daubert* , [509 U. S., at 596](#) . In our view, the doubts that triggered the District Court's initial inquiry here were reasonable, as was the court's ultimate conclusion.

For one thing, and contrary to respondents' suggestion, the specific issue before the court was not the reasonableness *in general* of a tire expert's use of a visual and tactile inspection to determine whether overdeflection had caused the tire's tread to separate from its steel-belted carcass. Rather, it was the reasonableness of using such an approach, along with Carlson's particular method of analyzing the data thereby obtained, to draw a conclusion regarding *the particular matter to which the expert testimony was directly relevant* . That matter concerned the likelihood that a defect in the tire at issue caused its tread to separate from its carcass. The tire in question, the expert conceded, had traveled far enough so that some of the tread had been worn bald; it should have been taken out of service; it had been repaired (inadequately) for punctures; and it bore some of the very marks that the expert said indicated, not a defect, but abuse through overdeflection. See *supra* , at 3-5; App. 293-294. The relevant issue was whether the expert could reliably determine the cause of *this* tire's separation. Nor was the basis for Carlson's conclusion simply the general theory that, in the absence of evidence of abuse, a defect will normally have caused a tire's separation. Rather, the expert employed a more specific theory to establish the existence (or absence) of such abuse. Carlson testified precisely that in the absence of *at least two* of four signs of abuse (proportionately greater tread wear on the shoulder; signs of grooves caused by the beads; discolored sidewalls; marks on the rim flange) he concludes that a defect caused the separation. And his analysis depended upon acceptance of a further implicit proposition, namely, that his visual and tactile inspection could determine that the tire before him had not been abused despite some evidence of the presence of the very signs for which he looked (and two punctures).

For another thing, the transcripts of Carlson's depositions support both the trial court's initial uncertainty and its final conclusion. Those transcripts cast considerable doubt upon the reliability of both the explicit theory (about the need for two signs of abuse) and the implicit proposition (about the significance of visual inspection in this case). Among other things, the expert could not say whether the tire had traveled more than 10, or 20, or 30, or 40, or 50 thousand miles, adding that 6,000 miles was "about how far" he could "say with any certainty."

Id., at 265. The court could reasonably have wondered about the reliability of a method of visual and tactile inspection sufficiently precise to ascertain with some certainty the abuse-related significance of minute shoulder/center relative tread wear differences, but insufficiently precise to tell "with any certainty" from the tread wear whether a tire had traveled less than 10,000 or more than 50,000 miles. And these concerns might have been augmented by Carlson's repeated reliance on the "subjective[ness]" of his mode of analysis in response to questions seeking specific information regarding how he could differentiate between a tire that actually had been overdeflected and a tire that merely looked as though it had been. *Id.*, at 222, 224-225, 285-286. They would have been further augmented by the fact that Carlson said he had inspected the tire itself for the first time the morning of his first deposition, and then only for a few hours. (His initial conclusions were based on photographs.) *Id.*, at 180.

Moreover, prior to his first deposition, Carlson had issued a signed report in which he concluded that the tire had "not been ... overloaded or underinflated," not because of the absence of "two of four" signs of abuse, but simply because "the rim flange impressions . . . were normal." *Id.*, at 335-336. That report also said that the "tread depth remaining was 3/32 inch," *id.*, at 336, though the opposing expert's (apparently undisputed) measurements indicate that the tread depth taken at various positions around the tire actually ranged from .5/32 of an inch to 4/32 of an inch, with the tire apparently showing greater wear along *both* shoulders than along the center, *id.*, at 432-433.

Further, in respect to one sign of abuse, bead grooving, the expert seemed to deny the sufficiency of his own simple visual-inspection methodology. He testified that most tires have some bead groove pattern, that where there is reason to suspect an abnormal bead groove he would ideally "look at a lot of [similar] tires" to know the grooving's significance, and that he had not looked at many tires similar to the one at issue. *Id.*, at 212-213, 214, 217.

Finally, the court, after looking for a defense of Carlson's methodology as applied in these circumstances, found no convincing defense. Rather, it found (1) that "none" of the *Daubert* factors, including that of "general acceptance" in the relevant expert community, indicated that Carlson's testimony was reliable, 923 F. Supp., at 1521; (2) that its own analysis "revealed no countervailing factors operating in favor of admissibility which could outweigh those identified in *Daubert*," App. to Pet. for Cert. 4c; and (3) that the "parties identified no such factors in their

briefs," *ibid.* For these three reasons *taken together*, it concluded that Carlson's testimony was unreliable.

Respondents now argue to us, as they did to the District Court, that a method of tire failure analysis that employs a visual/tactile inspection is a reliable method, and they point both to its use by other experts and to Carlson's long experience working for Michelin as sufficient indication that that is so. But no one denies that an expert might draw a conclusion from a set of observations based on extensive and specialized experience. Nor does anyone deny that, as a general matter, tire abuse may often be identified by qualified experts through visual or tactile inspection of the tire. See Affidavit of H. R. Baumgardner 1-2, cited in Brief for National Academy of Forensic Engineers as *Amici Curiae* 16 (Tire engineers rely on visual examination and process of elimination to analyze experimental test tires). As we said before, *supra*, at 14, the question before the trial court was specific, not general. The trial court had to decide whether this particular expert had sufficient specialized knowledge to assist the jurors "in deciding the particular issues in the case." 4 J. McLaughlin, Weinstein's Federal Evidence ¶ 702.05[1], p. 702-33 (2d ed. 1998); see also Advisory Committee's Note on Proposed Fed. Rule Evid. 702, Preliminary Draft of Proposed Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure and Evidence: Request for Comment 126 (1998) (stressing that district courts must "scrutinize" whether the "principles and methods" employed by an expert "have been properly applied to the facts of the case").

