



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

ESTUDIO COMPARADO DEL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA PERICIAL EN ESTADOS UNIDOS Y CHILE

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

CAMILA HEVIA ARRIAZA

Profesor Guía: Juan Sebastián Vera Sánchez

Santiago de Chile

2022

A J.S.V.S, quien me ayudó a darle sentido a este proyecto y me alentó a finalizarlo.
A Darío, mi amigo incondicional, que tanto me apoyó en el proceso y sin quien no lo habría conseguido.
A Ariel, por inspirarme y ser un increíble compañero de vida,
A mi familia, que estuvo conmigo en cada etapa del camino.

Muchas gracias

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I: APROXIMACIONES PRELIMINARES.....	8
1. CONCEPTOS	8
1.1. CONCEPTO DE PRUEBA PERICIAL.....	8
2. PARTICULARIDADES DE LA PRUEBA PERICIAL	11
2.1. ADMISIBILIDAD.....	11
2.2. SOBREVALORACIÓN.....	¡Error! Marcador no definido.
CAPÍTULO II: EL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA PERICIAL EN ESTADOS UNIDOS.....	21
1. EL SISTEMA DEL COMMON LAW	21
2. LEGISLACIÓN APLICABLE: FEDERAL RULES OF EVIDENCE	24
3. JURISPRUDENCIA: LOS PRECEDENTES QUE DETERMINAN EL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA PERICIAL.....	34
3.1. EL CASO DE FRYE V. ESTADOS UNIDOS (1923)	35
3.1.1. QUIÉN DEBE CONSIDERAR EL PROCEDIMIENTO O LA NUEVA TÉCNICA COMO ACEPTABLE	38
3.1.2. QUÉ DEBE SER ACEPTADO	40
3.1.3. MÉTODOS PARA ESTABLECER LA ACEPTACIÓN GENERAL	42
3.2. EL CASO DAUBERT V. MERRELL DOW PHARM (1993).....	44
3.3. EL CASO JOINER (1997).....	48
3.4. EL CASO KUMHO (1999).....	50
CAPÍTULO III: EL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA PERICIAL EN EL SISTEMA CHILENO.....	53
1. EL SISTEMA CONTINENTAL O DE BASE ROMANO-GERMÁNICA.....	53
1.1. NORMATIVA APLICABLE A LA PRUEBA PERICIAL EN EL DERECHO CHILENO	54

1.1.1.	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.....	54
1.1.2.	AUTO ACORDADO DE LA CORTE SUPREMA SOBRE CONFECCIÓN DE LISTA DE PERITOS EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL.	55
1.1.3.	CÓDIGO PROCESAL PENAL.....	61
	<i>1.2. LA PRUEBA PERICIAL EN SEDE CIVIL.....</i>	<i>62</i>
1.2.1.	DEL INFORME DE PERITOS (ART. 409 Y ART. 410).....	63
1.2.2.	INFORME DE PERITOS FACULTATIVO Y OBLIGATORIO (ARTS. 409, 410 Y 411)	64
1.2.3.	OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR EL INFORME DE PERITOS (ART. 412)	65
1.2.4.	INHABILIDADES DE PERITOS (ART. 413)	66
1.2.5.	PROCEDIMIENTO DE NOMBRAMIENTO DE PERITOS (ARTS. 414, 415 Y 416)	67
1.2.6.	LA LISTA DE PERITOS (ART. 416 BIS).....	68
1.2.7.	ACEPTACIÓN DEL CARGO Y JURAMENTO DEL PERITO (ART. 417) .	69
1.2.8.	DEL RECONOCIMIENTO (ART. 418 Y 419)	70
1.2.9.	PLAZO DEL INFORME DE PERITOS (ART. 420 Y 423).....	71
1.2.10.	DICTÁMENES DISCORDANTES (ART. 421 Y 422).....	71
1.2.11.	VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL (ART. 425)	72
	<i>1.3. LA PRUEBA PERICIAL EN SEDE PENAL.....</i>	<i>74</i>
1.3.1.	ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL	74
1.3.2.	LA PRUEBA PERICIAL EN PARTICULAR	79
	1.3.2.1. PROCEDENCIA	79
	1.3.2.2. CONTENIDO DEL INFORME	80
	1.3.2.3. ADMISIBILIDAD DEL INFORME Y REMUNERACIÓN DE LOS PERITOS	81
	1.3.2.4. INCAPACIDAD PARA SER PERITO.....	82

1.3.2.5. IMPROCEDENCIA DE INHABILITACIÓN DE LOS PERITOS.	83
1.3.2.6. DECLARACIÓN DE PERITOS.....	84
CAPÍTULO IV: COMPARACIÓN ENTRE SISTEMA NORTEAMERICANO Y CHILENO.....	86
1. SEMEJANZAS ENTRE AMBOS SISTEMAS	86
1.1. EL AUMENTO DE LA PRESENCIA DE PERITAJES PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS JURÍDICOS Y EL PROBLEMA QUE CONLLEVA.	86
1.2. INICIATIVA EN LA PRUEBA PERICIAL: LA INICIATIVA DE PARTE Y SU EVIDENTE PREDOMINANCIA.....	88
1.3. EL COSTO DE PARTE PARA EL ACCESO A LA PRUEBA PERICIAL.	89
2. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS SISTEMAS.....	90
2.1. CONTROL DE ADMISIBILIDAD	90
2.2. EL CONTENIDO DEL INFORME	94
2.3. TESTIGO EXPERTO VERSUS PERITO	95
2.4. OBJETIVO Y PERTINENCIA DE LA PRUEBA PERICIAL	98
CONCLUSIONES.....	100
BIBLIOGRAFÍA.....	102
SENTENCIAS.....	109

INTRODUCCIÓN

En el entendido de que el mundo contemporáneo es el resultado de un proceso constante progreso y modernización, no sólo en tecnología, sino además en conocimientos, experticia y especialización de las profesiones u oficios, cabe preguntarse cómo estos avances se pueden considerar y ser incluidos en litigios.

Por lo anterior, la presente tesis busca analizar e interpretar las normas que rigen la prueba pericial en la actualidad, y qué tanto permiten éstas su inclusión en sede judicial, teniendo en cuenta sus particularidades y, en especial, considerándola como aquél medio de prueba por el cual suelen presentarse en juicio este tipo de conocimientos y avances, aún más, el presente trabajo de investigación tiene como motivación el entendimiento de las diferencias entre el sistema del *common law* de Estados Unidos y el sistema continental de Chile respecto del peritaje, teniendo presente la importancia de los precedentes judiciales en el primero (lo cual creemos otorga mayor flexibilidad a la norma) y, por el contrario, estudiando también nuestro sistema nacional, basado principalmente en leyes que excepcionalmente se modifican y/o actualizan, de acuerdo a su tradición jurídica.

Por ello, lo que se buscará en la tesis será entender el tratamiento que la prueba pericial tiene en cada uno de los países en estudio; los parámetros que existen para su aceptación y los límites que dicho medio de prueba debe de enfrentar para considerársele en un pleito jurídico, desde una perspectiva comparativa de ambos países, considerando que aquéllos tienen sistemas de diferentes tradiciones jurídicas.

De esta forma, una vez que se tengan los elementos necesarios para poder comprender cómo cada uno de los sistemas revisados regula la prueba pericial, sea a través de reglas positivas o mediante precedentes judiciales, buscaremos responder una serie de preguntas en relación a este medio de prueba. En concreto, una de las grandes preguntas que podemos adelantar, es la posibilidad de poder excluir la prueba pericial atendida la baja calidad epistémica de que podría adolecer.

En este sentido, la tradición jurídica del *common law*, al caracterizarse por utilizar jurados para que estos puedan determinar los hechos en el juicio, es posible advertir un paternalismo epistémico por parte de los jueces respecto de los jurados. De esta forma, en el sistema del *common law*, el juez cumple un rol de garante de que la prueba que será valorada por el jurado sea de una calidad epistémica óptima para poder acreditar las proposiciones fácticas necesarias para resolver la controversia.

En virtud de lo anterior, en el primer capítulo se realizará una conceptualización de la prueba pericial y del perito, tanto como medio de prueba como el rol que este último cumplirá en el juicio, haciendo hincapié, además, en la problemática de la admisibilidad y valoración de la prueba pericial en términos abstractos y comunes a este medio probatorio. De esta forma, lo que se busca con ello es contar las herramientas conceptuales mínimas para poder comprender el análisis realizado en los Capítulos Dos y Tres, así para la comparación que se realizará en el Capítulo Cuatro.

Establecidos los conceptos básicos necesarios para comprender la prueba pericial, en el Capítulo dos estudiaremos el sistema norteamericano, iniciando con ciertas características bases del mismo, como lo son la existencia e importancia de los precedentes judiciales. Luego, analizaremos la legislación aplicable, como lo son las Federal Rules of Evidence y los casos Frye, Daubert, Joiner y Kumho, los que han permitido la creación y aplicación de ciertos criterios para determinar la admisibilidad de la prueba pericial en juicio, identificando el aporte de cada uno de ellos y la evolución de los mismos criterios. En base a lo anterior, se establecerán las principales características del sistema del *common law*, para que, en base a estos, sea posible realizar un estudio comparado con el sistema chileno.

Posteriormente, el Capítulo tres versará sobre las características de la prueba pericial en el sistema jurídico chileno, que forma parte de la tradición jurídica romano-germánica, revisando detenidamente los procedimientos judiciales civiles y penales, analizando la regulación de cada uno de ellos, contenida en el Código de Procedimiento Civil y el Código Procesal Penal, respectivamente. Desde ya adelantamos que, tanto en el proceso civil como en el penal, lo que buscó el legislador fue que la persona del perito sea un profesional de una determinada ciencia o arte, para que, en virtud de dichos conocimientos, el perito ilustre y asista

al tribunal a determinar si determinadas proposiciones fácticas pueden ser verificadas en base a la prueba disponible. De esta forma, el perito no es quien determina si la proposición fáctica se encuentra acreditada o no, toda vez que dicha función corresponde de forma privativa al tribunal de instancia, quien valorando el informe pericial de conformidad con las reglas de sana crítica, deberá fundamentar en su sentencia si dichas proposiciones, alegadas en juicio, pueden considerarse como acreditadas en función de la prueba rendida en el proceso.

Por último, en el Capítulo cuatro se realizará el análisis comparado entre ambos sistemas, en virtud de lo expuesto en los Capítulos dos y tres precedentes, revisándose las divergencias entre ambos, así como también sus semejanzas. Además, en base los criterios jurisprudenciales utilizados en el *common law*, trataremos la interrogante acerca de si los criterios establecidos en el caso Daubert podrían ser aplicados en el sistema jurídico chileno para poder excluir la prueba pericial de baja calidad epistémica, teniendo en especial consideración las diferencias orgánicas (i.e. ausencia de jurados como regla general en el sistema chileno, así como la existencia de dos tribunales, uno encargado de la etapa intermedia en la cual se puede excluir prueba - generalmente impertinente, sobre abundante o ilícita- y otro encargado exclusivamente de recibir la prueba en el juicio oral), así como las diferencias procedimentales de los ordenamientos, propios de países con distinta tradición jurídica como lo son Estados Unidos y Chile.

CAPÍTULO I: APROXIMACIONES PRELIMINARES

1. CONCEPTOS

1.1. CONCEPTO DE PRUEBA PERICIAL

En nuestro ordenamiento jurídico, la prueba pericial está tratada en diversos instrumentos normativos: en los artículos 409 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (en adelante, “CPC”), en los artículos 314 y siguientes del Código Procesal Penal (en adelante, “CPP”) y, finalmente, en la Ley N°19.968 que indica la procedencia de la prueba pericial y determina su contenido y admisibilidad en sus artículos 45 y siguientes. No obstante, ninguno de estos cuerpos legales ofrece una conceptualización propiamente tal de la prueba pericial. Sin embargo, encontramos una definición parcial y muy limitada en el artículo 341 del CPC, que lo describe como un “medio de prueba personal”. De esta manera, al no señalar el legislador una definición ni características propias de la prueba pericial, ha sido la doctrina la encargada de delimitar este concepto.

DUCE (2005) la identifica simplemente como “la opinión de expertos” (pp. 11-45), frente a ello es posible señalar que es una definición bastante amplia y, que de atenernos a ella de manera estricta, podríamos cometer el error de clasificar como prueba pericial aquello que no se refiere exactamente a un elemento del proceso, pues dentro de su definición es incluso posible incorporar elementos que no son propios del derecho.

TARUFFO (2008), en cambio, la define como “supuestos en que el conocimiento científico es usado en el proceso para aportar el conocimiento o la demostración de un hecho o –mejor dicho- la prueba de la verdad de un enunciado fáctico” (pp. 277-278).

Si bien TARUFFO es más preciso que DUCE al momento de delimitar el concepto, consideramos que, para efectos de esta tesis, su definición relaciona la prueba pericial con la aportación de conocimientos especiales, de lo cual podemos interpretar que, en efecto, este medio de prueba proporciona información más calificada en comparación con otros medios de prueba en los cuales no existe intervención de un experto.

Luego, en virtud de la doctrina de FALCÓN¹ (2003, p. 4), y ESPARZA² (2000, p. 42), podemos identificar que la prueba pericial, en razón de su utilidad y procedencia en juicio, se puede entender como aquel medio de prueba oportuno y adecuado para casos donde el juzgador ha de necesitar una ayuda auxiliar en atención a que carece de los conocimientos necesarios y totales que le permitirían dictaminar una sentencia con la debida competencia que se le exige.

Núñez, por su parte, la define como “nociones y métodos de análisis que rebasan el patrimonio cultural del que, en circunstancias normales, dispone el juez, que es –por definición– un representante de la cultura media o del sentido común y que, por tanto –también por definición–, no puede conocer todas las nociones y metodologías científicas necesarias para la conformación de la prueba o la valoración de los hechos” (Núñez, 2008, p. 3).

Por nuestra parte, creemos que el concepto de prueba pericial más acertado es aquella aportación de un tercero experto y desinteresado del juicio denominado “perito” -quien reviste una figura de confiabilidad para el tribunal debido a sus conocimientos especiales- cuyo fin es el de esclarecer aquellos puntos en los que el juzgador necesita su colaboración para configurar su dictamen de manera efectiva y diligente. En este sentido, la prueba pericial puede ser requerida a petición de parte o de oficio.

La razón de la incorporación de este concepto propio corresponde a la necesidad de incluir en la definición la imparcialidad que debe -o debiese- tener la prueba pericial, constituyéndose como un elemento objetivo aportado al juicio, mencionando, a su vez, que puede ser integrado tanto por los intervinientes como por el magistrado.

1.2. CONCEPTO DE PERITO

¹ Según FALCÓN, la prueba pericial “es una prueba ilustrativa sobre alguna materia técnica, que escapa al conocimiento del magistrado”.

² Según Esparza, la prueba pericial es “un medio de prueba consistente en la emisión, previamente a la resolución de un asunto concreto, de un dictamen sobre alguna de las materias (aptas para quedar sujetas a la actividad probatoria) que constituyen el objeto del proceso, por una persona ajena al mismo que deberá poseer conocimientos especializados científicos, artísticos o prácticos, que el juez precisa para valorar mejor las afirmaciones de hechos y circunstancias que constituyen el objeto de la prueba”.

En términos formales, la Real Academia de la Lengua Española define perito como “experto o entendido en algo”³ confiriéndole cierto reconocimiento a la erudición de la persona, en tanto se declara y entiende conocedora de un área en particular y para la cual se ha de requerir una especialización, preparación, aprendizaje o educación preliminar o preparatoria.

La doctrina, naturalmente se ha pronunciado acerca de este concepto, habiendo algunos como AGUIRREZABAL (2012), quien enuncia que “por perito debemos entender aquel tercero, técnicamente idóneo y capaz, llamado a dar opinión y dictamen fundado en un proceso, acerca de la comprobación de los hechos cuyo esclarecimiento requiere conocimientos especiales sobre determinada actividad, técnica o arte, el cual es ajeno al juzgador” (p. 336).

DUCE (2015), por su parte, caracteriza a los peritos como “personas que cuentan con una experticia especial en un área de conocimiento derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o del ejercicio de un determinado oficio” (p. 29).

Es probable que el concepto hasta aquí delimitado nos lleve a pensar que realmente se trata de científicos, es decir, de expertos relacionados estrechamente con el área de las ciencias exactas, también llamadas ciencias duras. Pese a que esta asociación se efectúa de manera sumamente recurrente, es necesario desechar como errado dicho pensamiento, pues el campo de las ciencias exactas no es el único en que podría requerirse de la intervención de un auxiliar. La misma necesidad aparece en el ámbito de las ciencias sociales o ciencias blandas, donde la técnica y la disciplina no están tan delimitadas como en el caso de las ciencias anteriormente mencionadas, por lo que igualmente es necesario solicitar apoyo experto y la provisión de información primordial para la correcta dilucidación de los hechos y para que el juzgador pueda formular su veredicto.

En este sentido, el autor refuerza la idea preliminar ofreciéndonos ejemplos de situaciones en las que habrá de ser necesario contar con información experta de un área distinta a la que comúnmente asociamos con la prueba pericial. De este modo, “se consulta frecuentemente a expertos en sociología en casos sobre discriminación laboral; se consulta a

³ Según lo indicado por la RAE en su diccionario disponible en línea: <https://dle.rae.es/perito>

historiadores acerca de la reconstrucción de eventos históricos; se consulta a historiadores del arte cuando se debe apreciar la importancia histórica de un edificio; se necesitan antropólogos para establecer si un delito tuvo ‘motivación cultural’; se consulta a psicólogos en un amplio espectro de casos relativos al estado mental de las personas” (Vásquez, p. 208).

2. PARTICULARIDADES DE LA PRUEBA PERICIAL

2.1. ADMISIBILIDAD

La actividad probatoria tiene por propósito acreditar la veracidad de los antecedentes de hecho esgrimidos en un juicio y a los que el juez otorga la pertinencia necesaria para resolver el asunto controvertido. Al respecto, FLORES (2005) expone que “la doctrina procesal viene entendiendo que la prueba no recae sobre los hechos sino sobre las afirmaciones formuladas por las partes en sus respectivos escritos de alegación” (p. 45). En este sentido, los medios de prueba corresponden a aquellos vehículos en virtud de los cuales estas aseveraciones serán manifestadas en el proceso mediante los medios de prueba correspondientes, cuyas fuentes de prueba preexistirán al litigio (Flores, 2005, p. 39).

En esta línea, haremos una breve pero necesaria referencia a lo que se ha llamado en doctrina “los momentos probatorios”, cuales son: (a) la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión; (b) la valoración de esos elementos; y (c) propiamente, la adopción de la decisión (Ferrer, 2017, p. 154). En este apartado, nos referiremos al primero de estos momentos para hacernos cargo de los dos siguientes en los apartados que prosiguen.

Con respecto a la etapa de conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión, podemos decir que, en palabras simples, se refiere a la necesidad de reunir las pruebas necesarias que puedan tanto apoyar como refutar las distintas hipótesis sobre los hechos del caso. En este sentido, se hace necesario discriminar la admisión o no admisión de pruebas al proceso, para lo cual nos apoyaremos en lo que postula FERRER (2017), “un primer filtro, de orden epistemológico, prescribe la admisión de toda prueba que aporte

información relevante⁴ sobre los hechos que se juzgan, considerándose un principio general de inclusión” (p. 154)⁵. Luego, un segundo filtro se relaciona directamente con las reglas jurídicas, cuya particularidad es que se añaden un gran número de reglas jurídicas de exclusión. Así, por ejemplo, no se admitirían las pruebas obtenidas en violación de derechos fundamentales ni los testigos de referencia, y sólo se admitirán con salvedades aquellas que no puedan practicarse en el curso del proceso con observancia del principio de contradicción, etc.” (Ferrer, 2017, p. 154). Es posible indicar como tercer filtro aquello que resultaría de lo que se ha obtenido con reserva, denominado en inglés como *with privilege*, en virtud de que se les exime de aportar información relevante a quienes la han obtenido con especial consideración a su persona⁶. Finalmente, como un último filtro “también los propios plazos procesales juegan un papel de regla de exclusión: se excluye toda información –aunque sea relevante- que se presente mediante pruebas aportadas fuera de los plazos expresamente previstos” (p. 154)⁷.

En consecuencia, la prueba pericial se incorporará a un pleito jurídico tanto cuando sea requerido a petición del tribunal, reconociendo su necesidad de solicitar apoyo en aquella materia que no conoce o no maneja enteramente, como por petición de los intervinientes, quienes pueden considerar su incorporación como una fortaleza que le entrega fundamento a sus argumentos y posturas jurídicas en virtud de las pretensiones que mantienen con respecto al objeto del juicio. De este modo, la prueba pericial primeramente debe ser ofrecida o solicitada

⁴ “Una prueba es relevante si 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” (Twining, 1985, p. 154).

⁵ Basándose, a su vez, en TARUFFO, Michelle. (1990). *Modelli di prova e di procedimento probatorio*. *Rivista di diritto processuale*, XLV, no 2; GASCÓN, M. (1999). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. España, Madrid: Marcial Pons y BENTHAM, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, translated. Dumont, Paris: Bossages frères. Citado por la traducción de M. Ossorio: *Tratado de las pruebas judiciales*, Comares, Granada, 2001.

⁶ Y aquí el citado autor nos ejemplifica con (abogados –respecto de la información obtenida de sus clientes–, sacerdotes –respecto de la información obtenida en confesión–, cualquier sujeto respecto de la información que pueda incriminarle, familiares directos –respecto de informaciones que puedan perjudicar o beneficiar a esos familiares– etc.).

⁷ Además, y continuando con lo que nos expone Ferrer Beltrán, “Como ya señaló Bentham (1823) buena parte de esas reglas que excluyen elementos de juicio lógicamente relevantes se justifican en la protección por parte del derecho de valores distintos a la averiguación de la verdad: la intimidad y otros derechos fundamentales, la autonomía individual, las relaciones familiares, etc. En otros casos, en cambio, se excluyen elementos de juicio por considerarlos de bajo valor epistemológico ante el peligro de que una mala valoración tienda a darles más valor del que tienen. El número y el alcance de las reglas jurídicas que regulan la conformación del conjunto de elementos de juicio varía en función de los distintos ordenamientos y, dentro de ellos, en función de los tipos de proceso y jurisdicción.”

tanto por las partes para poder incorporarse al proceso como por parte del tribunal o del sentenciador mismo, al considerarse imperativa su presencia para la correcta resolución del conflicto.

Los parámetros fijados con el fin de aclarar y acotar la admisibilidad de las pruebas periciales los analizaremos más adelante. Prontamente, resulta necesario responder a lo referido a la necesidad de solicitar conocimientos de expertos no relacionados a las ciencias exactas, lo que desarrollaremos a continuación.

2.2. SOBREALORACIÓN EPISTÉMICA DE LA PRUEBA PERICIAL

La etapa de valoración de la prueba corresponde al segundo momento probatorio y consiste en aquella actividad intelectual que el juez debe llevar a cabo para medir la fuerza probatoria de un medio de prueba determinado (Kisch, p.199). El juez debe cumplir un rol evaluador de los elementos admitidos en el primer momento probatorio, debiendo desempeñar una actividad de percepción de los resultados que se hubieren generado en la actividad probatoria realizada (Nieva, 2010, p.34) y que fuere incorporada al expediente judicial (Ferrer, 2017, p. 155).

En esta etapa, conjuntamente se incluyen tanto la extracción de los resultados obtenidos en virtud de la prueba incorporada como el juicio racional del juez sobre dicha percepción, ambas consustanciales (Devis, 2002, p. 273). Es decir, es en este momento en donde todo lo que se ha aportado al juicio, ya sea tanto por los intervinientes o a requerimiento del tribunal, encuentra su peso y consecuencia, pues se observan, analizan, contrastan, interpretan y aprecian las aportaciones legalmente incorporadas y alcanzan su utilidad inicial, dando pie al dictamen de la decisión final o fallo judicial.

Sin embargo, para efectos de este capítulo preliminar, no podemos afirmar de manera inamovible cuál es el sistema regidor por antonomasia pues ese desarrollo se efectuará en las próximas páginas y depende del ordenamiento jurídico que esté en análisis, siendo allí donde se fijarán estos puntos según la normativa vigente del país en estudio. A pesar de ello, a continuación, nos aproximaremos a una problemática que no discrimina: el exceso de confianza o la *súper-valoración* de la prueba pericial respecto de los demás medios de prueba.

Hoy en día, en virtud del avance de las ciencias en general y el aumento de la exactitud de la información que nos ofrecen, una apreciación razonable de los hechos pareciese ser muy dificultosa. Para ello, parece ser imprescindible contar con el apoyo científico casi irrefutable de la prueba pericial, pues nos otorga conocimientos técnicos aplicados al caso particular y optimiza el esclarecimiento de los cuestionamientos relativos al juicio.

Las áreas del conocimiento en general son bastantes exclusivas, pues sólo quienes realmente entienden la materia pueden participar de las discusiones basadas en los aspectos que más les parezca controvertir. Ello no es ninguna sorpresa, pues evidentemente cada persona tendrá voz en los temas en los que se siente más apto de intervenir o respecto de los que presenta un mayor juicio y manejo. La interpretación de resultados, la implementación de métodos de obtención de información, la aplicación de fórmulas de cálculos exactos, por mencionar algunos de los aspectos que estas ciencias comprenden, alejan a las personas no relacionadas con mayor intensidad de lo que cualquier otra ciencia pudiese hacerlo, pues requieren una experticia característica y muy peculiar: la complejidad de sus conocimientos aparejan mucho tiempo de estudio y práctica invertido, haciéndolo imposible de alcanzar con celeridad y convirtiendo en utópica la sola idea de que de personas ajenas al ámbito puedan incluirse o que ponerse a la altura sin mayores dificultades.

Ante ello, el único remedio posible pareciese ser el confiar en los datos que se nos han hecho entrega, sin más posibilidad que la de asumir que toda aquella información contenida el informe en el cual se pronuncia en este caso el perito o experto ha de ser suficientemente confiable y certero. De esta manera, el desconocimiento en la materia objeto del informe pericial deriva en una suerte de aceptación radical de la prueba pericial como una de las aportaciones más valiosas en cada uno de los juicios. Esta idea es reforzada por DUCE (2010) al decir que “el impacto que produce este tipo de prueba en el juzgador, especialmente tratándose de pericias en disciplinas de difícil comprensión para no especialistas, debilita el control judicial sobre la calidad de información aportada por peritos y ello es causa potencial de un mayor porcentaje de casos que se deciden producto de errores judiciales” (p. 48).

Así, la necesidad imperiosa de atribuirle fiabilidad a aquello que se ha catalogado como cierto por quienes conocen del tema en particular es lo que finalmente recae en un exceso de

confianza o valoración⁸. Y cómo no, si, en resumen, ha sido la ciencia la encargada de despejar los cuestionamientos y preguntas que históricamente la sociedad ha tenido. A ella le hemos confiado nuestras consultas y ha sabido otorgarnos respuestas que satisfacen nuestras inquietudes, configurando “la forma en que hemos obtenido la mayoría de los conocimientos que tenemos, ya que muy pocas veces esos conocimientos están basados en experiencias primarias y propias de cada uno” (González, 2019, p. 792). Aún más, “dicha dependencia va desde cuestiones muy básicas como el lugar y nuestra fecha de nacimiento (...) hasta cuestiones más técnicas, como que la tierra es redonda (...), entre tantas otras cuestiones que no observamos o no tenemos ninguna experiencia directa con ellas, resultándonos inviable confirmarlas de primera mano” (Vásquez, 2015, p. 49).

