



UNIVERSIDAD DE CHILE.
FACULTAD DE DERECHO.
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES.

EL PERITO, EL INFORME PERICIAL Y LA PRUEBA CIENTÍFICA.

Admisibilidad, Criterios Cualitativos e Igualdad de Armas.

FELIPE IGNACIO SANDOVAL SILVA.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

PROFESOR GUÍA: FELIPE ABBOTT MATUS.

SANTIAGO DE CHILE.

2019.

A Madre, Padre, Hermanos.

Y todo aquello que aportó a mi formación. También a Dios.

“Satisfaction comes in the doing...”.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.	1
CAPITULO I: LA INSTITUCIÓN DEL PERITO Y SU INFORME.	
CARACTERIZACIÓN.	5
1.- Consideraciones etimológicas en torno a la definición de perito.	5
2.- Reconocimiento de la participación del experto en el plano histórico.	6
2.1.- El dictamen experto en la historia jurídica nacional.	7
2.2.- El dictamen pericial y el antiguo código de procedimiento penal.	10
3.- Las funciones del perito en el proceso penal.	13
4.- La pericia y el perito. Vigencia en un sistema procesal contemporáneo.	14
5.- El código procesal penal y la prueba pericial.	17
5.1.- Ubicación orgánica.	17
5.2.- Regulación del contenido mínimo del informe pericial como expresión del principio contradictorio.	20
5.3.- Costos asociados a la producción de la pericia y acceso al profesional.	23
5.4.- Incapacidad para ser perito y principio de no autoincriminación.	26
5.5.- Clasificación de peritos.....	27
CAPITULO II: NATURALEZA JURÍDICA DEL INFORME PERICIAL.	31
1.- El perito como auxiliar del juez.	31
2.- El perito como medio de prueba.	34
2.1.- La fuente y el medio de prueba en la prueba pericial.	36
2.2.- La prueba pericial y su relación con otros medios de prueba.	39
2.2.1.- El informe pericial y la prueba documental.	39
2.2.2.- Testigo y perito: elementos comunes y diferenciadores de sus declaraciones.	41
2.2.3.- El Testigo-perito.	44
2.2.4.- Moción parlamentaria 12935-07 sobre lectura de informes.	46

3.- La función pericial colaborativa en la fase de investigación y la naturaleza sui generis del informe pericial.	49
---	----

**CAPITULO III: PROCEDENCIA DE LA PRUEBA PERICIAL SEGÚN
EL ESQUEMA DEL ARTÍCULO 314 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL. 55**

1.- La profesión de un arte.	55
1.1.- El perito frente a la subjetividad.	56
1.2.- El perito tasador y su función útil a los fines del proceso.	58
2.- El ejercicio de un oficio.	59
2.1.- Distinción entre peritos <i>percipiendi</i> y peritos <i>deducendi</i>	60
2.2.- Apreciación del testimonio del experto sin acreditación.	61
2.3.- La profesionalización de un oficio. PDI. Cuna de peritos.	62
3.- El concepto ciencia. Parámetros útiles para determinar la cientificidad de la prueba científica.	65
3.1.- La ciencia y “el sector que lo profesa”.	66
3.2.- El método. Evolución y utilidad ante los fines del proceso.	68
3.3.- El conocimiento científico. Elementos fundamentales.	70
3.4.- Características del conocimiento científico.	72
3.5.- Disciplinas de dudoso rigor científico.	74
3.6.- Subjetividad y control policial. Una reflexión en torno al artículo 85 C.P.P.	76
3.7.- Criterios comparativos de conocimiento y mejor tecnología disponible.	78
3.8.- Criterios comparativos de conocimiento científicamente afianzado.	79
3.9.- Mito de infalibilidad de la prueba pericial como prueba científica y reemplazo del juez.	80

**CAPITULO IV: REGLAS DE ADMISIBILIDAD Y FACTORES MODULARES EN
LA EVALUACIÓN PERSONAL DEL PERITO. 85**

1.- Fases de la actividad probatoria.	85
2.- Admisibilidad, relevancia y pertinencia de la prueba. Distinción.	87
3.- Reglas generales de admisibilidad de la prueba en el proceso penal.	89

4.- Un nuevo modelo de juez frente a la pericia en E.E.U.U.	91
4.1.- Necesidad de criterios <i>ad-hoc</i>	92
4.2.- Distinción entre conjuntos de reglas.	93
5.- Factores modulares en la evaluación personal del perito.	94
5.1.- La confianza profesional en el Perito.	95
5.2.- La idoneidad del Perito.	96
5.3.- Garantías de seriedad y profesionalismo o confiabilidad del perito.	98
5.4.- Calidad y Certificación.	101
5.4.1.- Estándares de certificación internacional y normas ISO.	102
5.4.1.a.- Competencias en el laboratorio e ISO/IEC 17.025:2017.	104
5.4.1.b.- Contaminación de la muestra e ISO 18.385:2016.	106
5.4.1.c.- Peritajes informáticos e ISO/IEC 27.037:2012.	112
5.5- La imparcialidad.	115
5.5.1.- Imparcialidad objetiva y subjetiva.	116
5.5.2.- Imparcialidad del perito.	118
5.5.3.- Vinculación médico paciente.	120
5.5.3.a.- Imparcialidad en exámenes de salud mental. Resolución exenta S.M.L. Nº10.655.	122

CAPITULO V: EL ACCESO AL PERITO.