The particular issue in this case concerned the use of Carlson's two-factor test and his related use of visual/tactile inspection to draw conclusions on the basis of what seemed small observational differences. We have found no indication in the record that other experts in the industry use Carlson's two-factor test or that tire experts such as Carlson normally make the very fine distinctions about, say, the symmetry of comparatively greater shoulder tread wear that were necessary, on Carlson's own theory, to support his conclusions. Nor, despite the prevalence of tire testing, does anyone refer to any articles or papers that validate Carlson's approach. Compare Bobo, Tire Flaws and Separations, in *Mechanics of Pneumatic Tires* 636-637 (S. Clark ed. 1981); C. Schnuth et al., Compression Grooving and Rim Flange Abrasion as Indicators of Over-Deflected Operating Conditions in Tires, presented to Rubber Division of the American Chemical Society, Oct. 21-24, 1997; J. Walter & R. Kiminecz,

Bead Contact Pressure Measurements at the Tire-Rim Interface, presented to Society of Automotive Engineers, Feb. 24-28, 1975. Indeed, no one has argued that Carlson himself, were he still working for Michelin, would have concluded in a report to his employer that a similar tire was similarly defective on grounds identical to those upon which he rested his conclusion here. Of course, Carlson himself claimed that his method was accurate, but, as we pointed out in *Joiner* , "nothing in either *Daubert* or the Federal Rules of Evidence requires a district court to admit opinion evidence that is connected to existing data only by the *ipse dixit* of the expert." [522 U. S., at 146](#) .

Respondents additionally argue that the District Court too rigidly applied *Daubert* 's criteria. They read its opinion to hold that a failure to satisfy any one of those criteria automatically renders expert testimony inadmissible. The District Court's initial opinion might have been vulnerable to a form of this argument. There, the court, after rejecting respondents' claim that Carlson's testimony was "exempted from *Daubert* -style scrutiny" because it was "technical analysis" rather than "scientific evidence," simply added that "none of the four admissibility criteria outlined by the *Daubert* court are satisfied." 923 F. Supp., at 1522. Subsequently, however, the court granted respondents' motion for reconsideration. It then explicitly recognized that the relevant reliability inquiry "should be `flexible,'" that its " `overarching subject [should be] ... validity' and reliability," and that " *Daubert* was intended neither to be exhaustive nor to apply in every case." App. to Pet. for Cert. 4c (quoting *Daubert* , [509 U. S., at 594](#) -595). And the court ultimately based its decision upon Carlson's failure to satisfy either *Daubert* 's factors *or any other* set of reasonable reliability criteria. In light of the record as developed by the parties, that conclusion was within the District Court's lawful discretion.

In sum, Rule 702 grants the district judge the discretionary authority, reviewable for its abuse, to determine reliability in light of the particular facts and circumstances of the particular case. The District Court did not abuse its discretionary authority in this case. Hence, the judgment of the Court of Appeals is Reversed .

Justice Scalia , with whom *Justice O'Connor* and *Justice Thomas* join, concurring.

I join the opinion of the Court, which makes clear that the discretion it endorses--trial-court discretion in choosing the manner of testing expert reliability--is not discretion to abandon the

gatekeeping function. I think it worth adding that it is not discretion to perform the function inadequately. Rather, it is discretion to choose among *reasonable* means of excluding expertise that is *fausse* and science that is junky. Though, as the Court makes clear today, the *Daubert* factors are not holy writ, in a particular case the failure to apply one or another of them may be unreasonable, and hence an abuse of discretion.

Justice Stevens , concurring in part and dissenting in part.

The only question that we granted certiorari to decide is whether a trial judge "[m]ay . . . consider the four factors set out by this Court in *Daubert v. Merrill Dow Pharmaceuticals, Inc.*, [509 U.S. 579](#) (1993), in a Rule 702 analysis of admissibility of an engineering expert's testimony." Pet. for Cert. i. That question is fully and correctly answered in Parts I and II of the Court's opinion, which I join.

Part III answers the quite different question whether the trial judge abused his discretion when he excluded the testimony of Dennis Carlson. Because a proper answer to that question requires a study of the record that can be performed more efficiently by the Court of Appeals than by the nine Members of this Court, I would remand the case to the Eleventh Circuit to perform that task. There are, of course, exceptions to most rules, but I firmly believe that it is neither fair to litigants nor good practice for this Court to reach out to decide questions not raised by the certiorari petition. See *General Electric Co. v. Joiner*, [522 U.S. 136, 150-151](#) (1997) (*Stevens, J.* , concurring in part and dissenting in part).

Accordingly, while I do not feel qualified to disagree with the well-reasoned factual analysis in Part III of the Court's opinion, I do not join that Part, and I respectfully dissent from the Court's disposition of the case.