Así también nos lo explica TARUFFO (2008), en tanto se refiere a la función de las pruebas periciales en base a que “ni los jueces ni los jurados son omniscientes (...) [E]sta limitación tiene consecuencias muy diversas, la más importante de las cuales es que el juzgador puede no tener el conocimiento científico o técnico que se requiere para evaluar algunos hechos en litigio” (p. 90), lo que sin duda resulta en el conflicto de fiabilidad que mencionamos y que también el autor reconoce: “el problema surge porque, en la experiencia práctica del uso de pruebas científicas, hay cientos de casos de errores, malentendidos, y utilización de datos falsos o poco fiables que pretenden ser científicamente correctos” (p. 99).

Esta problemática -de la imposibilidad de sembrar desconfianza ante una prueba científica radica- en que, como dice GASCÓN (2010) “Sólo por el hecho de presentarse como ‘científicas’, la validez y valor probatorio de este tipo de pruebas se han asumido como dogmas de fe”. De acuerdo con ello, la ciencia ocupa un lugar primordial en cuanto a la priorización de fuentes de conocimiento y su respectiva confiabilidad, lo que se relaciona estrechamente a esta

⁸ Agrega Flores Prada que "la verdadera singularidad de la pericia reside en el tipo de información que se le suministra al juez, que solo puede ser aportada por quienes disponen de los conocimientos técnicos, artísticos o científicos necesarios", agregando que "ni la información aportada por los peritos puede desligarse de los hechos objeto de prueba en cuanto es necesaria para apreciarlos y valorarlos, ni la finalidad de la pericia difiere de la que persigue el conjunto de la actividad probatoria, que trata de alcanzar el convencimiento del juez sobre la veracidad de las afirmaciones formuladas por las partes". En Aguirrezabal (2012).

idea de que los procedimientos de obtención de información establecidos por los científicos investigadores son justamente la respuesta directa a aquello que buscábamos dilucidar.

Así mismo, lo plantea NIEVA (2010), en tanto menciona que la prueba pericial sería el medio de prueba que se escapa de la valoración judicial con mayor facilidad, pues, como hemos descrito hasta ahora, no expresa conocimientos contenidos en la cultura general sino conocimientos más o menos especializados (p. 285).

Pareciera evidente que todos aquellos que no tenemos relación directa con la ciencia simplemente creamos o quisiéramos creer ciegamente en la información que ella nos aporta desde una posición un tanto cómoda o, por qué no, resignada a que son sólo los expertos quienes son capaces de brindar ese conocimiento de manera infalible. No hay mayores cuestionamientos. De cierta forma, reiteramos la idea de que no habría quizá otra salida para estas interrogantes más que atenernos a la confianza que revisten sus conocimientos, reconociéndolas como las únicas herramientas a las que tenemos acceso.

Según GASCÓN (2013), “No se ha reflexionado porque se asume que una prueba científica transcurre por derroteros epistemológicos distintos al resto de las pruebas”; Lo anterior es cierto, aún más en relación con los cuestionamientos que en este apartado se han enunciado. Para la autora, pareciera ser todo muy claro, pues categóricamente asevera que “si la prueba científica ha sido entronizada en el proceso es porque se da por descontado no sólo el altísimo valor probatorio o incluso infalibilidad de sus resultados, sino también que éstos hablan directamente de aquello que se pretende probar” (Gascón, citado en Vásquez, 2018, p. 186). En este sentido, la prueba pericial es tratada como respuesta necesaria y, por supuesto, correcta para las cuestiones que debe resolver el juzgador, lo que próximamente desvirtuaremos.

Al respecto, la autora señala “que mientras una prueba no científica se estructura a través de un razonamiento inductivo, la prueba científica se articula mediante un razonamiento deductivo” (p. 186). En este sentido podemos entender la primera diferenciación entre la valoración de los medios de prueba científicos y aquellos no científicos, que consiste en que, en primer lugar, la prueba no científica está basada en leyes probabilísticas de débil fundamento epistémico (p. 186), como son las comúnmente aplicadas máximas de experiencia y leyes del

actuar humano habitual. Además, adolecerían de poca exactitud, como consecuencia de una falta de procedimientos especializados que sean ciertos, estrictos y rigurosos, los que, una vez aplicados dentro de una metodología no científica, nos habilitaría a presumir que sus resultados son falibles. Así las cosas, dichos resultados deben de medirse siempre en términos de simple probabilidad y nunca de realidad exacta, ya que al ser una disciplina que es desarrollada básicamente en base al trabajo, cuestionamiento, lógica y pensar humano, ésta siempre presentará un margen de error incluido de por sí y que se vuelve difícil de cuantificar. Es por todas estas consideraciones que nos vemos acorralados al momento de utilizar estas pruebas como un vehículo legítimo y suficiente hacia dictámenes de peso en ciertos procesos jurídicos.

Por otro lado, se arguye de forma general que la prueba científica carece de estas falencias, siendo tradicionalmente aceptada como una aportación digna de objetividad y certeza, indicando aún más que ésta encuentra su base en leyes universales “o leyes probabilísticas con un amplio y fuerte fundamento epistémico, aplicadas dentro de una rigurosa metodología científica, por lo que sus resultados pueden tenerse incuestionados o fuera de toda duda” (p. 186).

De acuerdo con esto, es que logramos tener la primera mirada acerca de la diferenciación del nivel de cuestionamiento de la prueba científica y, por tanto, de la prueba pericial, con respecto a los demás medios de prueba aportados en juicio. Un acercamiento inicial que pareciera ser casi evidente a la luz de la gente común, pero que para efectos de esta investigación hace falta enunciar que, consideramos, es una valoración altamente errónea, donde se hace necesario evaluar su real estimación ya que, aunque actualmente pueda parecer infalible, no se puede confiar totalmente en ella y es necesario analizarla bajo un prisma crítico.

Cabe destacar que, por regla general, “la valoración que el juez efectúa del informe de peritos se realiza conforme a las reglas de la sana crítica” (Aguirrezabal, 2012, p. 340), es decir, “las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia” (Couture, 1948, p. 195). La prueba pericial no debe

debiese prevalecer sobre el resto de las pruebas aportadas al proceso, sino que se debe de valorar en conjunto, como lo ha establecido la doctrina.⁹

Consecuencialmente, en derecho podemos reconocer que asumimos nuestra ignorancia en las ciencias que no son de nuestro conocimiento, e incurrimos en el error de concederle a aquello que no manejamos un mayor valor del que tiene en realidad.

El problema expuesto ha sido reconocido también por la doctrina, en tanto podemos advertir que a primera vista se podría evidenciar una suerte de urgencia de que sea incluido en los procesos judiciales de las distintas áreas del Derecho, considerándole esencial para la correcta dilucidación de los hechos controvertidos del pleito jurídico.

El uso de la prueba pericial apareja ciertas cuestiones que incluso podrían ser consideradas alarmantes: primeramente, resulta extraño que los asuntos litigiosos sean calificados como complejos con cada vez mayor frecuencia, derivando en la necesidad aparente de que las cuestiones fácticas debatidas requieran contar con una comprobación certera. Para ello, parece ser ineludible el manejo de profundos conocimientos científicos o técnicos (Sprovieri y Beade, 2008) que evidentemente deben ser aportados a través de la opinión de expertos y cuya forma de expresión se encuentra contenida en la prueba pericial. Así, visualizamos la posibilidad de que el uso recurrente de este recurso pueda encontrarse fuera de los supuestos que lo hacen realmente imprescindible, resultando en la afectación fundamental de los principios básicos sobre los cuales se construye la actividad judicial (Duce, 2005, p. 44): en contravención con el debido proceso, la prueba pericial es asimismo solicitada en instancias donde no es esencialmente requerida.

Lo anterior, nos reconduce a la identificación de un gran y real impacto negativo a la integridad del proceso, pues se demuestra cierta deferencia excesiva a la prueba científica, lo

⁹ Esto se desprende del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, que en su numeral 4º prescribe: “Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán:

4º Las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia...”

Sin embargo, más adelante, en el capítulo dedicado a nuestro ordenamiento, ahondaremos en lo que se ha enunciado en el presente apartado.

que, en consecuencia, conlleva a socavar la promesa de un fallo imparcial (Bubela, 2004, p. 855)¹⁰. No solamente eso, sino que también se afecta el principio de acceso equitativo a la justicia, pues la aportación de la prueba científica por una parte interviniente ciertamente considera un costo de producción de la misma, por lo que ante la problemática y casi obligación de incorporarla a juicio, existe la preocupación de que una parte con mayores recursos puedan usar testimonios de expertos para sobrepasar la evidencia de la parte contraria (p. 857)¹¹.

En consecuencia, de lo hasta aquí expuesto, es importante mencionar que nos enfrentamos al problema de que “la opinión experta comienza a utilizarse crecientemente para sustituir el trabajo de razonamiento y construcción de la verdad procesal, encargadas a los jueces” (Duce, 2005). De esta manera, el rol del juzgador de evaluar la evidencia y someterla a valoración como una etapa esencial del ejercicio de la actividad jurisdiccional se ve menoscabada involuntariamente, pues no parece razonable que no pueda evaluar la prueba pericial directa e independientemente. Ciertamente, no sería la intención real del juez que su razonamiento se viera obstaculizado por reconocer su ignorancia en la materia a la que la prueba pericial se refiere, sino que más bien se trataría de un efecto que se subsume dentro de la sobrevaloración de la prueba pericial que hemos esgrimido y que se fundamenta justamente en la falta de criterio a la que puede enfrentarse por no poseer el discernimiento o conciencia suficiente para tasarlo de un modo precisamente objetivo.

Como segundo punto, es preciso señalar que la ciencia evoluciona y mejora rápidamente, logrando cada vez poner más al alcance de los litigantes y jueces medios aún más sofisticados de llegar a la verdad (Sprovieri y Beade, 2008). En este sentido, podemos advertir que la prueba científica pareciese ir ganando terreno en el estudio del derecho probatorio con respecto a los demás medios de prueba, revistiendo el conocimiento experto una especie de rol dominante en la decisión de los procesos judiciales (Duce, 2005, p. 43). Con ello, la dificultad de mantener la objetividad requerida y exigida por el principio del Debido proceso permanece latente, lo que

¹⁰ “Expert evidence may negatively impact the integrity of the trial process if excessive deference is shown to the opinion of the expert, thus undermining the promise of impartial adjudication”.

¹¹ “There is concern that a party with greater resources may use expert testimony to overwhelm the evidence of the opposing party”.

finalmente decanta en el deterioro de la calidad del sistema en su totalidad, pues la opción de que los expertos elaboren sus dictámenes periciales a base de simples recopilaciones bibliográficas, por ejemplo, no pareciese abordarse del todo y más bien se considera que su aporte es legítimo de ser aceptado sin mayores cuestionamientos.

CAPÍTULO II: EL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA PERICIAL EN ESTADOS

UNIDOS

1. EL SISTEMA DEL COMMON LAW

La tradición jurídica del *common law* se caracteriza por la vinculación de los *outcomes* o sentencias de los juicios pasados a procesos presentes o futuros, correspondiendo así a un sistema jurídico en donde las reglas son hechas por el juez¹² (Horton, 2018). Con ello, “el punto más general del derecho norteamericano, si es que tiene alguno, es establecer una conexión justificada entre las decisiones previas y la coerción en el presente” (Dworkin, 1986, citado en Humbach, 2016, p. 81). El sistema anglosajón simplemente no creció como un conjunto de estatutos, sino que más bien corresponde a una variedad de decisiones identificadas como precedentes o *holdings* que fuerzan a los jueces de primera instancia a fallar de igual manera, o de un modo a lo menos similar, a como lo han hecho anteriores juzgadores ante supuestos fácticos análogos.

De esta manera, en las jurisdicciones del *common law*, la esencia del derecho tradicional se ha preservado mediante su legado, en el sentido de que mediante la forma en que casos individuales y previos han sido fallados –en opiniones emitidas por Cortes- y las codificaciones estatutarias que se han efectuado, se sostiene un derecho casuístico que se mantiene relativamente actualizado y vigente pero que, sin embargo, dista de ser completo (Humbach, 2016, p. 83)¹³.

Así, HUMBACH (2016) nos comenta: “El *common law* surgió en la edad media (...), y no se pensó necesario tener leyes escritas o estatutos para alcanzar soluciones a problemas legales. En vez de eso, la comunidad anglosajona tiende a pensar que el bien y el mal existen como categorías esencialmente “objetivas”, como el norte y el sur, o frío y caliente. Así, desde tiempos

¹² En inglés, la expresión es “judge-made rules”.

¹³ “In common law jurisdictions much of the law’s traditional core has been left in the form of individual case precedents –in opinions issued by courts- and statutory codifications remain a relatively recent and far-from-complete supplement to the case law”. La traducción es propia.

tempranos las decisiones racionales (u “opiniones”) emitidas por las Cortes en disputas específicas han sido consideradas, como mínimo, la guía instructiva para decisiones de casos posteriores ¹⁴” (p. 84).

Por tanto, la base fundamental del mismo deriva en que la confianza se vierte no en un cuerpo legal que sirva de guía para el desarrollo de los juicios como en el sistema del *civil law*, sino que más bien es depositada en los jueces, entendiéndoles como las personas más correctas, capaces e ideales para resolver de la manera más adecuada el problema que se presenta entre las partes participantes de un pleito jurídico.

Lo anterior demuestra que el *common law* representa un sistema que goza de amplia flexibilidad, en tanto no se hace necesario cambiar un estatuto jurídico o ley –con todo el proceso legislativo que ello indica- para modificar futuras sentencias y resultados finales de cada conflicto jurídico sometido a los órganos jurisdiccionales. Por el contrario, basta con la argumentación de uno de los jueces de las distintas jurisdicciones del país para sembrar una nueva tendencia de solución. Las reglas en el *common law* existen por la imitación ciega del pasado (Wendell, 1897, p. 469)¹⁵.

El sistema del *common law* en Estados Unidos encuentra su orgánica en la Constitución, la cual define su organización política como un gobierno federal. Así, distribuye la jurisdicción de sus Cortes en Cortes Estatales y Cortes Federales. Las primeras, han de pertenecer a uno de los once circuitos “numerados” (más el circuito de D.C.), lo que está geográficamente definido. De esta manera, a nivel estatal, cada circuito tiene su propia *State Trial Court* como primera instancia y luego sus propias *State Appeal Court* y *Supreme Court* como instancias superiores.

¹⁴ “The common law arose during the Middle Ages (...) It was not thought necessary to have written laws or statutes in order to reach just solutions to legal problems. Instead, people tended to believe that right and wrong existed as essentially “objective” categories, like north and south, or hot and cold (...) At any rate, since early times the reasoned decisions (or “opinions”) issued by courts in specific disputes have been regarded as being, at the very least, instructive guidelines for deciding later cases”. La traducción es propia.

¹⁵ “The rule simply persists from blind imitation of the past”. La traducción es propia.

Con todo, las Cortes de Distrito tienen la jurisdicción original de todas las acciones civiles que surjan bajo la Constitución, las leyes o los tratados de los Estados Unidos¹⁶.

Por su parte, la jurisdicción federal se distingue en cuanto a casos civiles y penales. Respecto a los aspectos civiles, la sección 1332(a) señala:

“Las Cortes de distrito tendrán jurisdicción original de todas las acciones civiles donde el asunto en controversia exceda la suma o valor de \$75,000, y sea entre:

- 1) ciudadanos de diferentes estados
- 2) ciudadanos de un estado y ciudadanos o sujetos de un estado extranjero.”¹⁷

Luego, con respecto a la jurisdicción penal, la Regla 18 de las *Federal Rules of Criminal Procedure* especifica que “a menos que un estatuto o estas reglas permitan lo contrario, el gobierno debe perseguir una ofensa en un distrito donde esa ofensa fue cometida. La Corte debe fijar el lugar del juicio dentro del distrito con la debida conveniencia del acusado y de los testigos, y de la pronta administración de justicia”¹⁸,

Sin embargo, existen casos en los que las Cortes Federales tienen competencia exclusiva: Esto sucede cuando la materia de los mismos dice relación con leyes federales, como por ejemplo en aquellos donde ciudadanos estadounidenses han cometido actividades ilegales en otros países.

Para efectos de la presente investigación, analizaremos la prueba pericial exclusivamente en el nivel federal de Estados Unidos, pues el nivel estatal es muy amplio y difícil de cubrir

¹⁶ La traducción es propia. “The district courts shall have original jurisdiction of all civil actions arising under the Constitution, laws or treaties of the United States.” 28 U.S Code §1331-Federal question.

¹⁷ “U.S. Code › Title 28 › Part IV › Chapter 85 › § 1332:

(a) The district courts shall have original jurisdiction of all civil actions where the matter in controversy exceeds the sum or value of \$75,000, exclusive of interest and costs, and is between—

(1) citizens of different States;

(2) citizens of a State and citizens or subjects of a foreign state”

¹⁸ “Unless a statute or these rules permit otherwise, the government must prosecute an offense in a district where the offense was committed. The court must set the place of trial within the district with due regard for the convenience of the defendant and the witnesses, and the prompt administration of justice.” La traducción es propia.

apropiadamente producto de las diversas regulaciones especiales y de carácter más específico que se presenta de acuerdo con la legislación concerniente a cada Estado. Para ello, nos acogemos a los estatutos aplicables y a los casos emblemáticos que han permitido sembrar precedente y generar una guía acerca del tratamiento que merece y se le entrega a la prueba pericial en este sistema, correspondiendo a uno de los ordenamientos que tiene una de las regulaciones más avanzadas en la materia en el mundo.

2. LEGISLACIÓN APLICABLE: FEDERAL RULES OF EVIDENCE

La jurisdicción federal tiene como principal estatuto aplicable a la prueba pericial las llamadas *Federal Rules of Evidence* (en adelante, las Reglas Federales de Evidencia o FRE), que corresponden a un compilado de normas que se aplican a la aportación de pruebas y a la utilización correcta de las instancias procesales para su presentación, además de regir las circunstancias mediante las cuales dichos elementos probatorios pueden o no haber sido obtenidos.

Siguiendo a MÉNDEZ (2003), el derecho a un juicio con un jurado en la mayoría de los procesos civiles y penales de Estados Unidos ha impulsado el desarrollo de un amplio sistema normativo que regula la admisión de pruebas. Esto, pues existe el temor de que los miembros del jurado puedan ser indebidamente influenciados por evidencia de dudosa fiabilidad, lo que ha incentivado a la creación de un complejo sistema probatorio, integrado por reglas que permiten prohibir o limitar la clase de información que las partes pueden presentar al jurado (citado en Pinto, 2016, p. 27).

La prueba pericial se encuentra tratada en el “Artículo VII de Opiniones y testimonio de expertos”¹⁹. A continuación, revisaremos la normativa en específico:

¹⁹ “Article VII: Opinions and Expert Testimony.”

a. Rule 702²⁰: Testimonio por expertos²¹

“Si el conocimiento científico, técnico u otro conocimiento especializado ayudará al juez de los hechos a comprender²² la evidencia o determinar un hecho en el momento, un testigo calificado como experto por su conocimientos, destrezas, experiencias, entrenamiento o educación, puede testificar allí en forma de opinión o de otra manera, si (1) el testimonio se basa en hechos o datos suficientes, (2) el testimonio es el producto de principios y métodos confiables, y (3) el testigo ha aplicado los principios y métodos de manera confiable a los hechos del caso”²³.

Esta primera regla se refiere a que los juicios se ven sometidos a un criterio de necesidad de la prueba pericial. Es decir, esta sería procedente, “cuando el conocimiento científico, técnico o especializado sea de ayuda para poder entender la prueba o determinar un hecho controvertido, en cuyo caso se podrá emitir una opinión” (Ramos, 2013, p. 23). Luego, la estructura de estas reglas tiene por objeto evitar el ingreso de peritajes que no cumplan ciertos parámetros de seriedad científica y por otro lado, establece ciertos criterios para valorar la validez de la ciencia (p. 23).

²⁰La diferencia entre los *Lay Witnesses* y los *Expert witnesses* radica principalmente a que estos últimos poseen conocimientos y habilidades que los distinguen de un testigo ordinario. Los expertos se encuentran en una posición superior a la de los otros participantes del juicio, y -en particular- del jurado, pudiendo trazar diferencias y alcanzar conclusiones dentro del campo de su conocimiento. Así, el experto puede haber obtenido dichos conocimientos ya sea por su educación, por su experiencia, o por ambas. El punto es que ese experto tiene habilidades que no son compartidas –o al menos no completamente- por personas comunes. Así, si un testigo califica como experto, entonces deberá rendir opinión con respecto a los conocimientos de su especialidad. Aun cuando no exprese su opinión con respecto a los hechos del juicio en sí mismo, su testimonio igualmente puede proveer asistencia al juzgador, pues puede facilitar el entendimiento de la ciencia, la técnica, o alguna otra información especializada. Por ejemplo, un experto puede explicar por qué un accidente ocurrió de una manera que virtualmente resume el caso y los hechos del mismo previamente expuestos por un demandante. Al respecto, ver Graham, Lilly, Daniel, Capra, y Saltzburg, Stephen (2015), p. 389.

²¹ “Testimony by experts”. La traducción es propia.

²² Es muy importante mencionar que la restructuración de esta regla, luego de la ocurrencia del Caso *Frye* –que revisaremos a continuación- se debe a que el juez Blackmun decidió otorgar una perspectiva más liberal a las FRE en cuanto a la admisibilidad del testimonio de un experto. Ello, en tanto se le otorgó especial énfasis a que esta norma admitiría la introducción de “conocimiento científico”, que “ayudará al juez de los hechos a comprender”.

²³ “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 there to in the form of an opinion or otherwise, if (1) testimony is based upon sufficient facts or data, (2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and (3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case.” La traducción es propia.

Cabe mencionar que la Regla 702 permite hacer las calificaciones de los peritos en cuanto a su experticia, en tanto esta se efectúa por “conocimientos, destrezas, experiencias, entrenamiento o educación”, lo que le permite al tribunal discriminar la fiabilidad del experto con el fin de que la información entregada a los jueces sea efectivamente científica, y que debiese ampararse, a su vez, por los demás criterios fijados. Es decir, cuando una de las partes presenta un testigo en calidad de experto, el juez debe determinar si el mismo tiene la “calificación necesaria”²⁴, para lo cual previamente el juez debe resolver si el asunto en cuestión a lo cual el experto entregará su opinión o testimonio corresponde efectivamente a un asunto distinto a la experiencia común, siendo, consecuentemente, útil para el jurado²⁵ (Graham, Daniel y Saltzburg, 2015, p. 389).

Ahora bien, es importante recalcar que la misma disposición nos indica cuáles son las formas en las que puede presentarse un informe pericial o dictamen, es decir, como una opinión experta o de otra manera²⁶. Lo cual dificulta que se vele por una objetividad efectiva en el juicio. Para un mejor análisis, en seguida trataremos este punto con la presentación de siguiente regla aplicable.

b. Rule 701: Lay Witness²⁷

“Si un testigo no está testificando como un experto, el testimonio como opinión estará limitado a aquel que es:

²⁴ ¿Qué tan hábil debe ser un experto? Hay dos respuestas para esto: la respuesta desde el punto de vista de la regla, es que el experto simplemente debe de estar calificado por su educación experiencia, etc. para poder dar su opinión. No existe un requerimiento especial más allá de eso acerca de si debe ser el mejor experto o el con mayor conocimiento. Con respecto a la respuesta táctica, debemos mencionar que las partes deben velar por elegir al experto más impresionante, quien regularmente será el que tenga mayores habilidades de convencer al jurado, resultando ser testigos persuasivos más que simplemente expertos. Al respecto, ver Graham, Lilly, Daniel, Capra, y Saltzburg, Stephen (2015), p. 391.

²⁵ “When one of the parties presents a witness who will testify as an expert, the judge must determine whether he or she has the necessary qualifications. Before resolving that question, however, the judge must decide whether the subject matter to which the witness will address the expert testimony is sufficiently removed from common experience that the expert opinion will be helpful to the jury.” La traducción es propia.

²⁶ “In the form of an opinion or otherwise”.

²⁷ Esta norma fue enmendada el año 2000 para asegurar que los requerimientos de los testimonios de expertos de la regla 702 no pudiesen ser evadidos teniendo a un experto testificando como un *Lay Witness*.

- (a) racionalmente basado en la percepción del testigo
- (b) útil para entender claramente el testimonio del testigo o para determinar el hecho de un asunto; y
- (c) no basado en conocimiento científico, técnico o cualquier otro especializado dentro del alcance de la FRE 702²⁸”.

Para efectos del análisis que estamos desarrollando, entenderemos por *Lay Witness* a aquellos testigos que corresponden a personas ordinarias, quienes testifican según su experiencia y conocimientos personales.²⁹ Así, aseveramos que la regla 701 corresponde a la norma residual de la prueba pericial, ya que en Estados Unidos se incorpora la prueba pericial principalmente como *prueba científica*, aun cuando no se refiera a conocimientos afianzados por la ciencia en sí misma –es decir, puede comprender áreas de experticia distintas a las ciencias exactas, físicas, químicas y naturales-, tal como hemos revisado recientemente con la regla 702.

La esencia de la regla 701 es la de incluir y permitir la presentación de cualquier testigo no señalado como experto, pero que igualmente su aportación será valiosa para el jurado. En este sentido, amplía el espectro de posibilidades para las partes en su búsqueda de medios probatorios suficientes para apoyar sus teorías y pretensiones.

Según la nota que el comité asesor adjuntó a esta norma, la limitación contenida en la letra (a) se refiere al requerimiento familiar del conocimiento u observación de primera mano. Por su parte, la letra (b) está redactada en términos de requerir que el testimonio sea útil para resolver problemas. Asimismo, el comité reconoció que los testigos a menudo encuentran dificultades para expresarse en un lenguaje que no es el de una opinión o conclusión y que, si

²⁸ “Rule 701. OPINION TESTIMONY BY LAW WITNESSES

If a witness is not testifying as an expert, testimony in the form of an opinion is limited to one that is:

- (a) Rationally bases on the witness’s perception;
- (b) Helpful to clearly understanding the witness’s testimony or to determining a fact in issue; and
- (c) Not based on scientific, technical, or other specialized knowledge within the scope of Rule 702.”

La traducción es propia.

²⁹ “An ordinary person who testifies based upon their personal knowledge and life experiences”. La traducción es propia. Ver US Legal definitions. Disponible en: <https://definitions.uslegal.com/l/lay-witness/>

bien los tribunales han hecho concesiones acerca de ciertas situaciones recurrentes, la necesidad de una norma que permita opiniones y conclusiones con el fin de lograr una administración judicial satisfactoria ha resultado ser demasiado elusiva e inaceptable para situaciones particulares. Aún más, la imposibilidad práctica de determinar por regla lo que es un "hecho" se hace presente. Es por esto que la regla asume que las características naturales del sistema adversario —que es el sistema de Estados Unidos— generalmente conducirán a un resultado aceptable, ya que la explicación detallada conlleva más convicción que la afirmación general, y se puede esperar que un abogado presente su testigo con la mejor ventaja. Si no lo hace, el conainterrogatorio y el argumento señalarán la debilidad de la aportación (Fisher, 2018, p. 163).

Ahora bien, para efectos de la investigación, se hace necesario especificar por qué habría de ser el testimonio de una persona no experta una prueba pericial. En virtud de este cuestionamiento, podemos mencionar que —y en un intento por permitirle a las partes que invoquen esta norma— muchas Cortes han permitido que el dueño de un negocio testifique con respecto al valor de sus ganancias sin la necesidad de calificar como un contador, tasador o algún experto similar, basándose para ello netamente en su conocimiento y en su participación diaria en el negocio.³⁰ En este mismo sentido, las Cortes han permitido que un *Lay Witness* testifique que una sustancia aparente ser narcótica, siempre y cuando se establezca que existe una familiaridad con dicha sustancia³¹. Dichos testimonios se basan en el conocimiento personal de una persona común y corriente, actuando como testigos y representando así mismo la forma de presentación de la prueba pericial en este sistema. Sin embargo, si el testigo de nuestro último ejemplo describiera cómo se fabricó un narcótico o si describiera el funcionamiento complejo de una red de distribución de narcóticos, el testigo tendría que calificar como experto según la Regla 702. Así, concluimos que el sentido de esta norma es el impedir que los testigos comunes (*Lay Witnesses*) se desvíen y midan por una esfera superior como la de los testigos expertos, en

³⁰ Para mayor análisis, se sugiere la lectura de *Lightning Lube, Inc. v. Witco Corp.* 4 F.3d 1153 (3d Cir. 1993).

³¹ Para mayor análisis, se sugiere la lectura de *United States v. Westbrook*, 896 F.2d 330 (8th Cir. 1990), donde dos grandes consumidores de anfetaminas fueron *Lay Witness*, permitiéndoles testificar que una sustancia correspondía a anfetamina.

tanto sus opiniones deben estar basadas en hechos asociados a la percepción de los mismos para lo cual impone el conocimiento personal usual.

c. Rule 703³²: Bases del testimonio de opinión de expertos³³

“Los hechos o datos en el caso particular en el que un experto basa una opinión o inferencia pueden ser los percibidos por el experto o comunicados al mismo en o antes de la audiencia. Si los expertos en el campo en particular confían razonablemente en la formación de opiniones o inferencias sobre el tema, no es necesario que los hechos o datos sean admisibles como evidencia para que la opinión o la inferencia sean admitidas. Los hechos o datos que de otro modo sean inadmisibles no serán revelados al jurado por el proponente de la opinión o inferencia, a menos que el tribunal determine que su valor probatorio para ayudar al jurado a evaluar la opinión del experto supera sustancialmente su efecto perjudicial.”³⁴

En armonía con la Regla 702, podemos concluir que el perito puede emitir opiniones sobre los hechos o responder las preguntas que le efectúen el tribunal o las partes, lo que constituye una clara excepción a la prohibición de que los testigos expresen consideraciones personales (Aguirrezabal, 2012, p. 339). De esta manera, “puede suceder que se permita al perito expresar su propio dictamen acerca de los hechos litigiosos, o extraer inferencias relevantes sobre los hechos en litigio” (Taruffo, 2008, p. 92). Por tanto, en la medida en que él forme parte del juicio como un testigo y se le hagan consultas o interrogantes pertinentes a su aporte en el

³²Esta norma fue enmendada para dirigir razonablemente la admisibilidad de la evidencia una vez proporcionada por el experto, sin ser independientemente y por sí misma admisible.

³³ “Bases of opinion testimony by experts”. La traducción es propia.

³⁴ “The facts or data in the particular case upon which an expert bases an opinion or inference may be those perceived by or made known to the expert at or before the hearing. If of a type reasonably relied upon by experts in the particular field in forming opinions or inferences upon the subject, the facts or data need not be admissible in evidence in order for the opinion or inference to be admitted. Facts or data that are otherwise inadmissible shall not be disclosed to the jury by the proponent of the opinion or inference unless the court determines that their probative value in assisting the jury to evaluate the expert's opinion substantially outweighs their prejudicial effect”. La traducción es propia.

mismo, podrá indiscutiblemente incluir en sus respuestas el aspecto subjetivo que admite este sistema.³⁵

Se continúa, de esta forma, con la suposición de que la preparación a la que han de someterse los peritos en este sistema lleva consigo un plan de acción y de respuesta a cada una de las interrogantes, pudiendo incluir pareceres propios de su persona y no de su profesión en su testimonio y, por tanto, en su aporte como especialista y profesional de la ciencia.

La forma de incorporación de la prueba pericial como testimonio de un experto nos hace pensar que el sistema es propenso a adolecer de vicios, en tanto se puede presentar la posibilidad de que el mismo agente sea contratado una y otra vez en distintos juicios por una destreza que no forma parte a su área de conocimiento específica, sino más bien por su experiencia de someterse a la presión y lograr cargar con la responsabilidad de convencer al jurado en virtud de sus conocimientos y la manera en la que expone los mismos.

En Estados Unidos, el interés que tienen las partes en que se añada la prueba pericial al juicio ha generado una especie de comercio en torno a la sollicitación de los testigos expertos. Esto significa que son los intervinientes quienes “deciden si presentan o no testigos expertos, los eligen, los preparan para el juicio y les pagan” (Taruffo, 2008, p. 90), lo que si bien no quita que el tribunal tenga la facultad de designar peritos de oficio, esta casi nunca se ejerce y en el evento de hacerse, podría poner en duda la validez e imparcialidad del experto solicitado por una de las partes a su favor. De esta forma, la figura del testigo experto se convierte básicamente en un “pistolero a sueldo, dispuesto a servir a la parte que lo convoca” (p. 90).

Lo anterior nos lleva inevitablemente a problematizar tanto la figura del perito como el real aporte que hace al juicio, toda vez que, si bien por definición la prueba pericial tiene por objeto discernir la verdad en torno a los hechos controvertidos, en los hechos su función dista de ello. La función principal de esta prueba termina siendo reforzar la pretensión de la parte interesada pero, en nuestro juicio, los conocimientos del perito pasan a un segundo plano pues

³⁵ Esto -veremos más adelante- corresponde a una disposición totalmente opuesta al tratamiento que se le entrega a la prueba pericial en los sistemas de *civil law*, donde los peritos se ven inhabilitados por las mismas restricciones que los testigos, no pudiendo comparecer en juicio en caso de adolecer de alguna de ellas.

resulta mucho más importante que su sapiencia cuál sea su habilidad para transmitir lo que le ha sido encomendado de forma segura, estoica, convincente y persuasiva, a modo de que logre certeramente contar con la opinión favorable del jurado y así respaldar efectivamente a la parte que le solicita. Esto iría en “perjuicio” del desarrollo total y objetivo del juicio y su terminación con la sentencia final.

Para esto, las partes se ven en la obligación de preparar al perito que han contratado, interrogarlo para que esté listo para responder lo que sea que se le consulte en el modo más preciso, conveniente y creíble, así como también enseñarle a presentarse ante un tribunal de la manera más hábil que pueda, montando una escena y transformando en una especie de espectáculo su aportación al juicio asumiendo un bando que, en la práctica, no debería adquirir. Por supuesto que esta práctica es más que común en el proceso estadounidense, por lo que, del universo de expertos, son muchos los que ya cuentan con la experiencia necesaria para plantarse frente al jurado y expresar sus conocimientos con firmeza y seguridad. Como en todo, existen los profesionales que se especializan en esta área y saben lidiar con las circunstancias anexas a lo que testificar como experto significa, y poseen la experiencia necesaria para el manejo y desenvolvimiento propicio para la parte que le contrata.

Por otro lado, ante una mirada comparativa de este sistema con el sistema inglés, podemos mencionar que en ambos el principio es el mismo, sin embargo, en el último se dice que el testigo experto tiene como deber principal ayudar al jurado a llegar a tomar una decisión justa, y que ese deber incluso está por sobre cualquier otra obligación que pueda tener con la parte que lo presenta.³⁶

La categorización del perito como testigo experto ha traído consigo variados cuestionamientos por parte de los profesionales entendidos en derecho³⁷, siendo ampliamente

³⁶ Así lo señalan las *CIVIL PROCEDURAL RULES*, en su parte número 35: “It is the duty of experts to help the court on matters within their expertise. (2) This duty overrides any obligation to the person from whom experts have received instructions or by whom they are paid.”

³⁷ Esto no resulta sorpresivo, pues los límites de discriminación que debe de aplicar el juzgador al momento de aceptar una prueba científica acompañada en el sistema anglosajón como testimonio de un experto permanecen siendo difusos. De esta manera, el comité sugirió una nota a la *Amended Rule 702* que enfatiza que la labor del juez

criticado en cuanto a “la capacidad del sistema legal de analizar el testimonio experto, las expectativas del sistema legal que son inconsistentes con los principios de buena ciencia, y las funciones contradictorias que el sistema jurídico pide al perito”³⁸. Así también, se ha problematizado la falta de control respecto del estándar conforme al que se efectuará su calificación como perito o testigo experto ya que como mínimo se requiere que sea un profesional capacitado en la materia, circunstancia que el juez difícilmente lo podrá poner en duda. Esta situación, en conjunto con la preparación previa que deben recibir para presentar sus informes ante la Corte, terminan conformando un punto ciego en el proceso jurídico, que podría llevar a decisiones erradas o, en su defecto, imparciales para ambas partes (Taruffo, 2008, pp. 92-93).

Sin embargo, a continuación, veremos una pequeña limitación al poder que se le otorga a estos agentes.

d. Rule 704: Opinión sobre un asunto final³⁹

“(a) En general – No es automáticamente objetable. Una opinión no es objetable sólo porque se refiere a un tema fundamental.

(b) Excepción. En un caso criminal, un testigo experto no debe declarar una opinión acerca de si el acusado tenía o no un estado o condición mental que constituye un elemento del crimen acusado o de una defensa. Esos asuntos son para el hecho solo.”

de decidir si admitir o no un testimonio puede regirse por una lista enunciativa y no taxativa adjunta a la historia de la norma.

³⁸ En este sentido, Shuman, D. W., Whitaker, E., & Champagne, A. (1994). “Criticism of the use of expert witnesses addresses three concerns – the capacity of the legal system to scrutinize expert testimony, the expectations of the legal system that are inconsistent with principles of good science, and the conflicting roles that the legal system asks of the expert witness”. La traducción es propia.

³⁹ “Rule 704. Opinion on an Ultimate Issue

(a) In General — Not Automatically Objectionable. An opinion is not objectionable just because it embraces an ultimate issue.

(b) Exception. In a criminal case, an expert witness must not state an opinion about whether the defendant did or did not have a mental state or condition that constitutes an element of the crime charged or of a defense. Those matters are for the trier of fact alone.” La traducción es propia.

Esta regla es una limitación a la libertad de los testigos expertos, en tanto su propósito principal es el de asistir los hechos, como ya hemos señalado. Por lo tanto, un experto no puede rendir una opinión conclusiva que prevenga al jurado de conducir su propio análisis⁴⁰. De esta forma, se busca resguardar el proceso deliberativo de los jurados a fin de que se respete las garantías mínimas de velar por un proceso justo para las partes del pleito, entendiendo que el valorar las aportaciones es parte esencial para proceder a la toma de decisión final.

Sin embargo, se han registrado casos en los que, aun intentando limitar la libertad de la aportación de un testimonio por aplicación de esta regla, la amplitud de la norma y su consecuente aceptación dejan entrever la imposibilidad de restringir ciertamente una prueba pericial. Así, cabe citar como ejemplo un caso de prescripción ilegal de drogas, en que se le permitió a un experto testificar que él pensaba que la prescripción realizada por el acusado fue “inconsistente con el curso usual de la práctica profesional y carecía de un propósito médico legítimo”. Sobre esta declaración, el tribunal consideró que su testimonio no violó la limitación de la letra (b) de la Regla 704 porque el testigo “no ofreció opinión acerca del estado mental subjetivo del acusado”.⁴¹

e. Rule 705: Revelación de los hechos o los datos que subyacen a la opinión de un experto

“A menos que el tribunal ordene lo contrario, un experto puede emitir una opinión y explicar los motivos, sin antes dar testimonio de los hechos o datos subyacentes. Sin embargo, se puede requerir que el experto divulgue esos hechos o datos en el conainterrogatorio (o método de examinación cruzada).”⁴²

⁴⁰ “The main purpose of Rule 704 is to assist the trier of fact. Therefore, an expert cannot render a conclusory opinion that prevents the jury from conducting their own analysis. Cornell Law School, Legal Information Institute. “Federal Rules of Evidence › ARTICLE VII. OPINIONS AND EXPERT TESTIMONY › Rule 704. Opinion on an Ultimate Issue”. La traducción es propia.

⁴¹ United States v. Kohli, 847 F3d 483, 491 (7th cir. 2017) en MUELLER, Christopher, KIRKPATRICK, Laird y ROSE III, Charles. *Evidence, Practrice under the Rules*. 2017 Cumulative Supplement. Fourth Edition. Wolters Kluwer. p. 125.

⁴² “Rule 705 – Disclosing the Facts or Data Underlying an Expert’s Opinion: Unless the court orders otherwise, an expert may state an opinion — and give the reasons for it — without first testifying to the underlying facts or data. But the expert may be required to disclose those facts or data on cross-examination”. La traducción es propia.

Esta regla le otorga amplitud a la presentación de la prueba pericial aportada como testimonio de un experto, en tanto permite la inclusión de información adicional al simple conocimiento del perito como testigo. En este sentido, si se plantea una cuestión grave en virtud de la Regla 702 o 703 sobre la admisibilidad del testimonio de expertos, es posible que el tribunal necesite la divulgación o revelación de los hechos o datos subyacentes en los que se basan las opiniones antes de decidir si, y en qué medida, la persona debe tener permitido testificar.⁴³ La regla 705 es particularmente importante pues especifica la forma en la que el testimonio de un experto debe establecer su opinión o conclusión (Graham, Capra y Saltzburg, 2015, p. 399).

Lo anterior podemos ejemplificarlo a través del caso *Lapsley*⁴⁴, en donde el demandante alegaba lesiones graves en su lugar de trabajo. Se admitió el testimonio experto a la causa, y se rechazó el alegato de la defensa que aseguró que el experto “no dio suficiente explicación de sus cálculos”, y presentó opiniones “meramente conclusivas”. La revelación de hechos o datos subyacentes "puede dejarse para un interrogatorio", informada por "la base de esa opinión" que el experto que testifica debe poner a disposición (Kirkpatrick y Rose III, 2017, p. 126).

Los estándares normativos de las *Federal Rules of Evidence* han sido ampliamente acogido en tanto las reglas permiten su aportación con bastante libertad, aunque sujeta a las limitaciones antes expuestas, al mismo tiempo; representan la guía del derecho probatorio norteamericano, y facilitan la discriminación de la información en base a parámetros que buscan la objetividad y acogen su tradición casuística.

3. JURISPRUDENCIA: LOS PRECEDENTES QUE DETERMINAN EL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA PERICIAL.

⁴³ Así lo estableció el comité luego de la enmienda a las Federal Rules of Evidence en el año 1993, posteriormente al caso Daubert. “If a serious question is raised under Rule 702 or 703 as to the admissibility of expert testimony, disclosure of the underlying facts or data on which opinions are based may, of course, be needed by the court before deciding whether, and to what extent, the person should be allowed to testify. This rule does not preclude such an inquiry.”

⁴⁴ *Lapsley v. Xtek, Inc.* 689 F. 3d 802, 810 (7th Cir. 2012).

Sabemos que las *Federal Rules of Evidence* son la guía a la que deben ceñir los jueces. Sin embargo, tal como se describió previamente, el ordenamiento de Estados Unidos, sujeto a la tradición del *common Law*, se caracteriza principalmente por acoger un sistema de precedentes. De esta manera, la jurisprudencia representa el eje central del país anglosajón, teniendo una gran importancia e incidiendo, en ese mismo sentido, en la normativa aplicable y las sentencias y decisiones a casos futuros. A continuación, analizaremos aquellos casos que han resultado ser los más emblemáticos en lo que a prueba pericial se refiere.

3.1. EL CASO DE FRYE V. ESTADOS UNIDOS (1923)⁴⁵

Podríamos decir que los parámetros de admisibilidad de la prueba pericial en Estados Unidos encontraron su punto de partida en el año 1923, momento en el cual un fallo de un Tribunal Federal estableció el primer criterio para determinar que una pericia pudiese ser calificada como científica y, por tanto, admisible en el proceso. Es decir, el cuestionamiento no estaba en si se debía admitir o no una prueba científica; estaba en si esta prueba podría ser catalogada como científica, lo que le otorgaría la confianza en que se trata de un supuesto real, comprobado y valioso para el discernimiento de lo controvertido.

Esta primera vara con la que fueron medidos los aportes se debe al caso *Frye* versus Estados Unidos. En la sentencia, se fallaba específicamente lo siguiente:

“Es difícil de definir cuándo justo un principio científico o de descubrimiento cruza la línea entre las etapas experimentales y demostrables. En algún lugar de esta zona desconocida debe reconocerse la fuerza probatoria del principio, y aunque los tribunales recorrerán un largo camino al admitir el testimonio de un experto deducido de un principio científico o descubrimiento bien reconocido, la materia de la cual se realiza la deducción debe ser lo suficientemente establecido para haber ganado aceptación general en el campo particular al que pertenece⁴⁶.

⁴⁵ El caso *Frye* constituyó el inicio del estándar a exigir a la prueba pericial, y fue ampliamente reconocida por fijar dicho parámetro **antes** de la existencia de las FRE.

⁴⁶ “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

De esta manera, un nuevo procedimiento científico, útil para obtener pruebas de una forma innovadora, tendrá que pasar por una etapa experimental en la que deberá, de alguna manera, someterse a verificación por parte de la comunidad científica. Superado eso, podrá ser categorizada como “demostrable” y, por consiguiente, recibirá reconocimiento judicial. Cabe destacar que el estándar de *Frye* no permite que sean sólo algunos expertos lo que validen la nueva técnica, sino que más bien se refiere a que debe ser generalmente aceptada por la comunidad científica relevante, representando una exigencia mayor para su admisibilidad en juicio.

Así, finalmente el llamado *Frye Test*, se resume, según la jurisprudencia, en lo siguiente:

“La regla es que las opiniones de expertos o testigos calificados son admisibles en aquellos casos en que el asunto de la investigación es tal que es improbable que las personas inexpertas demuestren ser capaces de formarse un juicio correcto sobre ella, por la razón de que el tema así pertenece a una ciencia, arte o comercio que requiere un hábito previo o experiencia o estudio en él, para adquirir un conocimiento del mismo. Cuando la pregunta involucrada no está dentro del rango de experiencia o conocimiento común, pero requiere experiencia especial o conocimiento especial, entonces las opiniones de testigos capacitados en esa ciencia, arte o comercio en particular a los cuales se refiere la pregunta son admisibles como evidencia”.⁴⁷

Luego, con nuevas técnicas científicas avicinándose, enseguida el *Frye test* comenzó a recibir fuertes críticas, pues se consideraba que no daba lugar real a la incorporación de las

while the 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.” La traducción es propia. Ver: FRYE v. UNITED STATES. 293 F. 1013 (D.C.. Cir 1923). Análisis disponible en <http://www.law.harvard.edu/publications/evidenceiii/cases/frye.htm> Consultado con fecha 30 de Abril de 2018.

⁴⁷ “The rule is that the opinions of experts or skilled witnesses are admissible in evidence in those cases in which the matter of inquiry is such that inexperienced persons are unlikely to prove capable of forming a correct judgment upon it, for the reason that the subject matter so far partakes of a science, art, or trade as to require a previous habit or experience or study in it, in order to acquire a knowledge of it. When the question involved does not lie within the range of common experience or common knowledge, but requires special experience or special knowledge, then the opinions of witnesses skilled in that particular science, art, or trade to which the question relates are admissible in evidence”. La traducción es propia. FRYE v. UNITED STATES. 293 F. 1013 (D.C.. Cir 1923). Análisis disponible en <https://www.law.ufl.edu/pdf/faculty/little/topic8.pdf>. Consultado con fecha 10 de Abril de 2018.

mismas al ser demasiado hermético y exigente en sus requisitos. Aun así, las Cortes se mantuvieron firmes en su convicción de demandar la aceptación general de la comunidad para ser admitidas en juicio. Sus principales argumentos fueron:

1. "Existe una reserva mínima de expertos que puede examinar críticamente la verosimilitud de una determinación científica en un caso particular";
2. "La prueba Frye bien puede promover un grado de uniformidad de decisión; los jueces individuales cuyas conclusiones particulares pueden diferir con respecto a la confiabilidad de una evidencia científica particular, pueden descubrir un acuerdo sustancial y consenso en la comunidad científica ".
3. "Sin la prueba de Frye o algo similar, la confiabilidad de una técnica científica experimental es probable que se convierta en un tema central en cada ensayo en el que se presente, mientras haya un serio desacuerdo en la comunidad científica sobre su confiabilidad⁴⁸".

Con respecto a la primera observación, creemos que se hace muy difícil de lograr en cada uno de los juicios, pues se debería por lo menos citar a uno de ellos para pedir su opinión en atención a que los jueces no poseen de por sí los conocimientos necesarios para evaluar la técnica novedosa. Con respecto a la segunda, se asegura que se libera a los jueces de las decisiones que pueden ir variando de un caso a otro y otorga uniformidad al criterio, pues deposita la responsabilidad de catalogar la nueva técnica como confiable o no confiable en la comunidad científica. Por último, con respecto a la tercera, se asegura que la determinación de la confiabilidad de las nuevas técnicas se transformaría en el problema principal en cada juicio

⁴⁸ 1) "A minimal reserve of experts exists who can critically examine the validity of a scientific determination in a particular case"

2) "Frye test may well promote a degree of uniformity of decision; individual judges whose particular conclusions may differ regarding the reliability of particular scientific evidence, may discover substantial agreement and consensus in the scientific community".

3) "Without the Frye test or something similar, the reliability of an experimental scientific technique is likely to become a central issue in each trial in which it is introduced, as long as there remains serious disagreement in the scientific community over its reliability." La traducción es propia.

Argumento esgrimido originalmente en la sentencia *Reed v. State*, 283 Md. 374, 388, 391 A.2d 364, 371-72 (1978).

en el que se le incorpore mientras existan serios desacuerdos en la comunidad científica con respecto a su certidumbre.

Sin duda *Frye* fue un gran acierto, pues es evidente que aventurarse e intentar fijar un estándar equivalente para todas las pruebas científicas que quisiesen ser aportadas es muy difícil, dado que hay que verse en la obligación de situarse en todos los supuestos posibles y esperar que aquello que se está dictaminando sea y esté a la altura de lo que las demás Cortes del país necesitan, de modo tal que puedan acogerse a él y mantener una homogeneidad en tanto les sea posible.

No obstante, rápidamente se advirtió que este criterio no fue lo suficientemente preciso en atención a que dejó a la deriva muchas determinaciones que eran necesarias para su correcta aplicación, y que nuevamente tuvieron que ser las Cortes del país las que debieron resolver las dudas que en la medida que se aplicaba iban surgiendo.

El terreno difuso versa en los siguientes cuestionamientos, ¿Quién debe considerar el procedimiento o la nueva técnica como aceptable? ¿Qué debe ser aceptado, específicamente? Y, ¿cuáles son los métodos para que se establezca la aceptación general? A modo de análisis, responderemos las interrogantes a continuación.

3.1.1. QUIÉN DEBE CONSIDERAR EL PROCEDIMIENTO O LA NUEVA TÉCNICA COMO ACEPTABLE

El criterio que se ha convenido en los fallos se materializa en dos fases: en primer término, se debe identificar el campo o área en que la técnica cabe; en segundo término, se debe terminar si dicha técnica ha sido aceptada en el campo determinado, una vez delimitada el área de aplicación.⁴⁹

En el intento de homogenizar la práctica y procedencia del estándar del caso *Frye* (o Test de *Frye*), nos enfrentamos a cierta complejidad al unificar las posiciones. Si bien podemos

⁴⁹ Criterio determinado en la sentencia del caso *United States v. Zeiger*, 350 F. Supp. 685, 687 (D.D.C.), rev'd, 475 F.2d 1280 (D.C. Cir. 1972)

estar de acuerdo en que se deben implementar los mecanismos descritos en el párrafo anterior a modo de acotar el universo de quiénes deben considerar el procedimiento como confiable o aceptable dentro del ámbito de las ciencias, en nuestra opinión, éstos siguen siendo insuficientes y difusos. Sin perjuicio de ello, son la herramienta más adecuada que en consenso se ha logrado implementar.

Es un hecho que el criterio siempre dará para un ámbito de utilización bastante amplio. Sin embargo, a modo ilustrativo podemos aterrizar su operación a través de un ejemplo. Ante la necesidad del juez de dilucidar la causa de muerte en un caso de homicidio, la primera pregunta que debemos realizarnos para discriminar la aceptación o rechazo de una técnica emergente o novedosa corresponderá a qué área de la ciencia está encargada de la resolución de la interrogante del juzgador. Ante dicha interrogante, la respuesta que podemos ofrecer corresponde a la ciencia forense, quien sería por antonomasia el área encargada de la determinación y reconstrucción de la situación que dio origen al caso delictual y, ante ello, no sólo tendrá que reconstruir y señalar las circunstancias de desarrollo de este, sino que también tendrá que precisar el motivo de muerte y la intervención de uno o varios sujetos en el mismo hecho.

Acto seguido, debemos analizar si la técnica empleada para resolver las dudas a través de la prueba pericial ha sido aceptada y reconocida en el campo descrito y delimitado previamente. De esta manera, la autopsia del cadáver por orden judicial puede ser realizada por peritos expertos tanto por métodos tradicionales como también por métodos innovadores. Así, con respecto al primer modo, es común y rutinario el conducto regular de abrir los cuerpos para analizar los órganos que fallaron y las disfunciones que dieron como resultado el fallecimiento de la persona. Sin embargo, una técnica novedosa sería la de la autopsia virtual o *virtopsy* (palabra que combina el concepto de “virtual” con el de “autopsia”), que corresponde a la nueva modalidad de análisis a través de la tecnología de imagen, la cual prontamente podría estar implementándose en la ciencia forense⁵⁰. La técnica de *virtopsy* se basa en el empleo de

⁵⁰ “Employs imaging methods that are also used in clinical medicine such as computed tomography (CT), magnetic resonance imaging (MRI), etc., for the purpose of autopsy and to find the cause of the death”. La traducción es propia. Ver: TEJASWI, K.B y AARTE HARI PERIYA, E. *Virtopsy (virtual autopsy): A new phase in forensic*

imágenes de la misma manera en que se hace en el campo de la medicina clínica, con el propósito de realizar la autopsia necesaria para encontrar la causa de la muerte. Algunos de estos mecanismos son la tomografía computarizada y las imágenes por resonancia magnética. En este sentido, para que una prueba científica conseguida en virtud de este nuevo mecanismo de obtención de evidencia pueda ser presentada y admitida en juicio, el nuevo procedimiento tendrá que haber recibido cierta aceptación general en la comunidad científica, la cual ha de ser previa a su incorporación al proceso.

Con respecto al caso que estamos analizando, para poder comprobar el recibimiento que ha tenido la técnica de la *virtopsy* en la comunidad científica, uno de los métodos que probablemente se podría emplear es el que dice relación con la búsqueda de publicaciones de autores o científicos del área, en donde expresen su opinión acerca de la misma siendo ellos – en calidad de expertos entendidos en el tema y con la competencia suficiente para representar y hacer valer sus críticas- quienes dictaminen su efectividad y confiabilidad. De esta manera, serían los mismos científicos los sujetos competentes de someter a análisis el método o técnica; quienes pueden estudiar la razón de cada uno de los pasos a seguir para su utilización e implementación como vehículo para la obtención de evidencia científica.

3.1.2. QUÉ DEBE SER ACEPTADO

Esta interrogante no ha sido del todo resuelta, lo que evidentemente dificulta su aplicación. Según un comentario de la *National Academy of Sciences*, el criterio de *Frye* “parece requerir aceptación de una teoría subyacente y no sólo de una técnica en sí misma⁵¹” (citado en Giannelli, 1980, p. 1211).

Frente al ejemplo que mencionamos en el apartado anterior, la *virtopsy* debiese ser analizada de modo tal que se estudie no sólo el procedimiento que conlleva su práctica, sino que

investigation. *Journal of forensic dental science*. 5(2): Jul-Dic 2013. 146–148. Disponible online en <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3826044>

⁵¹ “Seems to require acceptance of the underlying theory and not just of the technique itself.” La traducción es propia.

además los fundamentos teóricos que la sustentan y permiten su confiabilidad tanto por los especialistas que la propusieron como de quienes la respaldan y utilizan.

En este sentido, podríamos responder al cuestionamiento advirtiendo que la técnica de la autopsia virtual encuentra su pilar principal en la teoría de aceptación y confiabilidad en las herramientas auxiliares a la labor científica; aquellas que facilitan el trabajo de los especialistas y que a diario son utilizadas.

En este ejemplo, el fundamento teórico de la técnica yace en que la nueva tecnología de imágenes permite obtener una visión muy clara y lo suficientemente nítida del cuerpo humano como para volver innecesaria la técnica de “abrir el cuerpo”. Las máquinas y demás herramientas que se utilizan en la medicina, incluso cuando sólo se busca examinar, son de alto alcance y entregan información igualmente valiosa y suficiente como para los fines de determinar la causa de muerte. Es por lo anterior que la comunidad científica habría de aceptarla: porque confían en las herramientas que tienen a su disposición; en el cumplimiento de las funciones de las mismas; en los resultados y su correlación con la realidad. Los expertos confían en la *virtopsy* porque confían en los aparatos tecnológicos del último tiempo, que son el medio de obtención de información y se fían de sus resultados. Es decir, el respaldo del porqué nació esta nueva técnica de la autopsia virtual y su teoría misma han sido respaldados⁵².

Cabe destacar que un factor importante también podría ser la razón del porqué surgió la nueva técnica, o cuál era la necesidad que impulsó a la comunidad científica decidiera por optar en aventurarse con un nuevo procedimiento. Ante el caso del homicidio antes descrito, podemos agregar que el apuro estaba en la búsqueda de un mecanismo que fuese menos invasivo y/o traumático para las familias de los fallecidos; además de respetar los distintos credos religiosos que estaban en contra de la violación a la integridad del cuerpo humano y su anatomía.

Finalmente, una nueva técnica científica de obtención de información relevante para un juicio también puede corresponder a una nueva forma de aplicación de una teoría bien

⁵² Ciertamente han de existir aún más fundamentos teóricos que sustenten la técnica de la autopsia virtual, algunos más técnicos y asertivos que los que aquí se exponen. Sin embargo, la idea del ejemplo es meramente ilustrativa para aterrizar el criterio que debe de aplicarse ante un tribunal.

establecida, o a la aplicación de una nueva teoría. De este modo, la validación empírica debiese ser reconocida como un método aceptable de establecimiento de la confianza de una nueva técnica.

3.1.3. MÉTODOS PARA ESTABLECER LA ACEPTACIÓN GENERAL

Aunque se cumplan las delimitaciones presentadas en la primera interrogante, aun es necesario decretar la manera en la que esta aceptación de la técnica de obtención de la prueba pericial será reconocida. Para ello se ha determinado que las Cortes han aceptado tres criterios: (a) El testimonio de un experto como respaldo; (b) publicaciones o escritos científicos o legales que lo amparen y reconozcan; (c) la opinión de las Cortes en sus dictámenes judiciales.⁵³

a. El testimonio de un experto como respaldo

Se hace difícil poder discriminar a aquellas personas capacitadas de comparecer ante el tribunal para certificar la confiabilidad de una técnica y, con ello, la admisibilidad de la prueba ofrecida en su virtud. En armonía con la legislación vigente y la forma de ofrecimiento de pruebas en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos, la parte interesada debe buscar un especialista dispuesto a testificar a favor del ofrecimiento, explicar el método y su fundamento. Es importante que este experto sea perteneciente al campo científico al cual corresponde la nueva técnica, de lo contrario no tendría relación suficientemente sólida con su discurso, y carecería de autoridad para convencer al jurado.

Igualmente, podemos notar que este criterio ronda en el mismo sentido que lo hace la primera interrogante que dejó pendiente el *Frye Test*, que dice relación con quién debe considerar el procedimiento como aceptable o confiable.

b. Publicaciones o escritos científicos o legales que lo amparen y reconozcan

⁵³ Ver *Commonwealth v. Lykus*, 367 Mass. 191, 204, 327 N.E.2d 671, 678 (1975); también *People v. Rogers*, 86 Misc. 2d 868, 873, 385 N.Y.S.2d 228, 232 (Sup. Ct. 1976).

Sabemos que, finalmente, son los expertos o científicos debidamente entendidos en el campo al que corresponde la nueva técnica quienes tienen el dictamen final al momento de discriminar si la misma es o no confiable por sí sola.

En este mismo sentido es que debemos depender de ellos mismos y de su comunidad en conjunto para la determinación de la admisión de un método de innovación en la obtención de evidencia científica y pruebas periciales. Sería entonces un mecanismo de establecimiento de aceptación la información vertida en las revistas de medicina o los comentarios respecto de los ensayos que dieron lugar a la técnica; se refiere a algún registro escrito respaldado por un profesional del área en el que conste la confiabilidad del método y su respectiva justificación. Lo anterior se debe a que dichos artículos se corresponden con el concepto de *judicial notice*⁵⁴, una norma del derecho probatorio en que un hecho se toma por cierto en el caso de que sea evidentemente notorio o bien conocido, o tan bien atestiguado por una autoridad, que no puede dudarse de una forma razonable. Así se ha entendido como “la facultad del juez de aceptar como hechos ciertos asuntos que son de conocimiento común en razón de las fuentes que garantizan su exactitud, o son constan en registros oficiales, pudiendo prescindir de la necesidad de evidencia que establezca el hecho” (West’s Encyclopedia of American Law).

Resulta importante mencionar que lo anterior no significa que las Cortes por el mero hecho de existir publicaciones al respecto tomen por cierta y aceptable la técnica de forma inmediata, sino que más bien se refiere a que se consideran notificadas o se dan por informadas de que existen diversos artículos o textos, ya sea legales o científicos, debido a los cuales podemos determinar si se ha logrado la aceptación general de la misma o no. Para ello, es de suma importancia considerar el contenido de estos escritos, a fin de concluir si ha cumplido con el parámetro que el *Frye test* exige para su admisibilidad en juicio.

c. La opinión de las Cortes en sus dictámenes judiciales

Como parte del sistema del *common law*, las Cortes deben considerar las decisiones judiciales previas para determinar si el requisito de la aceptación general ha sido alcanzado o no

⁵⁴ J. Weinstein & M. Berger, *supra* note 28, 200[05].

(Giannelli, 1980, p. 1218). En relación a esto la *National Academy of Sciences* ha mencionado que “las Cortes aparentemente han adoptado un enfoque distinto para el *Frye Test*, el cual da énfasis a los dictámenes judiciales anteriores, considerando la aceptación general no sólo por parte de los científicos, sino también por las Cortes” (p. 1218).

Así, el *Frye Test* funcionó, de cierta manera, como el primer parámetro real para discriminar entre aquello que podía ser de utilidad para el juzgador y de lo que sólo sería *junk science*⁵⁵.

A pesar de las intenciones, este modelo de admisibilidad, como vimos, se vio agrietado por no ser suficiente por sí mismo, dado que –además- dejaba fuera a la nueva ciencia, la cual podría proponer procedimientos innovadores para la obtención de pruebas periciales. Sin embargo, en atención a la falta de reconocimiento, es evidente que existiría el problema de la poca aprobación en la comunidad científica, lo cual podría perjudicarle, aunque tenga alta efectividad. Para estos casos, la mayoría exigida por el parámetro del Test de *Frye* no sería el respaldo suficiente ni justo para dejarla fuera de un juicio.

A mi parecer, tiene mucho sentido que el estándar haya caído en desuso, pues tiene muchas falencias e imprecisiones que fueron reconocidas en los párrafos anteriores, además de que fue prescrito por la dictación de un estatuto en el año 1975.

Por otro lado, con el avance de las nuevas tecnologías y el impulso de la ciencia sería difícil cerrar la admisión o incorporación de las pruebas periciales a un juicio sólo en virtud de un criterio así de hermético. Creo que, de haber persistido vigente, significaría un retroceso, una piedra de tope más que un pilar de sustento para un proceso justo, cuyo propósito siempre será el de conseguir encontrar y descubrir la verdad haciéndose valer de todas las herramientas correspondientes a otorgar la información que es necesaria incorporar.

3.2. EL CASO DAUBERT V. MERRELL DOW PHARM (1993)

⁵⁵ Teorías científicas no probadas ni aceptadas por la comunidad científica en general. Se buscaba evitar un estándar a favor de requerimientos más liberales y menos exigentes que pudiese resultar en la admisión de pruebas inciertas o con falta de fundamentos reales y serios para ser útiles en juicio.

Sabemos que la discusión en torno a la admisibilidad de las pruebas periciales no es nueva ni propia, y se concentra principalmente en los problemas tanto elementales como más complejos aparejados a la validez científica de las pruebas que son rendidas en juicio.

Si bien el *Frye test* nos ofreció uno de los primeros estándares de admisibilidad de la prueba pericial, setenta años después la Corte Suprema Federal norteamericana logró fijar nuevos criterios que hoy son ampliamente reconocidos y citados por la doctrina, y que han logrado dilucidar de cierta forma los requisitos que deben de cumplir las aportaciones de los expertos para poder ser declarados como admisibles en un juicio cuando estas son ofrecidas a través del mecanismo de la opinión de un testigo experto (ofrecida como testimonio). Lo anterior se debe a que este segundo paradigma es más exacto que el del año 1923, por lo que llena aquellos vacíos que el primero no logró responder.

El caso del que hablamos se trata de *Daubert v. Merrel Dow Pharm*⁵⁶, en el cual se terminó por determinar la admisibilidad de la prueba pericial aportada como testimonio de un experto, en un intento por liberar la restricción de la presentación de la prueba pericial como un protocolo para estrechar el campo de los profesionales competentes para ofrecer opinión. En este proceso se discutiría que el Tribunal del Distrito había utilizado los parámetros incorrectos para la admisibilidad de la prueba pericial que *Daubert* había acompañado al juicio, pues sus abogados argumentaban que las Reglas Federales de Evidencia, establecidas por el Congreso de los Estados Unidos en el estatuto de 1975, anulaban el estándar *Frye* (Abboud, 2015). Esto resultó en una apelación ante la Corte de San Francisco, California, donde se lograron fijar nuevos criterios de admisibilidad de la prueba pericial ofrecida como testimonio de un testigo experto y que, por extensión, permitían categorizarla como una real prueba científica.

⁵⁶ A modo meramente expositivo, mencionaremos que el caso expuesto se basa en los siguientes hechos: Dos menores demandaron a Merrel Dow Pharmaceuticals, reclamando que sufrieron un defecto físico llamado “*limb-reduction*” (una enfermedad que consiste en que una parte, o el brazo o pierna completa de un feto no puede formarse completamente durante el embarazo) porque sus madres tomaron *Benedictin*, que prescrito para las náuseas matutinas a más de 17.5 millones de mujeres estadounidenses embarazadas durante los años 1957 y 1982. De esta forma, el caso lidió con una pregunta relacionada directamente a los medio de prueba periciales: ¿cuándo es admisible un testimonio de un científico experto para probar que el *Benedictin* causó los defectos de nacimiento de los demandantes? Ver Fisher (2018).

A modo de aproximación, podemos mencionar que estos nuevos parámetros dicen relación, principalmente, con una combinación de criterios de confiabilidad en el dictamen y el de aceptación por parte de la comunidad científica de los fundamentos que sirven de base al mismo. Lo anterior, debido a que establece que

“el valor probatorio de la prueba dependerá de factores tales como suficiencia, metodología, aplicación, aceptación de la comunidad, calificaciones, parcialidad y discrecionalidad del tribunal para aceptar la prueba y adjudicarle valor probatorio” (Aguirrezabal, 2012, p. 339).

En virtud de este caso fue el tribunal y la jurisprudencia los que se encargaron de responder y dar un criterio cierto a la controversia. Así, se determinó que un elemento de prueba es científicamente válido –y, con ello, admisible- si:

- a) Una teoría o técnica puede ser (y ha sido) sometida a prueba, es decir, se refiere a la controlabilidad y falsabilidad de la teoría científica o técnica en que se fundamenta la prueba;
- b) La teoría o técnica ha sido sometida a revisión entre pares y publicada. Se refiere a la aceptabilidad que ha logrado obtener en la comunidad en atención a un criterio científico previo, el que le exige cierta formalidad y reconocimiento entre los expertos;
- c) Se conoce la tasa de error actual o potencial. Este criterio es sumamente importante, dado que denota la conciencia tanto de los peritos como del juzgador de que evidentemente las técnicas de la ciencia, por más que se rijan por parámetros de exigencia bastante altos, siguen sin poder declararse del todo infalibles, por lo que conocer su nivel de error o porcentaje de acierto es un dato importantísimo al momento de decidir su entrada o no como elemento aportante al juicio;
- d) Hay estándares que controlan la operación de la ciencia o técnica. A modo de reducir el error de los resultados de la ejecución de estas técnicas, se consideran los estándares científicos a los cuales los expertos se ven sometidos a cumplir para poder ejecutar correctamente los análisis requeridos;

- e) La ciencia o técnica tiene un grado significativo de aceptación dentro de la comunidad científica relevante. Para este criterio, se reconoce la importancia del consenso general de la comunidad científica interesada como respaldo y elemento reafirmante del proceso del cual se ha hecho uso y ejecución, admitiendo la necesidad de contar con más expertos que de forma consonante aprueben la técnica utilizada, es decir, la forma en la que la información necesaria ha sido obtenida finalmente (Taruffo, 2008, p. 204).

Estas pequeñas directrices nos ayudan a entender y discriminar la admisibilidad de la prueba pericial. Sin perjuicio que estas 5 directrices parecieran ser un sistema cerrado, lo cierto es que éstas constituyen solo el piso mínimo establecido para determinar la admisibilidad de la prueba pericial. De esta forma, nada obsta que, dependiendo de la naturaleza propia de la ciencia empleada por el *expert witness* para poder esclarecer determinados antecedentes facticos al jurado, sea posible incorporar nuevos criterios para robustecer la fiabilidad epistémica de las conclusiones a las que se pueda arribar mediante el uso de determinada ciencia.

No obstante, existe una controversia que se sostiene aun después de ellas y que presenta relación con el llamado “dilema de la demarcación”, que corresponde a aquel escepticismo que rodea a la comunidad científica en general, en donde se añade que “muchas veces no es fácil -o que incluso es imposible- trazar una distinción clara y precisa entre aquellos métodos científicamente válidos y los que no lo son, en la medida en que la diferencia entre «ciencia» y «no ciencia» es a menudo borrosa e incierta” (Taruffo, p. 204).

Es importante mencionar que esta limitación entre aquello que ha de ser admisible o no en un juicio, en virtud de la discriminación de la aceptación de la técnica, no puede ni debe corresponderle al juez, en tanto son los estándares operantes aquellos que ofrecen y facilitan el trabajo del sentenciador para evitar incurrir en apreciaciones subjetivas con respecto de lo que no tiene conocimientos suficientes para clasificar. En consecuencia, lo que no cumpla con el índice establecido gracias a los parámetros fijados con anterioridad por la jurisprudencia, no es susceptible de ser valorado en juicio dado que no pasará siquiera el control de admisibilidad.

En resumen, el caso *Daubert V. Merrell Dow Pharm* y su posterior aplicación y modificación a la FRE 702, posiciona una gran responsabilidad en el juez. En su rol como *gatekeeper* (Gaeta y Sitnick, 1999) se le faculta a actuar como guardián, haciéndose valer de los

requisitos que en el estándar *Daubert* se fijaron para discriminar aquello que será incorporado a juicio de lo que no. De esta forma, el juez debe evitar el ingreso de evidencia experta que no satisfaga las exigencias de relevancia y confiabilidad que deben de pertenecer a su vez a un campo científico en el cual él no tiene experticia. Así, se establece que el juez no sólo tiene el poder, sino que la obligación de constituirse en un filtro en este tipo de pruebas (Duce, 2005, p. 39), incrementando asimismo su responsabilidad en tanto la decisión que tome no sólo será sostenida en la instancia de la cual él está siendo juzgador, sino que también esta prueba será incorporada a juicio en una posible apelación, a menos que haya “abusado de su discreción⁵⁷”.

3.3. EL CASO JOINER (1997)⁵⁸

Luego de la discusión de *Daubert*, las jurisdicciones norteamericanas tuvieron que enfrentarse a la resolución del caso *Joiner*, la cual vino a complementar el precedente original de 1993.

En el presente caso, Robert Joiner, el demandante, trabajó como electricista desde el año 1973 en *Water & Light Department of Thomasville, Georgia*. Este trabajo consistía en reparar transformadores alrededor de la ciudad, los cuales usaban un mineral a base de aceite que funcionaba como refrigerante (PCB). *Joiner* frecuentemente tenía que trabajar con sus manos y sus brazos en contacto con este químico, el cual ocasionalmente incluso le salpicaba a los ojos y boca. En 1983 se descubrió que el fluido de alguno de esos transformadores contenía PCB⁵⁹, químicos que son altamente peligrosos para la salud de las personas.

En 1992, Robert Joiner, después de ser diagnosticado con cáncer de pulmón, demandó a *General Electric Co.* –fabricante de los transformadores- en el Tribunal Estatal de Georgia, alegando responsabilidad objetiva, negligencia, fraude y agresión, indicando que su enfermedad fue promovida por la exposición laboral a PCB químico y sus derivados, incluidos dibenzofuranos policlorados (furanos) y dibenzodioxinas policloradas (dioxinas). En esta

⁵⁷Esto lo analizaremos a continuación en el caso de *General Electric Co. v. Joiner*.

⁵⁸*Joiner v. General Electric Co.* 522 U.S. 136, 118 S. Ct. 512, 139 L. Ed. 2d 508, 1997 U.S. 7503.

⁵⁹ PCB o bifenilos policlorados son un grupo de compuestos sintéticos que en el pasado se utilizaban frecuentemente, sobre todo en aparatos eléctricos.

instancia, Joiner proporcionó al Tribunal de Distrito declaraciones de peritos que testificaron que los PCB, los furanos y las dioxinas pueden promover el cáncer y que ésta fue la causa probable de su cáncer.

El Tribunal del Distrito de Georgia dictaminó que existía una verdadera cuestión de hecho. Sin embargo, otorgó sentencia sumaria a *General Electric* y el caso fue desestimado, argumentando que no había certeza en cuanto a si *Joiner* había estado expuesto a furanos y dioxinas, agregando a ello que el testimonio de sus expertos no había demostrado que existiera un vínculo entre la exposición a PCB y el cáncer de pulmón de células pequeñas.

Joiner apeló, y en segunda instancia la Corte de Apelaciones revirtió la decisión y sostuvo que el Tribunal de Distrito cometió un error al excluir el testimonio de los peritos de *Joiner*, aplicando un estricto estándar de revisión para llegar a su conclusión.

Es por lo anterior, que la causa llegó al Tribunal Supremo, quien otorgó el derecho de revisión⁶⁰ con la única intención de determinar cuál es el estándar que una Corte de Apelaciones debe aplicar al momento de revisar la decisión de un tribunal de distrito respecto de la admisión o desestimación el testimonio de un experto bajo *Daubert*⁶¹. Este último dio la razón al tribunal de primera instancia. Así, el *Chief of Justice*⁶² Rehnquist, estableció que “(1) el estándar de “abuso de discreción” es el estándar aplicable para la decisión de la Corte de Distrito de Georgia sobre si excluir la prueba científica; (2) La Corte de Distrito de Georgia no abusó de su discreción al excluir el testimonio experto basado en estudios que indicaban que ratones desarrollaron cáncer después de recibir dosis masivas de PBCs; y(3) La Corte de Distrito no abusó de su discreción al excluir un testimonio de un experto basado en estudios epidemiológicos.”⁶³

⁶⁰*Granted certiorari.*

⁶¹ “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*”. La traducción es propia.

⁶² Literalmente, la traducción sería “Jefe de justicia”. Sin embargo, en el sistema chileno y sólo para efectos de homologar la autoridad que este cargo reviste, sería el Presidente de la Corte Suprema.

⁶³ *General Electric Company v. Joiner*. (n.d.). *Oyez. Análisis*. Disponible en línea en <https://www.oyez.org/cases/1997/96-188>

Así, el precedente de *Joiner* se acopla a lo expuesto por *Daubert*, sosteniendo que el abuso de discreción –la norma que normalmente se aplica a la revisión de las decisiones probatorias– es la norma adecuada para revisar la decisión de un tribunal de distrito sobre si se debe de admitir o excluir la evidencia científica de expertos. Además, el Tribunal sostuvo que la aplicación correcta del estándar de revisión indica que el Tribunal de Distrito no cometió un error al excluir el testimonio experto en cuestión, pues –como dictaminó Rehnquist- "las Reglas Federales de Evidencia entregan al juez de primera instancia el rol de "guardián"⁶⁴, siendo él el encargado de evaluar tales pruebas. Un tribunal de Apelaciones que aplique una revisión de "abuso de discreción" a tales fallos puede no distinguir categóricamente resoluciones que permiten el testimonio de expertos y fallos que no lo permiten⁶⁵.

La importancia de *Joiner* es evidente ya que representa el parámetro por el cual se rige hoy la admisibilidad de la prueba científica en el sistema norteamericano, indicando que las conclusiones de los peritos expertos deben superar el escrutinio o examen profundo de las *trial court* o Cortes de primera instancia, ya que “nada en *Daubert* ni en las Reglas Federales de Evidencia requiere que un tribunal de distrito admita la opinión de un testigo experto que esté conectada a la información existente solo por el *ipse dixit*⁶⁶ del experto. Un tribunal puede concluir que simplemente existe una brecha analítica demasiado grande entre los datos y la opinión ofrecida.”⁶⁷

Con el dictamen anterior, se establece de forma cierta que son los tribunales de primera instancia quienes deben de cumplir con el rol de *guardián* de la prueba, agregando una arista a considerar a lo primeramente establecido por *Daubert*, estableciendo que el abuso de discreción es el estándar apropiado de revisión para la decisión probatoria de un tribunal de distrito.

3.4. EL CASO KUMHO (1999)⁶⁸

⁶⁴ “Gatekeeper”

⁶⁵ *General Electric Company v. Joiner*. (n.d.). Op. Cit.

⁶⁶ *Ipse dixit* es una expresión latina que aparece originalmente en Cicerón que significa “porque él lo dice”, indicando que algo se acepta "incluso sin razón".

⁶⁷ *Joiner*, 522 U.S at 146. En FISHER, George. Op. Cit. p. 805.

⁶⁸ *Kumho Tire Company, LTD., et al, petitioners, v. Patrick Carmichael, etc, et al.* 526 U.S 137, 143 L.Ed.2d 238.

El caso *Kumho* representa la última parte de *la trilogía Daubert*, integrándose a los parámetros a los que se debe ajustar la prueba pericial en el sistema anglosajón. De este modo, viene a suplir la necesidad de determinar si es la obligación de custodia o de guardián del juez de primera instancia la que deberá aplicarse al testimonio basado en la habilidad o la experiencia como lo hace en el testimonio basado en el conocimiento científico, según las Reglas Federales de Evidencia

En 1993, el neumático trasero derecho de una minivan conducida por Patrick Carmichael se reventó y el vehículo se volcó. Un pasajero murió en el accidente y varios otros resultaron gravemente heridos. Posteriormente, los Carmichaels presentaron una demanda en contra *Kumho Tire Company* y otros, en calidad de fabricantes, alegando que el neumático estaba defectuoso.

La importancia de *Kumho*, para efectos de nuestro estudio, radica en que el caso de los Carmichaels giró en torno al testimonio de Dennis Carlson, Jr., un experto en análisis de fallas de llantas. Carlson intentó declarar para respaldar la conclusión de Carmichaels de que un defecto en la fabricación o el diseño del neumático causó la explosión. Así, y con la intención de apoyar su conclusión, Carlson usó una metodología que fue parcialmente discutida.

La compañía *Kumho* solicitó la exclusión del testimonio de Carlson sobre la base de que su metodología no cumplió con la Regla 702 que analizamos previamente, relativa a un criterio de necesidad de la prueba pericial. Ante ello, el Tribunal del Distrito Federal concedió la moción, excluyó el testimonio de Carlson y emitió un juicio sumario para *Kumho*, pues consideró que la metodología de Carlson no era lo suficientemente confiable. Por su parte, la Corte de Apelaciones revirtió la decisión del tribunal de primera instancia, llegando a la conclusión de que las obligaciones del juez de primera se limitaban al contexto científico, y no al testimonio de Carlson, que el tribunal caracterizó como basado en habilidades o experiencia.

Consecutivamente los demandados solicitaron una revisión a la Corte Suprema. Allí, en una opinión emitida por la Jueza Stephen G. Breyer, la Corte sostuvo que: “(1) La obligación de "custodia" de Daubert, que requiere una investigación tanto de relevancia como de confiabilidad, se aplica no sólo al testimonio "científico", sino a todo el testimonio de expertos. (2) cuando se evalúa la confiabilidad del testimonio del experto investigador, el tribunal de

primera instancia puede considerar los factores de Daubert en la medida en que sea relevante; y (3) tribunal de primera instancia no abusó de su discreción en la aplicación de Daubert para excluir el testimonio del experto en el análisis de las fallas de neumáticos que el neumático en particular falló debido a un defecto de fabricación o diseño”.⁶⁹

Con esto, la respuesta a la pregunta inicial planteada en la presentación del caso es si la obligación del juez de primera instancia otorgada por *Daubert* y posteriormente incluida en las Reglas Federales de Evidencia, se aplicaría al testimonio basado en la habilidad o la experiencia del mismo modo en que lo hace en el testimonio basado en el conocimiento científico. Con ello, *Kumho* viene a proveer una precisión necesaria que hasta entonces se encontraba ausente, convirtiéndose en un precedente imprescindible para la aplicación del parámetro prevalecido en virtud de *Daubert*.

⁶⁹ “(1) Daubert's ‘gatekeeping’ obligation, requiring an inquiry into both relevance and reliability, applies not only to “scientific” testimony, but to all expert testimony. (2) when assessing reliability of engineering expert's testimony, trial court may consider the Dauber factors to the extent relevant; and (3) trial court did not abuse its discretion in its application of Daubert to exclude tire failure analyst's expert testimony that particular tire failed due to manufacturing or design defect”. *Kumho Tire Company, Ltd. v. Carmichael*. 526 u.s 137, 143 L.Ed.2d. 238 (1999). La traducción es propia.

CAPÍTULO III: EL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA PERICIAL EN EL SISTEMA CHILENO

1. EL SISTEMA CONTINENTAL O DE BASE ROMANO-GERMÁNICA

En el sistema continental podemos identificar brevemente tres etapas (David y Jauffret-Spinosi, 2010, p. 22). En primer lugar, la etapa relativa al derecho consuetudinario, entendiendo por éste aquél que se “refiere a una estrecha relación entre lo que una sociedad considera correcto o justo” (Castillo, 2009, p.16). Luego, podemos entender que tiene limitaciones relacionadas directamente con aquello que es socialmente valorado, compartido y entendido como correcto aun relativamente por las personas que integran dicho grupo social en un determinado espacio temporal y territorial. Es entonces cómo, a través de aquello que no está escrito, pero se entiende y respeta ya sea consciente o inconscientemente e inclusive de forma colectiva, los sujetos de derecho de la época desarrollaban específicos comportamientos y abarcaban la resolución de conflictos, lo que también respondía, en esos momentos, a su necesidad de sobrevivir a como comunidad, con el sentido y significado necesario para cada uno de sus integrantes.

La segunda etapa, aquella del periodo de derecho legislado o positivo, está basada principalmente en la necesidad y concurrencia de la escrituración de las normas sociales. De esta manera, el derecho responde ya no sólo a concepciones sino a más bien un derecho objetivo. El derecho legislado o positivo (*lex positiva*) es aquella “puesta o impuesta por el legislador” (Real Academia de la Lengua Española). Es decir, básicamente, es el derecho creado por el órgano legislativo competente, cuyo poder de legislar se resguarda en una norma previa que, a su vez, le otorga dicha facultad.

Y, por último, con la expansión del sistema romano-germánico fuera del continente europeo, se produce la tercera etapa, la que surge en virtud de la colonización de nuestro continente, principalmente en la región Latinoamericana. El proceso de codificación de la etapa anterior y adoptado en los siglos XIX y XX favoreció el desarrollo en numerosos países (David y Jauffret-Spinosi, 2010), toda vez que, si bien un derecho primitivo pudo haber imperado en la

práctica fuera de los centros urbanos, conforme las nuevas sociedades americanas alcanzaban mayores grados de desarrollo, el derecho de corte eminentemente práctico fue deviniendo en uno de carácter erudito o positivo (p. 51).

Con todo, si hay algo que tenemos que destacar acerca de esta familia jurídica, es que “el elemento sobresaliente en su análisis es que el sistema romano-germánico estaría y está dominado por la legislación” (David y Jauffret-Spinosi, 2010, p. 23), siendo la diferencia esencial respecto del *common law* y su base en la jurisprudencia o también llamados *outcomes*. Esto, aun cuando se reconocen en esta tradición jurídica como fuentes del derecho no sólo la ley, sino, además de ella, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y algunos principios superiores, siempre es la primera la predominante.

Esto también marca una diferencia esencial en cuanto a la flexibilidad de la regulación respecto de lo que sucede con el sistema norteamericano, que trataremos y analizaremos a profundidad más adelante, y que quedará mejor reflejado en los apartados siguientes relativos a la prueba pericial en Chile, en específico.

1.1. NORMATIVA APLICABLE A LA PRUEBA PERICIAL EN EL DERECHO CHILENO

En el presente apartado revisaremos la regulación referida a la prueba pericial en nuestro país. Para esto, veremos los principales cuerpos normativos donde la encontramos, a saber: el Código de Procedimiento Civil y el Código Procesal Penal.

1.1.1. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

El Código de Procedimiento Civil (en adelante “CPC”) es la ley que rige los procedimientos del carácter que su nombre contiene. Fue promulgado el 28 de agosto del año 1902 y publicado el 30 de agosto del mismo año, sufriendo múltiples modificaciones hasta la fecha, siendo su última versión la de fecha 14 de mayo de 2019.

El CPC consta de cuatro libros. Dentro del libro segundo, titulado “Del juicio ordinario”, se encuentra el título XI “De los medios de prueba en particular”, en el cual podemos encontrar,

a su vez, en el número 6, lo relativo “Del informe de peritos”, comprendiendo así la regulación de la prueba pericial en específico desde el artículo 409 al 425.

1.1.2. AUTO ACORDADO DE LA CORTE SUPREMA SOBRE CONFECCIÓN DE LISTA DE PERITOS EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL⁷⁰

Como veremos próximamente, en sede civil la prueba pericial o, como lo llama nuestro CPC, el “informe de peritos”, debe ser elaborado por individuos con una calidad profesional suficiente para servir su reconocimiento como medio probatorio, los cuales son designados a partir de una lista previamente confeccionada.

Sin embargo, pareciera importante hacer una breve referencia acerca de qué entendemos por Auto Acordado (en adelante AA) “aquellas determinaciones que toma la Corte Suprema o alguna de las Cortes de Apelaciones para corregir el servicio judicial. Entre las principales medidas que se adoptan, figura el desarrollo de las materias que no han sido consideradas en la legislación procesal” (Andrade, 1949, p. 116).

Si de discutir la naturaleza jurídica de los AA se tratase, podríamos adentrarnos en una lata discusión que no compete el estudio del presente análisis, por lo que nos conformaremos con la definición ya ofrecida y agregaremos que, además, constituyen una de las fuentes formales del derecho.

Con el concepto de AA ya limitado, es que podemos indicar que en ejercicio de las facultades que el Tribunal Pleno de la Corte Suprema confirió a don Sergio Muñoz Gajardo, presidente de la Excelentísima Corte Suprema del año 2013, y teniendo presente lo dispuesto por el artículo 416 bis del CPC, incorporado por la ley N°20.192 que viene a modificar ciertas disposiciones del Código de Procedimiento Civil, se acordó, en virtud del antecedente administrativo signado AD-901-2011, refundir el Acta N° 140-2007 de 10 de agosto de 2007,

⁷⁰ Disponible en línea en la página oficial de la Biblioteca del Congreso nacional de Chile, enlace: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1058106>.

para convenir en el AA que hoy regula en la actualidad la Confección de Lista de Peritos en el Procedimiento Civil.

El mentado AA fue por tanto promulgado con fecha 27 de diciembre de 2013, publicado el 10 de enero de 2014 y mantiene su versión única de esa fecha, sin haber sufrido modificaciones posteriores. El texto contiene 8 artículos, que analizaremos a continuación.

Primero, haciendo referencia a su concepto, es efectivo que, como prontamente analizaremos, el CPC carece de por sí de una regulación referente a la conformación de la lista de peritos a la que se remite con reiteración. Es así como el artículo 1 del AA de la Corte Suprema sobre la materia en comento, viene en suplir aquella falencia:

Artículo 1º. - Formación de Lista de Peritos. Cada dos años las Cortes de Apelaciones del país formarán listas de peritos conforme a las especialidades que se determinen.

Dichas nóminas se elevarán a la Corte Suprema, la cual formará las listas definitivas, por Cortes de Apelaciones, las que regirán para el bienio siguiente, por lo que deberán quedar conformadas a más tardar el mes de diciembre del término del bienio.

Es entonces gracias a esta primera disposición que tenemos un inicial acercamiento a los plazos (dos años) en que permanecerán vigentes las listas de peritos que, como también indica el artículo, las forman las Cortes de Apelaciones y que con posterioridad son elevadas a la Corte Suprema para que de forma definitiva las apruebe y publique. Esto, a más tardar el último mes de cada bienio.

Artículo 2º. - Especialidades. Cada Corte de Apelaciones formará un conjunto de especialidades en las que se podrá postular por los interesados, las que se procurará queden agrupadas por las siguientes áreas: Administración de Empresas, Agronomía, Arquitectura, Asistente o Trabajador Social, Biología, Bioquímica, y Construcción Civil, Enfermería, Fonoaudiología, Ingeniería Civil, en sus distintas menciones y especialidades, Ingeniería de Ejecución en sus distintas menciones; Medicina, en sus distintas especialidades, Medicina Veterinaria, Odontología, Pedagogía y Educación, Psicología y Química y Farmacia. Además, se contemplarán otras áreas, tales como: acuicultura, antropología, arqueología, arte, auditoría, balística, calígrafo y documentación, computación, derecho internacional privado y

público, ecología, filmaciones y audio, fotografía, geología y minería, geomensura, infectología e intoxicaciones, investigación de hechos del tránsito, joyería, medio ambiente y contaminación en sus distintas especies, mecánica automotriz, meteorología, montaña y alpinismo, nutrición, prevención de riesgos, traductor e intérprete, topografía y turismo.

Las Cortes de Apelaciones fijarán cada bienio el número de peritos que estimen necesarios para cubrir los requerimientos jurisdiccionales, procurando mantener una oferta adecuada a la cantidad de tribunales.

En virtud de este segundo artículo es que podemos identificar las esferas profesionales que se contemplan y buscan abarcar para efectos de obtener los informes necesarios por los expertos registrados que, posteriormente, revestirán el carácter de medio probatorio y deberán regularse según las normas del CPC. Aquellas personas que por su profesión u oficio se interesen en prestar sus servicios en el área de su experticia, tal como se señala, deberán efectivamente postular para poder revestir el cargo y obtener su reconocimiento.

Sucesivamente, resulta importante remarcar el hecho de que no sólo existe presencia de ciencias ciertas o científicas, sino también sociales, como lo son la psicología, antropología, trabajo social, por mencionar algunas del listado.

A su vez, la disposición en comento establece la facultad libre y/o prudencial de las Cortes de Apelaciones para fijar el número de peritos que estimen conveniente para cada área. Deducimos que se debe al reconocimiento que hace la Corte Suprema de que las Cortes de Apelaciones mantienen mayor cercanía y conocimiento más cabal de las necesidades de sus tribunales inferiores y, cómo no, de aquéllas Cortes y su funcionamiento y/o carga a su propio tiempo, ya que son ellas quienes conocen de los asuntos que han de ser revisados a partir de la interposición de recursos, y no sólo de ello, sino también de la carga que mantienen a través de la recurrente confección semanal de las tablas en virtud de las cuales se ven las causas en mencionados tribunales colegiados superiores. La Corte Suprema, como bien sabemos, si bien está en la cúspide de la orgánica de nuestro ordenamiento procesal chileno, mantiene una competencia más acotada y extraordinaria.

Artículo 3°. - Concurso Público. Para formar las listas que se propondrán a la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones del país convocarán a un concurso público a lo menos el último día hábil del mes de julio del fin del bienio, el que se cerrará el último día hábil del mes de agosto. Este llamado se efectuará mediante publicación única y general para todas las Cortes del país en aviso en el Diario Oficial, en la página web del Poder Judicial y edictos en las Cortes de Apelaciones. Sin perjuicio de lo anterior, se podrá dirigir comunicación mediante correo electrónico a los peritos que figuren en los listados ya confeccionados.

Las postulaciones se efectuarán mediante presentación escrita, indicando la especialidad; identificación personal completa; Además, se acompañará copia autorizada del título profesional, o el que le habilite para desempeñar la especialidad, certificado de antecedentes para fines especiales; currículum vitae y fotografía tamaño pasaporte.

El postulante podrá adjuntar los demás antecedentes relevantes que estime pertinentes.

Este artículo viene en regular de forma clara, expresa y específica la forma en que se realiza el proceso. De esta forma, se realizará a través de un concurso público, vía por la que los postulantes pueden optar a conseguir un puesto en la lista o mantener el ya obtenido, la oportunidad en la que el proceso tendrá ocurrencia (entre meses de julio y agosto), y los requisitos de forma y fondo.

Artículo 4°. - Informes previos a resolver. Las Cortes de Apelaciones solicitarán informes de desempeño de los peritos a los juzgados de la jurisdicción; se requerirá información a la Policía de Investigaciones, Carabineros, Colegio de Abogados y el respectivo colegio profesional, en su caso. Transcurrido el plazo de treinta días, se resolverá prescindiendo de los informes no evacuados.

A partir de la base de toma de decisiones informadas y responsables, se estableció por medio de este artículo la facultad de evaluar a los postulantes respecto de su aptitud y diligencia, nos atrevemos a mencionar que responde a una gran iniciativa para filtrar y conseguir efectivamente a las mejores personas para el cargo, considerando la gran incidencia que tendrán en la resolución de los conflictos de relevancia jurídica que se den en el orden temporal y dentro del territorio de la república.

Esto no es baladí, ya que, bien como postula VÁSQUEZ (2015), “es necesario disponer de información empírica sobre cómo están funcionando nuestros tribunales, entre otras cosas: qué tipo de pericias se llevan a cabo, en qué procesos son determinantes, cuáles son sus deficiencias, etcétera” (p. 280).

Artículo 5°. - Criterios para resolver. Las Cortes de Apelaciones tendrán presente al confeccionar las listas:

a) Acreditación de los conocimientos especiales de alguna ciencia, arte o especialidad, para la cual se tendrá especialmente en consideración la vinculación del candidato con la docencia y la investigación universitaria;

b) Los años de experiencia acreditados mediante título profesional u otra forma que sea digno de producirse;

c) Los informes de los jueces, policías, Colegio de Abogados y reclamos o felicitaciones expresadas por instituciones o particulares y de los respectivos colegios profesionales, en su caso;

d) Cualquier otro antecedente que se relacione con su desempeño como perito, profesional o en la ciencia, arte o especialidad, como en general, que diga relación con su idoneidad, probidad y ética.

La presentación de parámetros a tener en consideración para la selección que contempla este artículo creemos que permite reflejar la intención de transparencia de la Corte respecto del proceso mismo. Así también permite al postulante poder conocer *a priori* cuáles serán los puntos que se tomarán en cuenta por el tribunal para efectivamente discriminar a los interesados, lo que a su vez ayuda a evitar –a juicio propio– la postulación innecesaria o de cierta manera impróspera, buscando que cada uno haga un examen personal de si cree o no contar con los estándares adecuados en relación con aquellos criterios para ser elegido.

Artículo 6°. - Confección de las Listas de Peritos. Durante el mes de octubre del término del bienio se confeccionará la nómina de los peritos seleccionados por las Cortes de Apelaciones y se remitirán a la Corte Suprema, a lo menos el último día hábil del citado mes.

La decisión por la que se excluye o no se incorpora en la nómina de peritos a los postulantes será someramente fundada.

La inclusión en la nómina se notificará a los interesados por el estado diario o correo electrónico si se ha fijado dirección electrónica.

A partir de este artículo se informa acerca de cómo será la etapa de selección y comunicación de la decisión propiamente tal. Suponiendo que la Corte debe de recibir una gran cantidad de postulaciones, creemos que tener especial atención en fundamentar –aunque sea someramente– la decisión tomada significa a lo menos una consideración y agradecimiento, aun sucinto, de la intención e inversión del tiempo del postulante al intentar conseguir un puesto en la nómina. La notificación de aquellas decisiones responde a la regla general de nuestro ordenamiento procesal civil.

Artículo 7°. - Reclamos. Los interesados podrán formular reclamo en contra de la decisión que no les incluye en la nómina de peritos dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación por el estado diario, todos los que se elevarán conjuntamente a la Corte Suprema.

Gracias a esta norma, se le reconoce a los postulantes el derecho a solicitar se reconsidere la decisión tomada por la Corte, y establece, a su vez, el plazo y oportunidad para ejercerlo. Esto denota nuevamente un reconocimiento y consideración a la intención de los interesados, entregándoles la mentada posibilidad de elevar un reclamo al tribunal superior en caso de disconformidad.

Artículo 8°. - Formación de la lista de peritos por la Corte Suprema. Recibidos los antecedentes relativos a la proposición de listas de peritos de las Cortes de Apelaciones del país, la Corte Suprema procederá a resolver los reclamos y estudiar antecedentes enviados, conformando las listas definitivas de peritos por Cortes de Apelaciones, conforme a las especialidades definidas por cada tribunal de alzada.

En la lista definitiva se podrá suprimir o agregar nombres por la Corte Suprema, sin expresión de causa.

La lista definitiva de peritos se remitirá a cada Corte de Apelaciones a más tardar en el mes de diciembre del término del bienio y se publicará en el sitio web del Poder Judicial.

Finalmente, el último artículo fija la forma de terminación del proceso, estableciendo que se estudiarán los antecedentes y resolverán los reclamos para obtener las listas definitivas según área.

También dispone una facultad discrecional de agregar o suprimir nombres sin expresión de causa por parte de la Corte Suprema, lo que viene en opacar el llamado reconocimiento o consideración al postulante que veníamos halagando en los dos artículos precedentes. Esto presenta dudas respecto a la decisión, la cual que incide en el desarrollo de la actividad procesal del sistema completo, considerando el desempeño e importancia de la prueba pericial. Suponemos que aquello tiene sus fundamentos de economía y jerarquía de la Corte. Con lo dicho, concluimos que, si bien es cuestionable, es, al mismo tiempo, necesario dejar expreso que la última palabra siempre corresponderá al máximo tribunal.

1.1.3. CÓDIGO PROCESAL PENAL

El Código Procesal Penal (en adelante, “CPP”) es la ley que regula, como también indica su nombre, el proceso penal. Corresponde a uno de los cuerpos legales más recientes de nuestro ordenamiento, y como tal, uno de los más ajustados a las realidades contemporáneas.

Fue aprobado en virtud de la Ley N° 19.696 promulgada el 29 de septiembre del año 2000 y publicada el 12 de octubre del mismo año, en el marco de la *Reforma Procesal Penal*. Sin embargo, comenzó a implementarse gradualmente en nuestro país, desde el año 2000 al año 2005, y vino en modificar el sistema de carácter eminentemente inquisitivo del cual dotaba el antiguo Código de Procedimiento Penal a un sistema de carácter predominante acusatorio, formal, oral y público. Su última modificación se efectuó en marzo de este año, con la Ley N° 21.212 relativa a materia de femicidio.

El CPP consta también de cuatro libros. Dentro del libro segundo, titulado “Procedimiento ordinario”, se encuentra el título III, “Juicio oral”, en el cual podemos encontrar, a su vez, en el párrafo 6°, lo relativo al “Informe de peritos”, comprendiendo así la regulación de la prueba pericial en específico desde el artículo 314 al 322.

1.2. LA PRUEBA PERICIAL EN SEDE CIVIL

En este apartado revisaremos la aplicación de la prueba pericial en procesos civiles, con motivos de analizar el tratamiento que ésta tiene en nuestro ordenamiento jurídico, reconociendo sus principales elementos, normativa e incidencia en los procesos de esta competencia.

La prueba pericial, en materia civil, se encuentra regulada a partir del artículo 409 CPC, refiriéndose a ella como informe de peritos. Si bien no existe una definición legal de lo que se entiende por informe de peritos, en cuanto al objeto de la misma “se coincide en la doctrina en señalar que ella se limita a los hechos controvertidos para cuya apreciación se requieran de conocimientos especiales y el derecho extranjero, además de que puede ser múltiple: a) una actividad de contribución a la correcta comprensión de los hechos, para aquellos supuestos en los que la correcta comprensión de los hechos exige conocimientos especializados; b) una actividad de deducción, que permite extraer conclusiones que únicamente pueden ser determinados en virtud de conocimientos especializados, o c) una individualización de máximas de la experiencia especializadas, ya que se pide al perito sólo la indicación de las señaladas reglas especializadas, para que el juez las pueda tomar en consideración en el momento de valoración de las pruebas.” (Palomo, 2014, p. 373).

El informe de peritos es el sustento externo (Meneses, 2015, p. 43) de la prueba pericial, conocido como medio de prueba⁷¹, lo que a su vez resulta en una gran diferencia, según veremos,

⁷¹ Consideramos importante mencionar que no es pacífico en doctrina la naturaleza jurídica de la prueba pericial. Para evidenciar esto, podemos hacer referencia a lo compilado por Viada (1951): “Existen tres grupos delimitados acerca de la naturaleza jurídica de la pericia. A) Pericia como medio de prueba: Florián, que sostiene que tiene dicho carácter en cuanto sirve para proporcionar al juez el conocimiento de un objeto de prueba. Por eso dice que es *órgano de prueba*. Sabatini, más sutilmente que el anterior, opina que la prueba no consiste en el parecer del perito, sino en los *elementos* que él, con procedimiento técnico, pone en evidencia. Para Stoppato, la pericia es un medio de prueba, porque la prueba consiste, no en la afirmación del hecho, sino *en el hecho relevado*. La relación entre lo desconocido y lo conocido por intervención del perito es un medio por el que se adquiere la certeza de la existencia de un hecho (...). B) Peritaje como órgano auxiliar del juez. Ricci expuso con toda claridad que la pericia no se podía comprender entre los verdaderos medios de prueba y que, en realidad, los peritos eran auxiliares del juez (...) Más adelante dice Bonnier que es muy difícil no ver en el perito investido de sus funciones por medio del juramento una especie de delegado de la autoridad judicial. Para Goldshmidt, el perito, en cuanto facilita noticias sobre el estado de una cosa, puede considerársele como un intermediario del reconocimiento judicial. Von Kries sostiene de manera categórica que los peritos deben ser caracterizados como auxiliares del Juez (...) C) Opiniones eclécticas: Según Heusler, el perito es facilitado por las partes, distinguiéndolo de aquellos medios de conocimiento que son elegidos por el Juez, y diciendo que la naturaleza jurídica de la pericia dependerá del sistema de

con el proceso penal y, aún más, con el sistema norteamericano. Lo anterior, tal como lo ha definido la jurisprudencia: Los medios probatorios pueden ser: Directos o por percepción inmediata del juez (inspección personal del tribunal) o indirectos o por representaciones que proporcionan las “cosas (documentos)” y el “relato de terceros”, como es el caso de la prueba pericial, donde el tribunal **no tiene** un contacto inmediato con la prueba.

Por eso es importante mencionar que las “fuentes de prueba” son distintos a los “medios de prueba”, distinción que se debe inicialmente a CARNELUTTI (1995). Así, la fuente de prueba corresponde a los elementos que existen en un plano anterior y ajeno al juicio; y los medios de prueba⁷² al material que la ley considera idóneo para los fines de la prueba en el proceso jurisdiccional. Aún más, al proceso de conocimiento judicial podemos denominarlo medio de prueba, y al hecho sobre el que recae la actividad es la fuente de prueba (p. 70).

En el caso del informe de peritos, la fuente en particular correspondería a la apreciación personal del perito acerca de un tema de su experticia, ya que “la base de la prueba está compuesta por los datos empíricos que existen en forma previa al proceso, desde donde debe comenzar el análisis del asunto” (Meneses Pacheco, 2008); y el medio, el informe que hace llegar al tribunal para efectos de que éste lo valore y considere en el proceso.

A continuación, haremos un estudio de las disposiciones normativas que aplican a la prueba pericial en esta sede.

1.2.1. DEL INFORME DE PERITOS (ART. 409 Y ART. 410)

El informe de peritos es la forma como el CPC llama a la prueba pericial en el proceso civil en general y, como ya vimos, la justificación o necesidad de contar con el informe de

nombramiento del perito. Ninding sostiene que el perito puede ser el medio de prueba y también el auxiliar del juez, pero sin que nos aclare los motivos en que se basa para afirmar esta doble naturaleza jurídica de la pericia (...) Entre los modernos, Schönke afirma que el perito es un medio de prueba en sentido técnico, pero también un auxiliar del Juez en la valoración de los hechos de la prueba. Guasp sostiene que el perito podrá ser, estructuralmente, un auxiliar del Juez, pero funcionalmente no cabe negarle su significación de medio de prueba” (p. 44).

⁷² Medio de prueba: *toda cosa, hecho o acto que sirve por sí solo para demostrar la verdad o falsedad de una proposición formulada en juicio* (Couture, 1993, pp. 490 y 491).

peritos como medio probatorio radica en que el juez carece de los suficientes conocimientos acerca de un determinado tema o materia.

Así, el artículo 409 del CPC⁷³ comienza por referirse a que dicho informe será oído en todos aquellos casos en que la ley lo exija. De ello se desprende la obligatoriedad tanto de la evacuación del informe como de ser considerado por el juez. Por su parte, el artículo 410 del CPC⁷⁴, establece cómo se cumplirá la exigencia de resolver previo informe de peritos: con la agregación del reconocimiento y del dictamen pericial, utilizando el procedimiento que corresponda según la naturaleza de la acción deducida.

Muy teórico todo hasta ahora, pero no lo es tanto como aparenta: Un ejemplo de caso en que la ley ordena oír informe de peritos es el artículo 1997 del Código Civil, a propósito del contrato de ejecución de obra. En esta disposición se señala que en los casos en que el precio del contrato de obra no se hubiere estipulado, se presumirá el precio el que ordinariamente se paga, y a falta de este "...el que se estimare equitativo a juicio de peritos.", actuando entonces el dictamen de un experto como alternativa ante el caso de que las partes no convengan en lo acordado.

1.2.2. INFORME DE PERITOS FACULTATIVO Y OBLIGATORIO (ARTS. 409, 410 Y 411)

Con lo expuesto hemos mencionado lo que el Código nos presenta como el informe de peritos obligatorio, el que el juez *debe* oír en aquellos casos en que la ley lo exige. Ahora toca referirnos al informe de peritos facultativo, el cual se encuentra consagrado dentro del artículo 411 del CPC⁷⁵ y que rápidamente evidencia su distinción con los artículos anteriores al utilizar

⁷³ Artículo 409 del CPC: "Se oirá informe de peritos en todos aquellos casos en que la ley así lo disponga, ya sea que se valga de estas expresiones o de otras que indiquen la necesidad de consultar opiniones periciales."

⁷⁴ Artículo 410 del CPC: "Cuando la ley ordene que se resuelva un asunto en juicio práctico o previo informe de peritos, se entenderán cumplidas estas disposiciones agregando el reconocimiento y dictamen pericial en conformidad a las reglas de este párrafo, al procedimiento que corresponda usar, según la naturaleza de la acción deducida."

⁷⁵ Artículo 411 del CPC: "Podrá también oírse el informe de peritos:

1°. Sobre puntos de hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales de alguna ciencia o arte;

y

2°. Sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera.

la voz *podrá* en el inicio de él, entregando la posibilidad para que tanto las partes, como las personas interesadas e incluso el juez puedan solicitar informes de peritos cuando lo estimen pertinente. No obstante, las posibles causas ante las cuales puede proceder dicho informe se encuentran limitadas en el mérito del mismo artículo: “1°. *Sobre puntos de hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales de alguna ciencia o arte; y 2°. Sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera.*” Situaciones especiales contempladas por el legislador en que, reconocemos, resulta evidente el auxilio de un experto.

El artículo posteriormente fija el procedimiento respecto a los gastos y honorarios de los peritos solicitados, ya sea a petición de partes o iniciativa de oficio. En él, se tratan cuestiones relativas a quién debe cubrir el costo y a la posibilidad de que el tribunal ordene se rinda una caución suficiente para asegurar que se responda de los gastos y honorarios consecuentes.

1.2.3. OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR EL INFORME DE PERITOS (ART. 412)

El artículo 412 inciso primero del CPC⁷⁶ delimita el término u oportunidad procesal para hacer valer el medio probatorio en estudio. En él se contempla una regulación dual, dependiendo de quién sea la iniciativa pudiendo ser, de oficio por el tribunal, se le faculta para que éste lo pueda solicitar en cualquier estado del juicio, entendiendo por tal, desde la notificación de la demanda y hasta el fin del término probatorio, sin perjuicio de las facultades de los tribunales para hacerlas valer como medidas para mejor resolver del artículo 159 del CPC⁷⁷,

Los gastos y honorarios que en estos casos se originen por la diligencia misma o por la comparecencia de la otra parte al lugar donde debe practicarse, serán de cargo del que la haya solicitado; salvo que el tribunal estime necesaria la medida para el esclarecimiento de la cuestión, y sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva sobre pago de costas. El tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar que previamente se consigne una cantidad prudencial para responder a los gastos y honorarios referidos.

La resolución por la cual se fije el monto de la consignación será notificada por cédula al que solicitó el informe de peritos. Si dicha parte deja transcurrir diez días, contados desde la fecha de la notificación, sin efectuar la consignación, se la tendrá por desistida de la diligencia pericial solicitada, sin más trámite.”

⁷⁶ Artículo 412 inciso primero del CPC: “El reconocimiento de peritos podrá decretarse de oficio en cualquier estado del juicio, pero las partes sólo podrán solicitarlo dentro del término probatorio.”

⁷⁷ Los tribunales, sólo dentro del plazo para dictar sentencia, podrán dictar de oficio medidas para mejor resolver. Las que se dicten fuera de este plazo se tendrán por no decretadas. Sin perjuicio de lo establecido en el inciso primero del artículo 431, podrán dictar alguna o algunas de las siguientes medidas (...): 4a. El informe de peritos(...).”

específicamente, en el numeral cuarto. Por su parte, las partes sólo podrán solicitarlo dentro del término probatorio, el cual variará de acuerdo con el procedimiento ante el cual se encuentren sometidos.

1.2.4. INHABILIDADES DE PERITOS (ART. 413)

Nuestro Código en esta parte es enfático en señalar dos causales de inhabilidades para ser peritos: por inhabilidad como testigo y por no contar con título profesional.

Las causales de inhabilidad de los testigos se encuentran señaladas expresamente en los artículos 357 (inhabilidades absolutas) y 358 (inhabilidades relativas) del CPC, las que, a grandes rasgos, se fundamentan tanto en cuestiones de falta de capacidad como en cuestiones de cercanía con las partes y, por consiguiente, sujeción para llegar a conclusiones que carezcan de la imparcialidad necesaria.

La inhabilidad por no contar con un título profesional se basa en el principal fundamento en que se justifica la prueba pericial: el dominio experto de una ciencia o arte del cual el juez o las partes no son entendidos. Se trata de un área difusa para todos, menos para el perito, y es de suponer que, sin su aporte responsable, el Juez no habrá de llegar a la convicción suficiente para alcanzar una decisión informada.

Por lo tanto, consideramos que ambas causales son sumamente justificadas y fundamentales a la hora de evaluar un perito. Además, si bien ambas causales deben ser miradas como obligatorias a la hora de designar peritos, esto es sin perjuicio del acuerdo expreso de las partes, como bien lo señala el inicio del artículo 413.⁷⁸

⁷⁸ Artículo 413 del CPC: “**Salvo acuerdo expreso de las partes, no podrán ser peritos:**

1°. Los que sean inhábiles para declarar como testigos en el juicio; y

2°. Los que no tengan título profesional expedido por autoridad competente, si la ciencia o arte cuyo conocimiento se requiera está reglamentada por la ley y hay en el territorio jurisdiccional dos o más personas tituladas que puedan desempeñar el cargo.”

1.2.5. PROCEDIMIENTO DE NOMBRAMIENTO DE PERITOS (ARTS. 414, 415 Y 416)

Para efectos de solicitar el informe de peritos, ya sea de oficio o a petición de parte, siempre se deberá nominar al experto en una audiencia. Este procedimiento comienza con la citación del tribunal a una audiencia que deberá ser notificada por cédula a las partes. Dicha audiencia se llevará a cabo sólo con las partes que asistan y se fijará, previo acuerdo, o en subsidio por el tribunal, la persona del perito. En esta audiencia se fija, además, el número de peritos, su calidad, los puntos de materias del informe, entre otras.

Por su parte, el artículo 414 del CPC⁷⁹ en su inciso segundo plantea el caso en que las partes no puedan llegar a un acuerdo, para lo cual el tribunal realizará el respectivo nombramiento con el límite legal de que no puede recaer sobre las dos primeras personas que hayan sido propuestas por las partes y, además, en base al párrafo anterior, que estas no se encuentren inhábiles.

El artículo 415⁸⁰ CPC, por su parte, hace presumir que las partes no se encuentran en acuerdo cuando no concurran todas las partes a la respectiva audiencia de nombramiento, caso en el cual se deberá proseguir con el nombramiento subsidiario de parte del tribunal.

Cuando lo anterior suceda, el juez deberá designar al perito a partir de la lista de peritos de la especialidad requerida, la que es confeccionada por los tribunales superiores de justicia en la forma que ya hemos mencionado.

⁷⁹ Artículo 414 del CPC: *Para proceder al nombramiento de peritos, el tribunal citará a las partes a una audiencia, que tendrá lugar con sólo las que asistan y en la cual se fijará primeramente por acuerdo de las partes, o en su defecto por el tribunal, el número de peritos que deban nombrarse, la calidad, aptitudes o títulos que deban tener y el punto o puntos materia del informe.*

Si las partes no se ponen de acuerdo sobre la designación de las personas, hará el nombramiento el tribunal, no pudiendo recaer en tal caso en ninguna de las dos primeras personas que hayan sido propuestas por cada parte. La apelación que se deduzca en los casos del inciso 1° de este artículo no impedirá que se proceda a la designación de los peritos de conformidad al inciso 2°. Sólo después de hecha esta designación, se llevará adelante el recurso (Énfasis agregado).

⁸⁰ Artículo 415. *Se presume que no están de acuerdo las partes cuando no concurren todas a la audiencia de que trata el artículo anterior; y en tal caso habrá lugar a lo dispuesto en el 2° inciso del mismo artículo.*

A su tiempo, el nombramiento será realizado por resolución judicial y notificada a las partes para que éstas puedan hacer ejercicio del derecho que le otorga el legislador, en virtud del que pueden tomar dos actitudes: la primera, oponerse dentro del plazo de tres días, alegando alguna incapacidad legal para con la persona nombrada, o que se encuentre sujeta a las inhabilidades anteriormente dichas; mientras que la segunda sería la de no hacer nada dentro de mismo tiempo, para lo cual se entiende que ella ha aceptado el nombramiento.

1.2.6. LA LISTA DE PERITOS (ART. 416 BIS)

Es en virtud del artículo de este apartado que lo que vimos a propósito del Auto Acordado de la Corte Suprema cobra sentido, en tanto el artículo 416 bis inciso final señala: *“El procedimiento para los concursos, su publicidad y la formación de las nóminas de peritos serán regulados mediante un Auto Acordado de la Corte Suprema, que se publicará en el Diario Oficial.”*

Cabe mencionar que este artículo fue agregado en virtud de la promulgación de la Ley N° 20.192, la cual, a su vez, modificó el artículo 416 precedente. Según la historia fidedigna de dicha ley, este cambio al CPC tuvo como motivación “dar mayor transparencia a las designaciones de los peritos por parte del juez a fin de evitar nombramientos en forma discrecional, como ocurre en la actualidad, sino de las listas”.

Ahora bien, naturalmente el cumplimiento del objetivo propuesto por esta modificación legal no ha sido compartido por todos. En efecto, el Tribunal Constitucional debió de encargarse de resolver una disputa en la cual se cuestionaba la constitucionalidad de esta disposición por medio de la sentencia Rol N° 2748 de 29 de octubre de 2015, en la cual el actor alegaba, según los antecedentes de la sentencia, que “se afecta el derecho a la defensa dentro de un proceso racional y justo, por cuanto se limita la posibilidad de presentar pruebas conducentes y eficaces para poder demostrar los hechos que sustentan las respectivas pretensiones y alegaciones, al no haber un perito apto para acreditarlas en el listado cerrado que estatuyen los preceptos impugnados, lesionando además el derecho a la prueba idónea y eficaz.” Luego, agregaba la recurrente que “(...) los preceptos cuestionados establecen la imposibilidad de nombrar un perito que no forme parte de la lista confeccionada por la Corte de Apelaciones, en la cual no hay especialista.”

El Tribunal Constitucional resolvió que no puede colegirse una infracción al derecho a rendir prueba y la consiguiente vulneración del derecho a la defensa y del derecho al debido proceso, teniendo presente que “sólo dos especialidades que requiriera para la confección de informe de peritos no pudieron ser consideradas” y que, en efecto, “el juez conserva su discrecionalidad en la determinación y valoración de los hechos en base al principio fundamental de la libertad de convicción”. Por tanto, la falta de un perito con un área especial de experticia es posible, sin significar una contravención a los principios que informan el debido proceso y que tienen reconocimiento constitucional, por lo que se reconoce que la lista de peritos que confecciona la Corte no contendrá todas las especialidades que se requiere solicitar un experto, sin que ello signifique una vulneración a la parte.

1.2.7. ACEPTACIÓN DEL CARGO Y JURAMENTO DEL PERITO (ART. 417)

Luego de ser nominado por el tribunal, el perito deberá ser notificado mediante resolución judicial, para lo cual éste podrá o bien rechazar el encargo o aceptarlo, en cuyo último caso deberá jurar desempeñar fielmente el cargo. En suma, deberá declarar su aceptación, ya sea de forma escrita o verbal, en el acto de notificación o dentro de los tres días inmediatos donde dejará testimonio en los autos.

Al efecto, resulta interesante mencionar un fallo de la Corte Suprema, Rol 12.465-2018, que vino en aclarar el cumplimiento de esta disposición: Se trata de un caso en el que, tal como se consagra en el considerando Sexto de la sentencia que resuelve la casación en el fondo interpuesta, la Corte de Apelaciones de Concepción restó todo valor a los informes periciales debido a que ambos peritos prestaron juramento a través de escritos aparejados ante el tribunal (...) proceder que, a entender de los jueces de alzada, no cumpliría con los requisitos estatuidos en el artículo 62⁸¹ del CPC. En especial, se estimó que los peritos han jurado ante sí mismos, no siendo aquello admisible”.

⁸¹ Artículo 62: Siempre que en una actuación haya de tomarse juramento a alguno de los concurrentes, se le interrogará por el funcionario autorizante al tenor de la siguiente fórmula: “¿Juráis por Dios decir verdad acerca de lo que se os va a preguntar?”, o bien, “¿Juráis por Dios desempeñar fielmente el cargo que se os confía?”, según sea la naturaleza de la actuación. El interrogado deberá responder: “Sí juro”.

Lo anterior fue desechado por el máximo tribunal en su considerando Séptimo, zanjando que “(...) contrario al razonamiento expresado en el laudo cuya casación se pide, debe concluirse que, cuanto el artículo 417 del Código de Procedimiento Civil faculta a los peritos para prestar juramento por escrito y en un momento distinto a su notificación, sustrae a tales sujetos procesales del cumplimiento estricto de las solemnidades prescritas en el artículo 62 del mismo cuerpo normativo.” Sucesivamente, sostiene la Corte Suprema que “las únicas formalidades expresamente mencionadas para el caso del juramento prestado por peritos mediante escrito y en un momento distinto al de su notificación, consisten en que aquella actuación se realice dentro de un plazo determinado, y se deje ‘testimonio en los autos’, exigencias que, en el caso en concreto, aparecen cumplidas.”

Por ello, es que, en virtud de esta sentencia, podemos entender que la forma de aceptar el encargo por parte de un perito y su juramento, en efecto, pueden hacerse por medio de un escrito presentado ante el tribunal, sin que ello signifique su exclusión.

1.2.8. DEL RECONOCIMIENTO (ART. 418 Y 419)

Para efectos de este estudio y siguiendo a Palomo, “el reconocimiento pericial, aunque nada señala nuestra ley, puede ser de lugares, objetos o personas. Las partes que decidan asistir al reconocimiento del perito, pueden hacer las observaciones que estimen oportunas. Pueden las partes también pedir que se hagan constar los hechos y circunstancias que juzguen pertinentes; pero señala la ley que no tomarán parte en las deliberaciones de los peritos, ni estarán presentes en ellas (cuando, obviamente, se trate de más de un perito). De lo obrado en el reconocimiento se debe levantar un acta (art. 419)” (p. 379).

Así, podemos analizar el artículo 418 del CPC⁸², el que precisamente hace mención a este reconocimiento: cuando sean varios los peritos, pues deberán concurrir unidos a practicar dicho reconocimiento, salvo que el tribunal, en ejercicio de sus facultades, disponga algo distinto.

⁸² Artículo 418 CPC: *Cuando sean varios los peritos procederán unidos a practicar el reconocimiento, salvo que el tribunal los autorice para obrar de otra manera.*

Es importante precaver que, en virtud del artículo 419 CPC⁸³, partes son plenamente capaces en virtud de la ley para realizar las apreciaciones que estimen pertinentes en el acto de reconocimiento, además de poder solicitar que se hagan constatar hechos o circunstancias que juzguen pertinentes.

1.2.9. PLAZO DEL INFORME DE PERITOS (ART. 420 Y 423)

Para los efectos de dictar un plazo para evacuar el informe⁸⁴ correspondiente, serán los tribunales los encargados de señalar en cada caso el término dentro del cual los peritos deberán realizar el encargo, y ante el evento de que los peritos no realicen el encargo dentro del término señalado, el código establece tres formas de sanción: apremiar con multas; prescindir del informe; o nombrar un nuevo perito, de acuerdo con cada caso en cuestión.

Se entrega también la posibilidad de que los peritos puedan emitir sus informes de forma conjunta o separada, en caso de que exista pluralidad de ellos. Como vimos, si bien el reconocimiento se debe dar obligatoriamente de forma conjunta, aquí la ley faculta a los peritos a que cada uno evacue su propio informe si lo estima necesario. Por lo demás, y aunque la ley no lo diga expresamente, se ha entendido por la doctrina (Palomo, 2014), y en base a los principios de nuestro proceso civil que el mentado informe debe otorgarse y presentarse de forma escrita ante el tribunal.

1.2.10. DICTÁMENES DISCORDANTES (ART. 421 Y 422)

Cuando existe pluralidad de peritos que haya informes discordantes es más que una mera probabilidad, por eso es que el legislador ofrece la posibilidad de emitir el informe de forma

⁸³ Artículo 419 CPC: *Las partes podrán hacer en el acto del reconocimiento las observaciones que estimen oportunas. Podrán también pedir que se hagan constar los hechos y circunstancias que juzguen pertinentes; pero no tomarán parte en las deliberaciones de los peritos, ni estarán en ellas presentes.*

De todo lo obrado se levantará acta, en la cual se consignarán los acuerdos celebrados por los peritos.

⁸⁴ Para Palomo (2014), “aunque la ley nada nos dice respecto del contenido del informe, se entiende que éste debe comprender la descripción de lo que haya sido objeto del informe, la relación de las operaciones realizadas, el resultado de las mismas y, por último, las conclusiones que se formulen, las cuales bien se ha apuntado por la doctrina procesal, no deberán ser necesariamente categóricas, ya que la realidad objeto del informe pericial no siempre es susceptible de ser reducidas a esquemas rígidos (Font, E.). Se ha fallado que carecen de valor legal y prácticos los informes periciales en que no se expresan los fundamentos de sus conclusiones” (p. 379).

conjunta. Sin embargo, cuando éstos se emiten de forma separada y son incongruentes, el tribunal puede solicitar que se nombre un nuevo perito si lo estima necesario, para efectos de alcanzar su convicción; perito que, a su propio tiempo, será nombrado y desempeñará su cargo fielmente.

1.2.11. VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL (ART. 425)

Finalizando con el análisis de la normativa civil sobre el informe de peritos, el artículo final del apartado sobre la prueba pericial corresponde al artículo 425⁸⁵, el que viene precisamente a atenuar el sistema de prueba de prueba legal o tasada que en general se ha establecido en materia procesal civil; un sistema rígido y preestablecido por un legislador muy reacio a la libertad de valorar del juez, por lo que este precepto legal realmente resulta ser una excepción a la regla general muy importante de destacar en tanto establece una valoración conforme a las reglas de la sana crítica.

Así las cosas, la Corte Suprema ha determinado por medio de la Causa N°5480-2018 que sana crítica es “aquella que conduce a analizar cualquier asunto por los medios que aconsejan la recta razón y el criterio racional. Si los jueces de la instancia, al apreciar la fuerza probatoria de los dictámenes periciales se han apartado de dicho análisis reflexivo y de la lógica, la conclusión a la que arriben será susceptible de revisar por la vía de la casación, puesto que en ese evento se habrá producido una infracción de las leyes reguladoras de la prueba”

Sin perjuicio de lo anterior, no podemos dejar de mencionar que la valoración del informe pericial de acuerdo, con las reglas de la sana crítica, no es sinónimo de que éste tendrá valor de plena prueba. Lo anterior se debe que, a pesar de que el perito puede dar cuenta de diversos antecedentes fácticos pertinentes, relevantes y controvertidos para la resolución del conflicto en que se emita dicho informe, la valoración de este queda entregada de forma privativa al juez de instancia. De esta forma, el valor del informe pericial no está fijado de forma anticipada por el legislador, siendo el juez quien determinará su valor caso a caso mediante una

⁸⁵ Artículo 425 del CPC: “Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica.”

valoración ‘libre’, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Lo anterior ha sido confirmado por nuestra jurisprudencia, la cual ha resuelto que “(...) debe recordarse que, de conformidad a lo prevenido por el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, los tribunales aprecian la fuerza probatoria del dictamen pericial en conformidad a las ‘reglas de la sana crítica’. De manera tal que, si bien la opinión autorizada de un experto constituye un antecedente probatorio relevante para la solución de una disputa sobre materias de alta complejidad técnica, no cuenta con un grado de eficacia previamente determinado por el legislador ni, por consiguiente, constituye plena prueba, pues su valoración queda entregada al órgano sentenciador. Será éste quien, de manera libre, pero acudiendo a criterios racionales, soberanamente, determinará su peso”⁸⁶.

Este rol privativo del Juez de instancia para poder ponderar el valor de la prueba pericial también ha sido manifestado por la Excelentísima Corte Suprema, quien conociendo de un recurso de casación en el fondo, expresó lo siguiente: “Que, al comenzar el examen del recurso de nulidad sustancial, útil resulta comenzar definiendo la suerte que ha de correr el segundo de sus capítulos, pues en él se ha acusado la vulneración de normas a las que se les atribuye la calidad de reguladoras de la prueba que, como lo ha reconocido reiteradamente esta Corte, se entienden vulneradas, fundamentalmente, cuando los sentenciadores invierten el onus probandi, rechazan las pruebas que la ley admite, aceptan las que la ley rechaza, desconocen el valor probatorio de las que se produjeron en el proceso cuando la ley les asigna uno determinado de carácter obligatorio o alteran el orden de precedencia que la ley les diere. Asimismo, se ha resuelto que ellas constituyen normas básicas de juzgamiento, que contienen deberes, limitaciones o prohibiciones a que deben sujetarse los sentenciadores. Luego los jueces del fondo son soberanos para apreciar las probanzas, dentro del marco establecido por las normas pertinentes.

⁸⁶ Tribunal Constitucional (2015). Sentencia N° Rol 2748-2015 de 29 de octubre de 2015. Considerando séptimo.

Dicho lo anterior, la sola exposición del arbitrio deja al descubierto su inviabilidad, toda vez que no se ha acusado la infracción de ninguno de los parámetros expuestos en el fundamento precedente. Por el contrario, el análisis de la fundamentación deja al descubierto que aquello que se cuestiona por el recurrente es la valoración de la prueba pericial y documental rendida, evidenciando su disconformidad con el proceso ponderativo llevado a cabo por el sentenciador. En este aspecto, cabe reiterar que, como lo ha señalado esta Corte, la actividad de ponderación de los medios de prueba se encuentra entregada exclusivamente a los jueces del grado, siendo aquella extraña a los fines de la casación en el fondo”⁸⁷.

1.3. LA PRUEBA PERICIAL EN SEDE PENAL

Para efectos de poder analizar la prueba pericial en esta sede, consideramos necesario hacer una breve referencia a los principios básicos que informan nuestro proceso penal chileno, y que son particularmente atinentes al presente estudio.

1.3.1. ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Toda sentencia judicial debe basarse en un proceso previo legalmente tramitado, base de un debido proceso⁸⁸, concepto multifacético que ha sido muy difícil de definir en doctrina y que, inclusive, se decidió por no limitar en nuestra Constitución. Sin embargo, cabe destacar la fundamentación de la sentencia, como una de las directrices que lo informan.

⁸⁷ Corte Suprema (2019). Sentencia N° Rol 12.465-2018 de 19 de agosto de 2019. Considerando cuarto.

⁸⁸ No existe una definición unívoca de lo que se entiende por Debido Proceso, sino que más bien se basa en pilares fundamentales que permiten asegurar lo que comúnmente se puede entender por “justo”. El concepto viene de la frase en inglés *Due process* y, si intentamos definirlo probablemente cometeríamos el error de olvidar alguna de las garantías que éste comprende, por lo que nos limitaremos a mencionar sólo algunas que se han reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el proceso penal: 1. Presunción de inocencia 2. Derechos de defensa 2.1 Derecho a asistencia de un letrado 2.2 Derecho a contar con el tiempo y los medios necesarios para una adecuada defensa. 3. Derechos Probatorios 3.1 Derecho a presentar y pruebas y que éstas sean debidamente valoradas 3.2 Derecho a objetar las pruebas presentadas en su contra 3.3 Derecho a que la exclusión de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales (prueba ilícita/ exclusionary rule) 4. Derecho a ser informado (de las causas de detención, delitos imputados, etc.) 5. Derecho a guardar silencio y a no declarar contra uno mismo (garantía contra la auto incriminación o *nemo tenetur*) 6. Derecho a recurrir (deber de notificación y fundamentación de las resoluciones). En: TORO JUSTINIANO, Constanza María Fernanda, *El debido proceso: un estudio comparativo de la doctrina procesal penal y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. 2008. p. 51. Disponible en línea en: http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-toro_c/pdfAmont/de-toro_c.pdf

Ahora bien, a propósito de la necesidad de fundamentar la sentencia cobra especial relevancia el principio de la libertad probatoria que recoge el CPP en el artículo 295⁸⁹, en virtud del cual no existe una limitación de los medios probatorios que pueden ser ofrecidos en juicio, como es el caso del proceso civil, sino que tan sólo se le restringe con que debe haber sido producido e incorporado en conformidad a la ley, lo que se controla a través de diversos mecanismos. Por mencionar algunos: el control de las garantías durante la etapa de investigación; las reglas de exclusión de prueba y prueba ilícita; la solicitud y posterior autorización del Juez de Garantía para la práctica de diligencias que signifiquen la morigeración de los derechos de ciertas personas, entre otras.

Hicimos una pequeña alusión al artículo 297 del CPP⁹⁰, pero no es sino hasta este momento en que nos detendremos con dedicación a explicar su enorme valor. El mentado artículo es el que habla acerca de la importancia de la fundamentación de la sentencia en base a el o los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, además de sembrar las reglas de valoración en nuestro sistema penal, y su importancia radica, entre otras cosas, en la principal diferencia que existe con la sede civil como es la, valoración de la prueba.⁹¹

En sede penal nos encontramos frente a un sistema de valoración que, si bien no se menciona explícitamente, podemos calificarlo como un sistema de sana crítica.

⁸⁹ Artículo 295 CPP: *Libertad de prueba. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley*”.

⁹⁰ “Artículo 297 CPP: *Valoración de la prueba. 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. El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquélla 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.*”

⁹¹ Aunque, como bien señalamos previamente, el sistema de valoración de la prueba legal o tasada está más bien quedando atrás. En el proyecto de reforma al CPC por un nuevo código procesal civil se ha manifestado la intención de incluir la sana crítica como sistema de valoración prevalente. “La tendencia legislativa pareciera ser la de ampliar las atribuciones del juez en la apreciación de la prueba” (González Castillo, 2006, p. 94).

Para COUTURE (1958), la sana crítica “configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba” (p. 270).

Sin embargo, el sistema de valoración de la sana crítica, aunque actualmente resulta ser el norte hacia el cual nuestras reformas están apuntando, no ha sido siempre tan bien recibido, ya que muchos autores no lo consideraron tan importante e innovador si se le compara con el sistema de libre valoración. Aquí, podemos mencionar a NIEVA (2010), quien señala que “aquello que se deduce de la ‘sana crítica’ no difiere en absoluto de lo que pretende la *intime conviction* o la *Freibeweiswürdigung*” (pp. 89-90). En Italia, TARUFFO (2008) tampoco concede a la sana crítica una fisonomía propia en cuanto sistema de ponderación de la prueba, y no duda en equipararla al sistema de libre valoración (*prudente apprezzamento*). Luego, en el mismo sentido y como exponente nacional está MATURANA (2018), quien tampoco reconoce la sana crítica como un sistema completamente independiente al de la libre valoración, en tanto postula que

“la sana crítica es una alternativa de sistema de libre valoración en que (...) la discrecionalidad de las valoraciones y de las elecciones puede no equivaler a una irreductible vaguedad o incertidumbre en la decisión y la libertad de la convicción puede estar guiada por criterios racionales. Pero ello no implica que se llegue a conclusiones necesarias” (p. 306).

De esta manera es que podemos evidenciar cierta reticencia por parte de la doctrina acerca del sistema de valoración en comento, sugiriendo que no era más que un símil u homólogo a la libre valoración. No obstante, la diferencia entre ambos radica en los límites o principios que se le imponen al sistema de la sana crítica y que, a su vez, son caracteres distintivos; los mismos presentes en el Artículo 297 de nuestro CPP, a saber:

Primero, la lógica con sus diversos principios, estos son: i) de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma); ii) de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí); iii) de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia); iv) del tercero excluido (si una cosa únicamente

puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes) (González, 2006).

Segundo, las máximas de experiencia o reglas de la vida, las que COUTURE (1978) define como “normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie” (p. 379), las que, a su vez, para CALAMANDREI (1961) corresponden a “aquéllas extraídas de su patrimonio intelectual [del juez] y de la conciencia pública” (p. 646).

Tercero, los conocimientos científicamente afianzados, los que sirven como criterio coadyuvante en la ponderación de la prueba. Aún más, para STEIN (1973, citado en Benfeld, 2018) existe una “relación necesaria entre el informe pericial (*locus* propio y técnico de las máximas de la experiencia) y los conocimientos científicos disponibles en un lugar y tiempo determinados; y es la posesión de dichos conocimientos lo que hace del perito un *medio de prueba fungible*, del que solo se espera ciertos *conocimientos deseados*” (p. 311), lo que resulta del todo relevante para efectos de este trabajo investigativo.

Finalmente, respecto la obligación legal de fundamentar la sentencia que distingue a este sistema de la libre o íntima convicción, la misma Corte Suprema ha reconocido que

"la apreciación de la prueba en conciencia no autoriza a hacer simples estimaciones, por cuanto la conciencia debe formarse de conformidad con las normas que establecen la lógica y las leyes para dar conocimiento exacto y reflexivo de las cosas, y la sentencia debe explicar las normas a que se sujeta para dar la razón de su final veredicto" (González, 2006, p. 41).

En virtud de este requisito de fundamentar la decisión del sentenciador es que se busca evitar la arbitrariedad y optimizar la economía procesal, al evitar la impugnación voluminosa de resoluciones por falta a la expresión del razonamiento lógico por el cual se llegó a determinado veredicto, “porque la resolución de toda sentencia es el resultado de las razones o motivaciones que en ella se explican” (Devis, 1966, p. 772).

Con todo, resulta especialmente necesario concluir que, tal como nos enuncia GONZÁLEZ (2018), en la actividad de valoración de la prueba, el juez no tiene una libertad plena para ello sino que debe restringirse en su tarea a los dos primeros referentes. De lo contrario, “se abre paso a la arbitrariedad judicial y a la incertidumbre de las partes que son las principales objeciones a este sistema de la sana crítica” (p. 100).

No podemos dejar de mencionar que la obligación de fundamentación de la sentencia con la cual debe cumplir el juez tiene íntima relación con la necesidad de alcanzar (y justificar el alcance) del estándar probatorio establecido de forma explícita⁹² en el artículo 340 inciso 1° del CPP⁹³, más allá de toda duda razonable.

El estándar probatorio es el umbral de convicción que el juez debe alcanzar para poder decidir si una proposición fáctica fue acreditada conforme al mérito del proceso, o no, decisión que, a su vez, debe estar correctamente fundamentada en los términos que ya hemos discutido. En este sentido, la literatura procesal ha indicado que los estándares de prueba “son criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe” (GASCÓN, 2005, p. 129).

En lo que respecta al estándar de más allá de toda duda razonable, la doctrina lo ha entendido como aquél en virtud del cual “está suficientemente decantado y (se) elimina las discusiones relativas al grado de convicción que se requiere, dejando en evidencia que no se trata de una convicción absoluta, sino de aquella que *excluya las dudas más importantes* (la cursiva es propia)” (Reyes, 2012, p. 240).

⁹² A diferencia de lo que sucede en sede civil, que no hay norma que de forma expresa se refiera al estándar probatorio que es necesario alcanzar para fallar de una u otra manera, pero que la doctrina ha logrado consensuar en un estándar de *Probabilidad prevalente*.

⁹³ *Artículo 340 CPP: Convicción del tribunal. 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.*

El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.

En este sentido, (Laudan, 2013, pp. 68 y ss) ha indicado que el estándar de más allá de toda duda razonable ha sido formulado de las siguientes formas: **i)** la seguridad en creencias que consideramos apropiadas para la toma de decisiones importantes en la vida; **ii)** tipo de duda que haría que una persona prudente vacilara en actuar; **iii)** una convicción estable en la culpabilidad del acusado; o, **iv)** incluso como aquella duda para la cual puede ofrecerse una razón.

Con los aspectos más importantes de los aspectos del derecho probatorio explicados, pasemos a analizar la prueba pericial en concreto.

1.3.2. LA PRUEBA PERICIAL EN PARTICULAR

1.3.2.1. PROCEDENCIA

Ahora que ya hemos hecho un breve acercamiento al funcionamiento de nuestro sistema procesal penal y, sobre todo, al sistema de valoración con especial énfasis en la necesidad y requisito de fundamentación de la sentencia, es que podemos entrar de lleno al objeto de este estudio: la prueba pericial y sus principales disposiciones normativas que la regulan en esta sede.

La procedencia del informe de peritos en nuestro sistema procesal penal está regulada por el artículo 314 del CPP⁹⁴, señalando principalmente que cualquiera de los intervinientes puede presentar un informe elaborado por un perito de su parte, además de tener la posibilidad de solicitar que se le cite a declarar en el juicio oral. El Código Procesal Penal privilegia la elección del perito por las partes, debiendo además el experto prestar declaración en la audiencia de juicio oral (Aguirrezabal, 2011).

Una diferencia del sistema norteamericano con el chileno es que los peritos en nuestro

⁹⁴ Artículo 314. - *Procedencia del informe de peritos. 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 ciencia, arte u oficio. (el subrayado es propio)

Los informes deberán emitirse con imparcialidad, ateniéndose a los principios de la ciencia o reglas del arte u oficio que profesare el perito.

país tienen un tratamiento totalmente distinto al de un testigo; no como en Estados Unidos, que son llamados testigos expertos. El perito en nuestro sistema comparece al juicio con el sólo objeto de aportar sus conocimientos con el fin de ayudar a la labor del enjuiciador, y es “la experticia que detenta el perito lo que hace que las opiniones y conclusiones que él entrega, en el área de su experticia, sean admitidas allí donde un testigo común y corriente no se le permite dar opiniones por regla general” (Duce, 2015, p. 29).

Sin embargo, ¿bajo qué circunstancias se hace necesario el solicitar y/o aportar un peritaje? Si nos atenemos netamente a lo legal, el mismo artículo 314 lo dispone: “siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio”, pero ¿no resulta este “límite” ser *demasiado amplio*?⁹⁵ A nuestro parecer, sí. ¿Y es eso un problema? No. ¿Por qué lo sería? Limitar el peritaje a casos en que se requiera netamente conocimientos técnicos o científicos no parece sensato, y si de un intento por evitar prueba superabundante o innecesaria, para eso existen otros mecanismos procesales.

Por lo tanto, la prueba pericial será procedente siempre que se exija un conocimiento especializado que haya de ser explicado en términos comunes al tribunal, con el fin de facilitar su función jurisdiccional y que, de otra manera, no podría generarse. Dicha información no habrá de ser entregada por cualquiera, sino por alguien más allá de una “persona promedio” (Duce, 2015, p. 33).

1.3.2.2. CONTENIDO DEL INFORME

El contenido del informe de peritos se encuentra regulado en el artículo 315 del CPP⁹⁶, siendo ésta una de las diferencias respecto de la sede procesal civil, en la que no existe una

⁹⁵ Así también lo sostiene Duce (2015), en tanto destaca justamente que el peritaje no sólo es procedente, para nuestro código, en casos que la ciencia sea necesaria, sino que *amplía* la posibilidad a las artes y oficios. Es decir, y en palabras del autor “La especialización del perito no proviene de lo que tradicionalmente se consideraría un área técnica (ciencia), sino que de disciplinas o cualquier tipo de actividades que generen conocimiento especializado (técnicas, artes u oficios). En este sentido, un artesano, en su respectivo oficio, podrá ser tan experto como el físico nuclear que detente la mayor cantidad de doctorados y post-doctorados en su respectiva disciplina.”

⁹⁶ Artículo 315 CPP. *Contenido del informe de peritos. Sin perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar ante el tribunal acerca de su informe, éste deberá entregarse por escrito y contener:* a) La descripción de la

norma análoga. No obstante, podemos ver que la norma sólo se remite a mencionar quién realiza el informe, las operaciones que dieron lugar a lo que se está declarando y las conclusiones a la que se llegaron. Es decir, son más bien requisitos enunciativos, sin un control de fondo acerca de la veracidad o convicción de los procesos que permitieron alcanzar determinada declaración.

1.3.2.3. ADMISIBILIDAD DEL INFORME Y REMUNERACIÓN DE LOS PERITOS

Este aspecto se encuentra regulado por el artículo 316 del CPP⁹⁷, el que dota de grandes facultades al Juez de Garantía, en tanto actúa como guardián, en un sentido muy similar al concepto de *gatekeeper* que analizamos en el ordenamiento norteamericano. Esto no es baladí, ya que ante una eventual impugnación de la resolución de la etapa previa al juicio oral, la Corte de Apelaciones deberá ejercer un estudio en ejercicio de su actividad jurisdiccional para decidir si la exclusión de la prueba pericial decretada por el Juez de Garantía se ajustó o no a derecho, en caso de que aquello ocurra, debiendo aquél haber decidido dicha exclusión con basto fundamento, basándose –si seguimos lo literal de la norma– en argumentos de falta de garantía de seriedad y profesionalismo. Entonces, reforzamos la idea propia con lo que postula Aguirrezabal, la norma “exige que el informe sea emitido con imparcialidad, estableciendo un

persona o cosa que fuere objeto de él, del estado y modo en que se hallare; b) La relación circunstanciada de todas las operaciones practicadas y su resultado, y c) Las conclusiones que, en vista de tales datos, formularen los peritos conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio. No obstante, 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 oral mediante la sola presentación del informe respectivo. Sin embargo, si alguna de las partes lo solicitare fundadamente, la comparecencia del perito no podrá ser substituida por la presentación del informe.

⁹⁷ Artículo 316 CPP. Admisibilidad del informe y remuneración de los peritos. 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, 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. Los honorarios y demás gastos derivados de la intervención de los peritos mencionados en este artículo corresponderán a la parte que los presentare. Excepcionalmente, el Juez de Garantía podrá 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, tratándose del imputado, la no realización de la diligencia pudiere importar un notorio desequilibrio en sus posibilidades de defensa. En este último caso, el Juez de Garantía regulará 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 fiscal.

control de admisibilidad en que el Juez de Garantía debe verificar que el perito otorgue suficiente garantía de seriedad y profesionalismo” (Aguirrezabal, 2011, p. 375).

Sin embargo, ante esto podemos notar el problema de que la discrecionalidad del Juez de Garantía no se encuentra debidamente limitada o, al menos, no lo está bajo criterios expresos ni objetivos, sino solamente de acompañar antecedentes que acrediten la idoneidad del perito (Aguirrezabal, 2011). Lo mismo aplica a la facultad de limitar el número de informes ya que las atribuciones que se le entregan al juez son bastante amplias, asumimos que en virtud de una interpretación armónica en cuanto a las exigencias de fundamentación de la sentencia que, en este caso, podrían actuar como la limitante que creemos adolece la norma particular en comento.

Con respecto a los honorarios, el artículo se acoge a la regla general de que los gastos son de quien aporta el informe y, por tanto, requiere de los servicios de un experto en calidad de perito. No obstante, continúan la tónica de darle atribuciones decisorias por parte del legislador al magistrado, quien puede, cuando así lo considere, liberar a la parte -ya sea de forma total o parcial- del pago de la remuneración cuando ésta no cuente con los medios para solventarlo o, cuando la no realización de la diligencia pudiere importar un notorio desequilibrio en sus posibilidades de defensa. Lo último, tratándose del imputado, y en clara armonía con respecto al principio de inocencia.

Consideramos que el aspecto monetario que regula el artículo busca la equivalencia entre los intervinientes en cuanto no deba de versar la posibilidad de defensa sobre un presupuesto de capacidad económica, e incluso intenta mantener aquélla al otorgarle, una vez más, al juez, la facultad discrecional de fijar el monto de los honorarios de forma prudencial, pero guiado por un criterio a base de costumbre en su última parte.

1.3.2.4. INCAPACIDAD PARA SER PERITO

Hablábamos ya acerca de la insuficiencia del artículo anterior en cuanto a la función que debe ejercer el juez como guardián de la pertinencia del informe de peritos. Para subsanar

aquello, se incorpora el artículo 317 del CPP⁹⁸, el que habla acerca de la incapacidad del experto para aportar sus conocimientos si se encontrase inhabilitado para ser testigo, homologando ambos medios de prueba en cuanto a las incapacidades. La *ratio legis* de ese artículo, creemos, puede sustentarse en que

“el informe del perito debe, entonces, lograr que el juez llegue a una propia convicción, sea de acuerdo con el mismo o apartándose, y para ello es necesario que el experto se valga de todos los medios posibles para fundamentar su cometido a través de sus saberes profesionales y sana crítica, no olvidándose que es un auxiliar de la justicia y debe mantener siempre los estándares de objetividad requeridos” (Aguirrezabal, 2011, p. 378).

1.3.2.5. IMPROCEDENCIA DE INHABILITACIÓN DE LOS PERITOS

A partir de este artículo ya nos podemos referir a normas que apuntan a regular la prueba pericial en la etapa de juicio oral. La improcedencia de la inhabilitación se trata específicamente en el artículo 318 CPP⁹⁹, en virtud del cual se establece que los peritos no podrán ser inhabilitados. No obstante lo anterior, el referido artículo establece la posibilidad de que durante la audiencia de juicio oral los peritos puedan ser interrogados sobre su imparcialidad e idoneidad, así como la rigurosidad técnica o científica de sus conclusiones.

De esta forma, es posible que, durante la audiencia de juicio, se puedan realizar preguntas tendientes a determinar la objetividad e imparcialidad de los peritos, buscando asegurar que ésta no se haya visto afectada de manera alguna y que el perito haya dado cumplimiento a su labor, de manera imparcial, la cual le ha sido encomendada con el fin de ayudar a esclarecer y/u otorgar aquellos conocimientos que los jueces del tribunal colegiado y

⁹⁸ Artículo 317 CPP. Incapacidad para ser perito. No podrán desempeñar las funciones de peritos las personas a quienes la ley reconociere la facultad de abstenerse de prestar declaración testimonial.

⁹⁹ Artículo 317 CPP. Improcedencia de la inhabilitación de los peritos. Los peritos no podrán ser inhabilitados. No obstante, durante la audiencia del juicio oral podrán dirigírseles preguntas orientadas a determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones. 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.

sentenciador adolecen por no estar (ni debiendo estar) relacionados con determinada ciencia, arte u oficio que él, en calidad de experto, domina de forma suficiente y diligente.

1.3.2.6. DECLARACIÓN DE PERITOS

La declaración del perito se prevé en el artículo 319 del CPP¹⁰⁰, pero esencialmente se remite a lo establecido en el artículo 329 del mismo cuerpo legal, que regula a los testigos y peritos en la audiencia del juicio oral. A propósito de esto, podemos hacer especial mención a algunas de las disposiciones que contempla este último artículo:

Primero, se establece que los testigos y los peritos deberán ser interrogados personalmente, existiendo entonces un contacto directo e inmediato de ellos con el tribunal, uno de los principios rectores de nuestro proceso penal actual. Los peritos, por su parte, habrán de exponer el contenido y las conclusiones de su informe bajo juramento o promesa de decir la verdad, según prescribe el inciso segundo y tercero, para posteriormente ser interrogados: en primer lugar, por la parte que ofreció la prueba pericial y luego por las partes restantes, situación que -sabemos- no se da en sede civil.

Especial importancia dota el siguiente inciso, en el cual se indica expresamente que los miembros del tribunal podrán formular preguntas al perito con el fin de que aquél aclare sus dichos, y –aún más–, el órgano jurisdiccional podrá, a solicitud de alguna de las partes, autorizar un nuevo interrogatorio de los peritos que ya hubieren declarado.

Por lo anterior es que, luego de una interpretación conjunta de las disposiciones ya analizadas, podemos adelantar que el control de admisibilidad del Juez de Garantía está presente y concedido de forma expresa por el legislador, pero donde efectivamente cobra relevancia la prueba pericial es –al igual que los otros medios de prueba– en la audiencia del juicio oral, donde el tribunal colegiado se encuentra en contacto con el agente del informe; el experto y autor de las consideraciones necesarias para que los sentenciadores tomen una u otra postura y que, sin

¹⁰⁰ Artículo 318 CPP. Declaración de peritos. La declaración de los peritos en la audiencia del juicio oral se regirá por las normas previstas en el artículo 329 y, supletoriamente, por las establecidas para los testigos. Si el perito se negare a prestar declaración, se le aplicará lo dispuesto para los testigos en el artículo 299 inciso segundo.

su aporte, no podrían hacer o no con todos los conocimientos necesarios para que fuese una decisión informada, racional y justa, razón por la cual las facultades de estos magistrados son más incisivas, consideramos.

CAPÍTULO IV: COMPARACIÓN ENTRE SISTEMA NORTEAMERICANO Y CHILENO

Luego de finalmente haber expuesto la regulación en ambos sistemas, en este capítulo nos dispondremos a hacer el análisis objeto de esta memoria a partir de los siguientes criterios:

1. SEMEJANZAS ENTRE AMBOS SISTEMAS

1.1. EL AUMENTO DE LA PRESENCIA DE PERITAJES PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS JURÍDICOS Y EL PROBLEMA QUE CONLLEVA

No sólo en los ordenamientos estudiados sino como un fenómeno mundial la prueba pericial ha ido en constante aumento al establecer el legislador un espacio muy amplio para determinar qué debe ser objeto de peritajes¹⁰¹, lo que ha conllevado consecuentemente a un aumento en la presencia de este medio probatorio como un aporte regular y muy valorada para la toma de decisiones resolutorias de conflictos jurídicos, tal como lo revisamos ya en el capítulo preliminar pero que aun así consideramos necesario de destacar como una gran semejanza.

Esto no resulta sorpresivo según lo que hemos analizado sobre todo en el capítulo preliminar, ya que “el desarrollo científico-técnico de las modernas sociedades ha aumentado considerablemente la previsión de la prueba pericial en las leyes de procedimiento y también la complejidad en su objeto y valoración es algo en lo que coincide unánimemente la doctrina procesal” (Flores, 2005, p. 130), y claro, pues mientras más complejas y técnicas se tornan las

¹⁰¹ DUCE, en su libro de *La prueba pericial (2015)*, uno de los materiales más valiosos en los que hemos basado este trabajo investigativo, nos ayuda a demostrar que prueba de esto es el artículo 314 del CPP chileno, ya expuesto en notas anteriores; el artículo 255 del CPP de Guatemala que establece “*El tribunal podrá ordenar peritación, a pedido de parte o de oficio, cuando para obtener, valorar o explicar un elemento de prueba fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio*”; el artículo 204 del CPP de República Dominicana “*Puede ordenarse peritaje cuando, para descubrir o valorar un elemento de prueba, sea necesario poseer conocimientos especiales de alguna ciencia, arte o técnica*”; y el CPP colombiano en su artículo 405: “*La prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados*”.

relaciones jurídicas en conjunto con el mayor acceso a educación, tecnologías e información, en conjunto con el desarrollo y crecimiento exponencial de los estados contemporáneos, más necesario se torna el contar con apreciaciones de expertos para la resolución de conflictos jurídicos.

Si bien el incremento de la presencia de la prueba pericial es un factor común en ambos sistemas jurídicos, ello es liderado por el norteamericano. Consideramos que se debe al desarrollo económico sostenido que ha experimentado y a su carácter de potencia mundial, que lo hacen ser precursor de las mayores tecnologías, estudios y acceso a información. Esta circunstancia le ha otorgado una significativa ventaja sobre el sistema jurídico chileno, donde el desarrollo doctrinario que se avoca al análisis de la materia en estudio no tiene la misma antigüedad ni los mismos recursos. Esta ha sido la tónica no sólo en Chile sino en América Latina de forma general, donde el uso de la prueba pericial se ha vuelto cada vez más frecuente, masivo y diverso su uso, al nivel de ser considerada por la literatura especializada como la prueba dominante en los procesos judiciales. En este sentido, DUCE (2015) ha señalado que, una parte de la literatura especializada comienza a concluir en que la prueba pericial es la prueba ‘dominante’ en los procesos judiciales. En concreto, que “con ello se quiere enfatizar la idea de que se trata de una prueba que normalmente resulta decisiva en la resolución de los casos, aun cuando estadísticamente no sea el medio más masivo o que mayoritariamente se presenta” (p. 16).

Para acreditar lo anterior, podemos referirnos a lo que sostiene BEECHER-MONAS (2007, EN DUCE, 2018), a propósito del sistema norteamericano, quien señala que “la evidencia científica es una faceta inescapable de la litigación moderna. Es fundamental para la justicia criminal y para la litigación civil.” Por su parte, como representante de Chile, DUCE (2005) expone que “la opinión de expertos, lo que en lenguaje procesal tradicional se conoce como ‘peritajes’, ha adquirido creciente importancia en el funcionamiento de los sistemas judiciales contemporáneos, siendo cada vez más frecuente, masivo y diverso su uso. Chile no constituye una excepción a la regla” (p. 11).

A propósito del problema, muy someramente podemos mencionar que el sólo carácter especial de la prueba pericial, en virtud de la cual se reconoce la necesidad de contar con

conocimientos específicos de los cuales el juez de por sí carece, la hace muy difícil de impugnar. En este sentido BONET (2009): “en cuanto su finalidad (de la prueba pericial) es la de ilustrar al juzgador sobre determinadas materias que, por la especificidad de estas, requieren unos conocimientos especializados de técnicos” (p. 239), por lo que se hace particularmente difícil el poder atacar o refutar lo que se dictamine por un experto, lo que evidentemente se incrementa con el crecimiento de los casos en que dicho medio probatorio se hace necesario o tan sólo pertinente.

1.2. INICIATIVA EN LA PRUEBA PERICIAL: LA INICIATIVA DE PARTE Y SU EVIDENTE PREDOMINANCIA

En Estados Unidos, como vimos, la tarea de reunir las pruebas que se utilizarán para decidir los casos y controlar su presentación se deja en las manos de las partes y sus abogados¹⁰². Importante es también destacar que aquello se en procesos civiles y procesos penales, y se aplica a todas las pruebas, no sólo a la prueba pericial.

Con esto, podemos entender que en el sistema norteamericano la aportación de la prueba pericial pasa por una decisión e iniciativa de parte, a pesar de lo que se establece en su propio ordenamiento, en virtud del cual el tribunal puede, es decir, facultativamente está autorizado para nombrar peritos de oficio y puede designar a un perito indicado por las partes o seleccionarlo de manera autónoma, por lo que veremos justamente en el apartado siguiente acerca de los costos del acceso a la prueba pericial.

En el ordenamiento chileno la prueba pericial también puede ser solicitada y presentada tanto a iniciativa de parte como de oficio por el mismo tribunal cuando aquél considere necesario para efectos tanto de la toma de una decisión informada, reconociendo la falta de conocimientos sobre el tema en cuestión, como de la fundamentación de la sentencia a propósito de la decisión que ha tomado para el caso concreto, aunque evidentemente predomina la iniciativa de parte.¹⁰³

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ Sobre todo en el caso de nuestro proceso penal chileno, en el que, basándose en un sistema acusatorio, los peritos no son *auxiliares* del tribunal, sino *peritos de confianza de las partes*. Ver Duce (2015), p. 39.

1.3. EL COSTO DE PARTE PARA EL ACCESO A LA PRUEBA PERICIAL

La prueba pericial supone un trabajo previo por parte del perito, basado en los conocimientos que posee por su propio estudio y especialización, y no por simple suerte. Es por eso que podemos imaginar que un informe de peritos resulta particularmente costoso.

Tanto en Estados Unidos como en Chile el costo de este medio de prueba corre por cuenta propia de quien lo solicita, y, aun cuando en nuestro país esto puede suceder a iniciativa de oficio por el tribunal, a alguien debe cargársele el costo, siendo muy excepcional que sea una persona distinta de la parte quien pague aquello (el Estado, por ejemplo).

Para señalar lo anterior nos remitimos a lo mencionado precedentemente. Consideramos que así como el acceso a la justicia resulta de por sí complicado, el acceso a la prueba pericial lo es más aún. Como ya hemos adelantado, inclusive existe un mercado de peritos en ambos ordenamientos. Así, en Norteamérica existe una página web¹⁰⁴ en que se puede calcular el costo de un peritaje, el que, como se puede suponer, es sumamente elevado.

Para ejemplificar lo expuesto, hicimos uso de esa herramienta en línea para consultar por el precio a pagar por un *testigo experto* en mecánica¹⁰⁵. Cabe señalar que los peritos en Estados Unidos cobran por tres momentos. El primer momento, compuesto por la revisión, la investigación y el análisis necesarios para elaborar el informe final, tiene una tarifa de \$285 dólares en promedio por hora. Por el segundo momento, compuesto por lo que en su sistema se llama *deposición o declaración*¹⁰⁶, la tarifa es de \$336 dólares en promedio por hora. Por último, por ir a testificar y someterse a examinación presencial en Corte \$356 dólares en promedio por hora.

¹⁰⁴ Disponible en: <https://www.expertinstitute.com/resources/expert-witness-fees/>

¹⁰⁵ “Average Engineering (Mechanical) Expert Witness Fees in California” información obtenida de la página web indicada en la nota anterior.

¹⁰⁶ “La deposición de un testigo experto es la culminación de la teoría de la defensa o el enjuiciamiento del caso de la parte contraria. Antes de tomar la declaración de un perito, las partes deberían haber completado el “descubrimiento” de los hechos: se contestaron los interrogatorios, se obtuvieron los documentos, se ‘depositaron los testigos’.”

Lo que sucede en Estados Unidos es preocupante, ya que inevitablemente se termina produciendo un problema de costos, habilitando sólo a quien tenga mayor poder económico a acceder a un mejor perito. Por mejor no nos referimos a más experto, sino simplemente a si tiene mejor o mayor fama. Esto daría lugar a lo que podríamos llamar una batalla de peritos (Sklansky, 2020).^{107 108}

Lamentablemente, no contamos con una fuente disponible que nos ofrezca un análisis del mercado de forma similar en Chile, pero nos atrevemos a proponer que poca transparencia supone aquello, ya que los expertos, al final del día, pueden cobrar lo que discrecionalmente consideren vale su trabajo, que en sí mismo no está mal ya que al no estar regulado no contravienen ninguna norma en específico, pero sí dificultan el acceso a este medio probatorio, sobre todo en sede civil donde se debe limitar al nombramiento de un perito que esté previamente reconocido en la lista.

2. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS SISTEMAS

2.1. CONTROL DE ADMISIBILIDAD

En este punto, podemos mencionar que ambos sistemas cuentan con un control de admisibilidad de la prueba pericial, pero que éste se ve mucho más fuerte en el sistema norteamericano, aun cuando “los tribunales y legisladores han intentado establecer filtros para excluir las pruebas periciales excesivamente partidarias y con insuficiente fundamento científico u otra base de auténtica pericia” (Sklansky, 2020, p. 175), razón por la cual hicimos un estudio exhaustivo de los criterios que la misma jurisprudencia estadounidense han ido entregando para dichos efectos, pero, a fin de cuentas, “han dejado la mayor parte del control sobre la prueba pericial en manos de los abogados y no de los jueces”, tal como nos indica el mismo autor.

¹⁰⁷ SKLANSKY, David Alan, *La prueba pericial en los Estados Unidos* (Expert Evidence in the United States) (July 14, 2020). Forthcoming in *La prueba pericial a examen: Propuestas de lege ferenda*, ed. Joan Picó i Junoy, Juan Antonio Andino López, and Elisabet Cerrato Guri (Barcelona: Bosch, 2020), 175-185, Disponible en línea en: <https://ssrn.com/abstract=3650368>

¹⁰⁸ Recordemos lo establecido por TARUFFO acerca de la concepción del perito como un “pistolero a sueldo”.

Resulta curioso de igual forma pensar que la versatilidad y flexibilidad del ordenamiento de Estados Unidos pareciese ser más idealista que real. Al no estar éste construido sobre una base de estatutos propiamente normativos y reglamentarios, sino a partir de casos que establecen precedente, no se haya optado aun por introducir o sugerir –a lo menos– una modificación que busque otorgar un mayor control por parte del magistrado, que muy cómodamente se mantienen en el *status quo* actual. Esta idea también la comparte SKLANSKY (2020), al postular que “los abogados no quieren ceder dicho control, y los jueces, en términos generales, se muestran conformes con el funcionamiento actual, ya que es lo que conocen.”

A pesar de esto, no pareciera que la ausencia de norma fuese un problema, ya que con independencia de los criterios que la trilogía *Daubert* nos entrega, “la experiencia estadounidense con la prueba pericial ha logrado llamar la atención sobre la etapa de admisión como posible filtro de calidad de la información experta que entrará al proceso judicial, no dejando esta tarea para la etapa de valoración propiamente, como tradicionalmente sucede en nuestros sistemas” (Vásquez, 2019, p. 221).

A propósito de lo expuesto es que podemos establecer que el modelo norteamericano goza de una mayor rigidez en lo que a valoración se trata, además de contar con criterios atinentes sobre la calidad misma de las pruebas periciales (Vásquez, 2019, p. 222).

En Chile, por el contrario, el control de admisibilidad de la prueba pericial lo ejercen directamente los tribunales al establecer el legislador las hipótesis respecto de cuales debe versar la aceptación o rechazo de este medio probatorio, aunque sólo sobre una base de pertinencia, legalidad y necesidad.

En este sentido, el Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 409 y siguientes, establece las hipótesis de procedencia de dicho medio de prueba. En virtud de lo anterior, el referido código se limita a establecer disposiciones meramente procedimentales en cuanto a los casos de procedencia del informe de peritos, la formas y ritualidades para su nombramiento y la manera en que deben cumplir su encargo, sin que existan normas que determinen los procedimientos propios de la ciencia o arte que, en efecto, deban cumplir los peritos para emitir su informe. Así, solo existe una disposición en cuanto a la fuerza probatoria de los referidos

informes, indicándose en el artículo 425 que los tribunales apreciaran los informes de peritos en conformidad con las reglas de la sana crítica.

Por otro lado, en el Código Procesal Penal en su artículo 276, al momento de referirse a la posibilidad de excluir prueba en la etapa intermedia, esta exclusión sólo recae en aquellas pruebas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios. También, en el caso que la prueba documental o testimonial fuere sobreabundante, ésta puede ser limitada. Finalmente, también es posible excluir las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Así, la prueba que no esté en alguna de las hipótesis descritas anteriormente, debe ser admitida para que sean rendidas ante el Tribunal Oral en lo Penal. Ahora bien, en lo que respecta a la habilidad de los peritos, como vimos en su oportunidad, el artículo 318 establece que no procede la inhabilitación de los peritos, sin perjuicio de las preguntas que las partes o el Tribunal les pueden dirigir, orientadas a determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones. De esta forma, en el sistema penal chileno, el Tribunal Oral en lo Penal deberá fundamentar en la sentencia definitiva, absolutoria o condenatoria, en base a la valoración de la prueba rendida en el juicio oral, incluyendo en dicha valoración, la declaración del perito en el juicio, en virtud de lo dispuesto en los artículos 297 y 342 del Código Procesal Penal.

Por su parte, los criterios de admisibilidad establecidos en el Caso Daubert apuntan a la metodología que debería emplearse por el perito para que éste pueda arribar a conclusiones válidas. En concreto, la metodología utilizada por el perito debe ser respaldada y validada por la comunidad científica a la que pertenezca el perito.

Como vimos en su oportunidad, en la tradición del *common law* la determinación de los hechos (*facts*) corresponde al jurado, quienes no necesariamente son personas letradas, existiendo un paternalismo epistémico por parte del juez, que busca proteger al jurado de la prueba de baja calidad epistémica (Vera, 2021, p. 47). De esta forma, los criterios establecidos en el caso Daubert "... presuponen que el juez está en una mejor posición epistémica para detectar la prueba científica de baja calidad. Y, en dicho contexto, tiene sentido que se atribuya una funcionalidad de gatekeeper respecto de la calidad epistémica de la prueba. Dejando al

margen lo anterior, las reglas de admisión y/o exclusión probatoria no son reglas de valoración y tampoco pueden atribuir de facto dicha tarea a quien no corresponde. Es decir, por un lado, no pueden transformar la etapa de admisión en una etapa de valoración probatoria y, por otro, no pueden atribuir de facto la titularidad de la decisión sobre los hechos por medio de la valoración probatoria que en nuestro sistema corresponde al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal y en el sistema norteamericano al jurado” (Vera, 2021, p. 55).

En base a lo anterior, es posible hacer una segunda distinción entre el sistema del *common law* y nuestro sistema jurídico, toda vez que en el sistema chileno, por regla general, no existen jurados.

En el sistema civil, el juez de instancia es el mismo que conoce de la etapa de discusión, conciliación, prueba y fallo, quedando dentro de sus facultades privativas el valorar la prueba rendida ante él, pudiendo restar fuerza probatoria al informe pericial conforme a las reglas de la sana crítica.

Por su parte, en el sistema penal chileno, si bien intervienen dos tribunales distintos (i.e. juez de garantía y los jueces del Tribunal Oral en lo Penal), no existen razones que justifiquen que el juez de garantía, quien tiene a cargo la etapa intermedia y en la cual se puede excluir prueba, esté en una posición mejorada que los jueces de Tribunal Oral en lo Penal para poder determinar si el informe pericial reviste de la fiabilidad necesaria, no pudiendo -ni debiendo- cumplir el rol que en el *common law* asume el juez respecto del jurado. En este sentido, Vera (2021, p. 50) ha indicado que “no habría razones suficientes para justificar que el juez de la fase intermedia en un proceso penal posee una mejor posición epistémica respecto del tribunal del juicio oral en lo penal, -que conoce del juicio oral, es colegiado y está compuesto por jueces letrados-, sin que ello signifique una asunción peyorativa que infrinja el estándar de la razonabilidad de la diferenciación entre ambos entes jurisdiccionales”.

De esta forma, en Chile no sería posible aplicar los criterios del caso Daubert para declarar inadmisibile el informe pericial de un perito que forme parte de la nómina de cada Corte de Apelación, toda vez que la admisibilidad de la prueba pericial en Chile depende de la materia sobre la cual versará el informe y respecto de la calidad del perito. De esta manera, en Chile no existe un control de admisibilidad relacionada a la calidad o rigurosidad, científica o técnica,

empleada por el perito para arribar a sus conclusiones. Por el contrario, solo existe un control formal relacionado a la persona del perito, es decir, que la persona tenga las calificaciones profesionales necesarias.

Sin perjuicio de lo anterior, los criterios establecidos en el caso Daubert sí podrían tener aplicación al momento en que el juez de instancia -civil o penal- valore el informe pericial, toda vez que una de las limitaciones a la sana crítica justamente dice relación con los conocimientos científicamente afianzados. Lo anterior se debe a que los criterios establecidos en Daubert corresponden a los requisitos mínimos que debe cumplir la metodología empleada para tener validez científica. Así, si el juez de instancia al momento de valorar el informe pericial se da cuenta que no se cumplen con estos requisitos, podría restar valor a dicho informe en la etapa valorativa, sin contradecir a los conocimientos científicamente afianzados.

De esta manera, en Chile resultan inaplicables los criterios Daubert para de efectos de determinar la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba pericial en los procedimientos judiciales civiles o penales, toda vez que aquéllos, aun estando afianzados en el sistema del *common law*, exceden las facultades y criterios que el legislador chileno le otorga a los mencionados órganos jurisdiccionales para dictaminar su pertinencia. A mayor abundamiento, no existe norma en nuestro ordenamiento que reconozca criterios de admisibilidad análogos a los del sistema norteamericano. De esta forma, los criterios Daubert solo podrían tener aplicación al momento en que los jueces valoren la prueba rendida en el juicio, buscando establecer criterios prácticos para valorar racionalmente la prueba, de conformidad a la sana crítica.

2.2. EL CONTENIDO DEL INFORME

En Estados Unidos existe una mayor amplitud a propósito de lo que los peritos pueden declarar en juicio, en tanto se acepta que no sólo ofrezcan opiniones basadas en lo que ellos mismos hayan percibido, sino que además tienen permitido basarse en información de segunda

mano, es decir, a partir de un contacto indirecto o de oídas.¹⁰⁹ Sin embargo, ninguna legislación regula exclusivamente lo que *debe decir* el informe o *sobre qué* debe referirse.

Aquello es encomendado a las partes propiamente, luego de realizado el proceso que en el sistema norteamericano se llama *Discovery*, en virtud del cual se presentan las pruebas con que cada uno cuenta a la contraria, para que pueda ésta analizarlas y preparar sus objeciones. Así, los abogados en Estados Unidos son quienes finalmente determinan y esclarecen el contenido del informe, siendo este uno de sus principales roles respecto de la prueba pericial.

De esta manera, el abogado que está preparando a un testigo experto para declarar tiene que estar seguro de los objetivos que busca alcanzar con esta declaración. Los propósitos principales del testimonio deberían ser dos: primero, determinar la opinión del experto y sus conclusiones; y segundo, limitar el impacto de ello de modo que se ajuste a su propio beneficio¹¹⁰. Estos objetivos se conjugan con lo que ya vimos en el Capítulo II, en lo que respecta a la acreditación de la calificación profesional del perito, la demostración de los conocimientos y entendimientos del testigo experto respecto de la evidencia fáctica, a la prueba de que el testigo experto tenga también una base razonable para la opinión que sostiene, y, sobre todo, a aquello que nos dejó la *trilogía de Daubert*, esto es, el cumplimiento de aquellos parámetros fijados por los expertos del área para la validación del método utilizado para llegar a sus conclusiones.

2.3. TESTIGO EXPERTO VERSUS PERITO

En el sistema anglosajón el tratamiento del peritaje se realiza, según vimos, a partir de la figura de un testigo experto (o *expert witness* en inglés), aun cuando tiene una regulación especial y diferente a la de un testigo a secas. Muy por el contrario, en Chile esto no sucede y la prueba pericial no es aportada en forma de testimonio, sino a partir de un informe. Sólo en sede penal el perito puede estar presente para que las partes y el magistrado le interroge respecto de

¹⁰⁹ Para corroborar esto, remitirse las Federal Rules of Evidence 701, 703 y 801 expuestas anteriormente.

¹¹⁰“As the attorney who is preparing to depose an expert witness, you must be certain of your objectives for taking the deposition. Your basic purpose for deposing the expert should be twofold: 1) to determine the expert’s opinions and conclusions, and 2) to undermine or limit the impact of the expert’s opinions and conclusions”. La traducción es propia.

las conclusiones que tiene para aportar al proceso en calidad de experto. DUCE (2015) nos ayuda a entender la diferencia esencial entre testigo experto y perito, estableciendo que “un testigo experto es un testigo que, sin ser ofrecido como perito –porque tomó conocimiento del hecho en forma espontánea, es decir, como cualquier testigo lo haría– tiene, sin embargo, un conocimiento de cierta especialización en una determinada materia que es relevante para un punto sobre el que prestará declaración” (p. 31).

Para poder explicar mejor esto, nos atreveremos a proponer un caso. En un accidente de tránsito donde un bus atropella a un peatón, produciéndole lesiones graves, se le atribuye culpabilidad al conductor como exclusivo responsable del evento por un llamado error humano. Sin embargo, en el sitio del suceso, y como pasajero, iba una persona de profesión mecánico automotriz. Ocurrido el hecho, y mientras se le prestaba asistencia a la víctima, aquél notó que del bus caía lo que en su rubro reconocen a primera vista como líquido de frenos, lo que muy posiblemente afectó la capacidad del vehículo de detenerse de forma oportuna para evitar que ocurriera el accidente, y comúnmente sucede –según asumimos los mecánicos saben– por falta de diligencia en la mantención del mismo bus.

El ejemplo expuesto nos sirve tanto en sede civil como penal. Sin embargo, en ambos escenarios el mecánico será un testigo, ya que “presenció -o puede declarar sobre- hechos relevantes para el caso, pero que ‘además’ está dotado de un cierto conocimiento o experiencia que lo habilita para dar opiniones o conclusiones que también son relevantes para el caso, no obstante, no haber hecho un ‘peritaje’ (Duce, 2015, p. 33).

Para establecer la principal diferencia entonces entre un perito y un testigo experto podemos adherir a lo que DUCE (2015) nos comenta, y que se ha establecido en doctrina procesal argentina: “el elemento central que caracteriza un perito no es tanto su conocimiento experto sobre una materia (el cual podría tener un testigo eventualmente), sino que el conocimiento que ha tomado es por convocatoria del sistema de justicia penal y no la percepción espontánea del fenómeno sobre el cual se prestará la declaración” (p. 33).

El problema de la distinción entre testigo experto y perito radica, esencialmente, en dos situaciones: Primero, en que se intente eludir los requisitos que se deben de cumplir para el medio de prueba del informe de peritos a través del “camuflaje” de aquél en la figura de un

testigo (Duce, 2015, p. 33), para lo cual nos remitiremos al caso hipotético que propusimos en párrafos anteriores. Allí, evidentemente el mecánico podría ser un testigo, y en sede civil chilena se valoraría conforme a las reglas que el legislador establece a partir del sistema de la prueba legal o tasada, pero burlando su admisibilidad al no estar contemplado en la lista de peritos a que se refiere el mismo CPC. En sede penal chilena algo similar sucedería en caso de que la prueba pericial no haya sido solicitada en la audiencia preparatoria de juicio oral, pudiendo eludirse la obligación de prestar informe, citando al perito a la audiencia de juicio oral para ser interrogado. De esta manera, eventualmente podríamos enfrentarnos a la situación de que el juez deba apreciar la prueba sin utilizar las facultades que el legislador le otorga respecto de aplicar un criterio de garantía, seriedad y profesionalismo. Así, los testigos y los peritos se someten a distinto control de admisibilidad pero al mismo sistema de valoración: la sana crítica.

En segundo lugar, en los sistemas del *common law*, y dentro de éste, el estadounidense, el perito tiene un trato equivalente al de un testigo, en tanto se le entiende como testigo experto. Las partes los eligen, los preparan lo suficiente para el juicio para que estén lo suficientemente sólidos para testificar de la manera en que más les favorezcan y les pagan por eso. Los conocimientos que dota el perito no son más que un requisito de credibilidad que será sometido a escrutinio en la oportunidad procesal que corresponde, pero no necesariamente su testimonio y conclusiones dotan lo que podríamos llanamente llamar veracidad. En este sistema es particularmente distintivo que al experto *se le permite* expresar su opinión personal sobre los hechos, por lo que no contravienen ninguna norma al hacerlo.

Por su parte, en los sistemas del *civil law*, y dentro de estos, el chileno, se establece como base general la necesidad de la imparcialidad del perito, aun cuando el costo de su informe sea de la parte que lo presenta, éste debe de prestar juramento de estar prestando sus conocimientos con fines de esclarecer los hechos de forma objetiva y no de satisfacer particularmente a quien le contrató, ya que no se buscan sus opiniones subjetivas, sino la aportación de conocimientos exentos de apreciaciones meramente personales y no profesionales¹¹¹.

¹¹¹ Se sugiere remitirse en este tema a Aguirrezabal (2011).

2.4. OBJETIVO Y PERTINENCIA DE LA PRUEBA PERICIAL

Como vimos dentro de las similitudes, el aumento de la prueba pericial se ha producido como un fenómeno transversal en los sistemas jurídicos de diversas partes del mundo y no sólo en los que hemos estudiado en la presente investigación. Sin embargo, entre los sistemas anglosajón y el sistema continental existe cierta diferencia en cuanto a los tipos de peritajes¹¹². Respecto del primero, se distinguen cuatro especies:

- 1) Aquél en el que el experto entrega una opinión sobre los hechos directamente observados. Situaciones en que el perito observa hechos sobre los que declara, pero a la vez aporta opiniones acerca de esos hechos que suponen conocimiento experto. En nuestro caso hipotético, el mecánico que presencié el accidente de tránsito del bus con el peatón.
- 2) Aquél en el que el experto entrega una opinión sobre hechos presentados por terceros, es decir, que no han sido objeto de percepción directa de su parte. Una de las diferencias esenciales del sistema norteamericano con el chileno, según ya vimos en el apartado 4.2.3 del contenido del informe. En nuestro caso hipotético, que se le preguntara a un mecánico que no presencié el accidente cuáles podrían ser las posibles causas de que aquél sucediera, basándose netamente en lo que los testigos le comentaren.
- 3) Aquél en que el experto entrega una opinión basada en principios generales de la disciplina que profesa. Lo que podría darse en caso de que sea necesario acreditar el procedimiento por medio del cual otro perito llegó a sus conclusiones, por ejemplo, ayudando a establecer la credibilidad de las pericias.
- 4) Aquél en que el experto declara sobre un hecho que él observó a través del uso de su conocimiento especializado. Declaraciones sobre hechos, no opiniones. En nuestro

¹¹² Véase Duce (2015, p. 34) para corroborar lo que se expondrá a continuación respecto de la necesidad o razón por la que se busca la contribución de un perito, autor que, a su vez, se basa en lo dicho por Melvin Lewis en *The expert witness: general considerations*.

caso hipotético, el mecánico siendo capaz de dilucidar las fallas mecánicas del automóvil desde un punto de vista técnico, debiendo necesitarse ciertos conocimientos especiales para deducir y precisar que se trata de una falla y no de otra.

Por su parte Duce (2015, p. 35), siguiendo a ROXIN, distingue tres formas de contribución de la prueba pericial en la tradición continental:

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

En la misma línea Duce (2015, p. 35) refuerza lo anterior refiriéndose a lo expresado por TARUFFO (2008, pp. 93-94), para quien “[l]a tarea del perito puede incluir varias actividades: puede ofrecer al tribunal principios o información abstractos o también una evaluación de hechos específicos del caso. El experto puede incluso cooperar con el tribunal para determinar algunos hechos cuando a este no le es posible establecerlos por sí solo”.

De esta manera podemos entonces evidenciar las diversas razones por las que este medio probatorio puede ser aportado al proceso, que, aunque son en sí mismas distintas, en lo elemental pareciesen ser bastante similares.

CONCLUSIONES

a) Si bien no existe un concepto legal de perito o prueba pericial, no consideramos necesario que el legislador se pronuncie expresamente acerca de su sentido y alcance, toda vez que la regulación alrededor de esta prueba es lo suficientemente vasta para regular su alcance. Por el contrario, un concepto legal podría resultar contraproducente, toda vez que delimitaría la prueba.

b) Un problema actual de la prueba pericial es la sobrevaloración de esta. Lo anterior se debe al rol de las ciencias como medio confiable para acceder al conocimiento.

c) En Estados Unidos, la regulación legal y jurisprudencial de la prueba pericial ha entregado al Juez un rol de garante de la fiabilidad epistemológica de la prueba pericial rendida en el juicio y a la cual acceden los jurados. Lo anterior, debido a que el control de admisibilidad que debe realizar respecto de la prueba pericial ha quedado entregada al juez, quien debe revisar la metodología empleada por el perito para poder dar cuenta de la fiabilidad de sus conclusiones. Sobre este punto vale la pena recalcar que el control de admisibilidad está enfocado en la metodología empleada por el perito y si ésta cumple con un estándar mínimo de rigurosidad científica.

d) Por su parte, en Chile, la regulación de la prueba pericial atiende principalmente a los pasos que se deben seguir dentro del procedimiento para que el perito pueda evacuar su informe. En lo que respecta a la admisibilidad de la prueba pericial ésta está enfocada en que la prueba pericial sea un medio pertinente para probar un determinado punto de prueba y que la persona que acepta el encargo de perito sea un profesional en su área de experticia, sin que el juez pueda, en la etapa de admisibilidad, controlar la metodología que empleará el perito para evacuar su informe. Ello si está de presente, de manera especial y casi excepcional, en el ámbito de la justicia penal.

e) De este modo, existiendo en Estados Unidos criterios serios para que el juez pueda revisar en la etapa de admisibilidad la metodología que se empleará por el perito para evacuar su informe, consideramos que estos criterios podrían ser empleados en Chile, toda vez

que, actualmente, éstos sólo podrían ser consideraciones de índole científica que el juez podría utilizar para restar valor probatorio al informe evacuado por el perito, mediante el sistema de valoración de conformidad con la sana crítica. Así, no vemos problemas para que, aplicando criterios de economía procesal, el juez pueda revisar ex ante la metodología que empleará el perito.

BIBLIOGRAFÍA

ABBOUD, Alexis (29 de mayo de 2017). *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. (1993)*. The Embryo Project Encyclopedia. Disponible en <https://embryo.asu.edu/pages/daubert-v-merrell-dow-pharmaceuticals-inc-1993>.

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2011). La imparcialidad del dictamen pericial como elemento del debido proceso. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 (Nº2). Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372011000200009>

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2012). Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 19 (Nº1).

ANDRADE GEYWITZ, Carlos (1949). *Elementos del derecho constitucional chileno*. Editorial Jurídica de Chile.

BENFELD ESCOBAR, Johann (2018). La sana crítica y el olvido de las reglas de sana crítica. *Revista de Derecho de Valdivia*, vol. 31 (Nº1). Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502018000100303>

BONET NAVARRO, José (2009). La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 (Nº2). Disponible en: <https://www.uv.es/ajv/obraspdf/Capi%CC%81tulo%20IV.%20Valoracio%CC%81n%20y%20carga%20de%20la%20prueba.pdf>

BORDALÍ SALAMANCA, A., CORTEZ MATCOVICH, G. y PALOMO VÉLEZ, D. (2014). Proceso civil: el juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela

cautelar. Disponible en <http://bibliografias.uchile.cl/2178>

BUBELA, Tania (2004). Expert Evidence: The Ethical Responsibility of the Legal Profession. *Alberta Law Review*, vol 41 (N°4).

CALAMANDREI, Piero (1961). *Estudios sobre el proceso civil*. Editorial Bibliográfica Argentina.

CARNELUTTI, Francesco (1995). *La prueba civil* (2da edición traducida pro N. Alcalá-Zamora y Castillo, Depalma, 2ª edic., Buenos Aires, 1982, pp.67-102, 195-201).

CASTILLO GALLARDO., Mayarí (2009). Pueblos indígenas y derecho consuetudinario. Un debate sobre las teorías del multiculturalismo. *Nueva Antropología*, vol. 22 (N°71).

COBEN, Larry. *The Daubert Decision: Gatekeeper or Executioner?*, TRIAL, Aug. 1996, at 52. The BNA Expert Evidence Report reports recent cases.

COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo. *Vocabulario jurídico*. Año de edición desconocido. Disponible en: <https://esfops.files.wordpress.com/2013/08/vocabulario-juridico.pdf>.

COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo (1948). *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Editorial Depalma.

COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (3era edición). Roque de Palma Editor.

COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo (1978). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil* (3era edición). Editorial Depalma.

COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo (1993). *Vocabulario jurídico. Con referencia especial al Derecho procesal positivo vigente uruguayo* (5ta reimpresión). Editorial Depalma.

DAIN, Daniel. *How to prepare for, take and use a deposition*. Disponible en línea en: <https://www.jameseducationcenter.com/articles/deposing-expert->

[witnesses/#:~:text=The%20deposition%20of%20an%20expert,documents%20obtained%2C%20lay%20witnesses%20deposed](#)

DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, Camille (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (11va edición). Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Autónoma de México.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966). *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Aguilar.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2002). *Teoría general de la prueba judicial*. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/13421_ti.pdf

DUCE JULIO, Mauricio (2005). La prueba pericial y su admisibilidad a juicio oral en el nuevo Proceso Penal. *Revista Procesal Penal Lexis Nexis* (N°35).

DUCE JULIO, Mauricio (2010). *Admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales: un modelo para armar en la jurisprudencia nacional*. Abeledo Perrot, Legal Publishing.

DUCE JULIO, Mauricio (2015). *La prueba pericial. Aspectos legales y estratégicos claves para el litigio en los sistemas procesales penales acusatorios*. Ediciones Didot.

DUCE JULIO, Mauricio (2018). Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate. **Ius et Praxis**, Talca, v.24, n. 2, p. 223-262.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki (1995). *El principio del debido proceso*. Bosch.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki (2000). *El dictamen de peritos en la ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*. Editorial Tirant lo Blanch.

FALCÓN, Enrique (2003). *Tratado de la prueba*. Editorial Astrea.

FERRER BELTRÁN, Jordi (2017). La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba Cuasi-Benthamiana. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, vol. 9 (N°18).

FISHER, George (2018). *Federal Rules of Evidence. 2018-2019 Statutory and Case Supplement* (3rd edition). Foundation Press.

FLORES PARADA, Ignacio (2005). *La prueba pericial de parte en el proceso civil*. Editorial Tirant lo Blanch.

GAETA, Anne y SITNICK, Elizabeth (1999). *The judge's role as a gatekeeper: responsibilities & powers*. Harvard Law School. Disponible en: <https://cyber.harvard.edu/daubert/ch3.htm>

GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo (1999). Principios del derecho procesal penal en el nuevo sistema de procedimiento chileno. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (Nº20).

GASCÓN ABELLÁN, Marina (2003). *Prueba científica. Un mapa de retos*. Publicado en ESTÁNDARES DE PRUEBA Y PRUEBA CIENTÍFICA (2013), C. Vázquez (ed.), Barcelona, Marcial Pons, 181-203.

GASCÓN ABELLÁN, Marina (2005). *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº28, pp. 127-139.

GIANNELLI, Paul (1980). The admissibility of Novel Scientific Evidence: Frye v. United States, a half-century later. *Columbia Law Review*, vol. 80 (Nº6).

GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2006). La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 (Nº1). Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000100006>

GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles (2019). Repensando el testimonio: la distinción entre agente y producto. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46 (Nº3).

GRAHAM, Lilly, DANIEL, Capra y SALTZBURG, Stephen (2015). *Principles of Evidence* (7th edition). West Academic Publishing.

HORTON, David. *Notes and materials for an introduction to Law*. Third Class

University of California Davis School of Law. (2018)

HUMBACH, John (2016). *Whose Monet? An introduction to the American Legal System* (2nd edition). Wolters Kluwer.

KIRKPATRICK, Laird y ROSE III, Charles (2017). *Evidence, Practice under the Rules* (4th edition). Cumulative Supplement. Wolters Kluwer.

KISCH, Willheim (2018). *Elementos del derecho procesal civil*. Ediciones Jurídicas Olejnik.

LAUDAN, Larry (2013) *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Barcelona: Marcial Pons.

MENESES PACHECO, Claudio. *Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil*. *Ius et Praxis*, Talca, v.14, n.2, p. 43-86, 2008. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200003.

NIEVA-FENOLL, Jordi (2010). *La valoración de la prueba*. Marcial Pons.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl (2008). El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un estado democrático deliberativo. *Ius et Praxis*, vol. 14 (Nº1). Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000100008>

OSSORIO, Manuel y MONEREO, José Luis (2001). *Tratado de las pruebas judiciales*. Comares Editorial.

PINTO, Felipe (2016). *La prueba pericial en general y especialmente en sede laboral. Análisis en el procedimiento de aplicación general*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile.

RAMOS, Bernardo (2013). *Regulación, admisibilidad y valoración de la prueba pericial penal en el derecho nacional*. Proyecto de actividad formativa equivalente a tesis de Magister en Derecho, mención en Derecho Penal.

REYES MOLINA, Sebastián (2012). Presunción de inocencia y estándar de prueba en

el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno. *Revista de derecho de Valdivia*, vol. 25 (N°2), 2012. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200010>

Shuman, D. W., Whitaker, E., & Champagne, A. (1994). An empirical examination of the use of expert witnesses in the courts part ii: three city study. *Jurimetrics Journal*, 34(2), 193-208.

SKLANSKY, David Alan (2020). La prueba pericial en los Estados Unidos en Juan PICÓ, Juan ANDINO y Elisabet CERRATO. *La prueba pericial a examen*. Bosch. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3650368>

SPROVIERI, Luis Eduardo y BEADE, Jorge Enrique (2008). *Defecto y exceso en la prueba científica*. Publicado en: DJ 03/12/2008, 2227-DJ 2008-II, 2227. Disponible en <http://fsdalegal.com.ar/en/2010/03/defecto-y-exceso-en-la-prueba-cientifica>

TARUFFO, Michele (2002). *La prueba de los hechos* (traducción Jordi Ferrer Beltrán). Editorial Trotta. Primera Edición.

TARUFFO, Michele (2008). *La prueba*. Marcial Pons.

TEJASWI, K.B. y AARTE HARI PERIYA, E (2013). Virtopsy (virtual autopsy): A new phase in forensic investigation. *Journal of forensic dental science*, vol. 5 (N°2). Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3826044>

TORO JUSTINIANO, Constanza María Fernanda (2008). *El debido proceso: un estudio comparativo de la doctrina procesal penal y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-toro_c/pdfAmont/de-toro_c.pdf

TWINING, William. (1985). *Theories of Evidence: Bentham & Wigmore*. Stanford University Press.

VÁSQUEZ ROJAS, Carmen (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons.

VASQUEZ ROJAS, Carmen (2019). *La prueba pericial en el razonamiento probatorio*. Editorial Zela.

VÁSQUEZ, Carmen. *Estándares de prueba y prueba científica*. Marcial Pons. (2013)

VERA SÁNCHEZ, Juan. (2021). CIERTAS DUDAS QUE DEJA EL FALLO DAUBERT. *Filosofía jurídica*, (34), 43–59. Recuperado a partir de <https://anuario.filosofiajuridica.cl/index.php/filo/article/view/16>

VERA SÁNCHEZ, Juan. (2021). Exclusión de la prueba pericial científica (de baja calidad epistémica) en fase de admisibilidad en procesos penales de tradición románica-continental: Diálogo entre dos culturas jurídicas. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/182016>

VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos (1951). Naturaleza jurídica de la prueba pericial. *Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo 4, Facs/Mes 1*. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2770980.pdf>

WENDELL HOLMES, Oliver (1897). *The path of the Law*. 10 Harvard Law Review 457. Disponible en: <http://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>

SENTENCIAS

Commonwealth v. Lykus, 367 Mass. 191, 204, 327 N.E.2d 671, 678 (1975).

Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. (1993).

Frye v. United States. 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923). Análisis disponible en <http://www.law.harvard.edu/publications/evidenceiii/cases/frye.htm> Consultado con fecha 30 de Abril de 2018.

Joiner v. General Electric Co. 522 U.S. 136, 118 S. Ct. 512, 139 L. Ed. 2d 508, 1997 U.S. 7503.

Kumho Tire Company, LTD., et al, petitioners, v. Patrick Chamichael, etc., et al. 526 U.S. 137, 143 L.Ed.2d 238.

Lapsey v. Xtek, Inc. 689 F. 3d 802, 810 (7th Cir. 2012).

Lightning Lube, Inc. v. Witco Corp. 4 F.3d 1153 (3d Cir. 1993).

Muñoz con Corte de Apelaciones Valparaíso (1952) p. 41, cons. 1°.

People v. Rogers, 86 Misc. 2d 868, 873, 385 N.Y.S.2d 228, 232 (Sup. Ct. 1976).

United States v. Zeiger, 350 F. Supp. 685, 687 (D.D.C.), rev'd, 475 F.2d 1280 (D.C. Cir. 1972).

United States v. Westbrook, 896 F.2d 330 (8th Cir. 1990).

United States v. Kohli, 847 F3d 483, 491 (7th Cir. 2017).

Jurisprudencia chilena

Sentencia n° Rol 2748 de Tribunal Constitucional, 29 de Octubre de 2015.

Sentencia n°, Rol 12.465-2018, Corte Suprema, 19 de Agosto de 2019.

Sentencia n°Rol 5.480-2018, Corte Suprema, 27 de Septiembre de 2019.