UNA CONSIDERACIÓN DESDE EL DEBIDO PROCESO. 125

1.- La dualidad funcional de la prueba de Taruffo. Riesgos para la reconstrucción fáctica.	125
1.1.- La prueba como instrumento de conocimiento.	125
1.2.- La prueba como instrumento de persuasión.	126
1.3.- La función persuasiva en el contexto adversarial.	126
1.4.- El riesgo de la prueba persuasiva.	127
1.5.- Mercado privado de expertos y realidad nacional.	129
2.- El acceso a la prueba como garantía del debido proceso.	131
2.1.- El debido proceso.	131
2.2.- El acceso a la prueba.	132
3.- El acceso a la prueba pericial.	134

3.1.- Problemáticas en torno a los auxiliares de la función investigadora.	134
3.2.- Artículo 314 C.P.P. Desigualdad de armas y de <i>expertiz</i>	138
3.3.- Morigeración del perito de parte. Beneficios de un sistema pericial coadyuvante.	143
CONCLUSIONES.	149
BIBLIOGRAFÍA.	153

RESUMEN.

El presente trabajo de investigación pretende dar cuenta de la institución del informe pericial y de la persona del perito en el ámbito jurídico procesal y especialmente en sede penal. Se advierte que la legislación nacional no ofrece regulación exhaustiva respecto de ciertos rasgos subjetivos que invisten la figura del perito en tanto experto en una determinada disciplina, sea esta una ciencia, un arte u oficio, especialmente en cuanto a la evaluación que respecto a su incorporación recae en fase de admisibilidad probatoria, relevando dichas calificaciones a las garantías de seriedad y profesionalismo que su ofrecimiento a juicio aspire a representar. Se examina a su vez la asimetría cognoscitiva existente entre juez y perito reconociendo a este como intermediario epistemológico de conceptos ajenos al acervo cultural común del juez, vinculando dicho desequilibrio a la desigual distribución de expertiz que nuestro ordenamiento procesal contemporáneo exhibe en un contexto de apropiación de medios probatorios, globalización y dinámico avance científico-tecnológico.

Palabras Clave: Perito – Informe Pericial – Expertiz – Garantías de seriedad y profesionalismo – Medio Probatorio – Prueba científica – Conocimiento científicamente afianzado – Proceso penal – Admisibilidad probatoria – Reemplazo del juez – Debido proceso – Igualdad de armas – Reconstrucción cognoscitiva – Sistema adversarial.

INTRODUCCIÓN.

A nivel doctrinario, se ha criticado el uso de la prueba pericial en los sistemas legales señalando por ejemplo que su ofrecimiento a juicio no estaría suficientemente “filtrado” en las etapas procesales dispuestas para abrir debate a su respecto.

Intuitivamente, lo anterior encuentra explicación desde que se trae a consideración que el juez, inexperto en determinadas materias técnicas que escapan de su competencia, se enfrenta a metodologías sobre las cuales no tiene suficiente dominio, siendo incapaz de formarse una actitud crítica respecto de los elementos de prueba allegados desde la profesión de un arte, el desarrollo de una ciencia o la práctica de un oficio, al proceso.

De acuerdo a estadísticas, en nuestro país se ha evidenciado que la fase procesal destinada a abrir debate en torno a la legalidad, licitud, relevancia, pertinencia y confiabilidad de la prueba, previo a su incorporación al juicio oral ha disminuido a la mitad, entre los años 2006 y 2014, pasando de 37.4 a 16.4 minutos (CEJA:2016)¹.

Paradójicamente, los medios con que los litigantes cuentan para probar sus puntos son hoy en día sumamente más sofisticados que los que existían hasta hace un par de décadas atrás.

La globalización, el avance de las ciencias y de la tecnología encuentra su correlato en los sistemas procesales contemporáneos. Expresión de dicho avance se plasma en cierta complejización de los medios conforme a los cuales los intervinientes intentan acreditar los hechos en el contexto procesal. Así, la prueba pericial en general y la prueba científica en particular, estructuradas sobre la aplicación de conocimientos especializados cuyo desarrollo se encuentra generalmente en correspondencia con los avances culturales, resultan hoy en día de especial importancia. En un contexto cultural de revolución tecnológica, la posibilidad de contar con intermediarios de

¹ Chile. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2016. “Evaluación de la Reforma Procesal Penal a diez años de su implementación en todo el país. Informe Final.” Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

información técnica que esclarezcan hechos de alta complejidad científica se torna indispensable.

No obstante, la dependencia de intermediarios epistemológicos inserta en un escenario adversarial donde se verifique el dominio estratégico de los medios probatorios, puede implicar ciertas consecuencias perniciosas.

Desde que la autoridad del discurso de experto, epistémicamente inaccesible a un juez lego, queda entregada al dominio de los litigantes, las posibilidades de defensa de que éstos disponen para fundar sus pretensiones en el marco de un debido proceso pueden resultar subordinadas a su capacidad material de poder contar con un experto con más credenciales que otro, en términos de introducir una mejor versión acerca de los hechos debatidos a través de su propio intermediario, incorporado a su costa.

En este sentido, la *expertiz* subjetiva depositada en la persona del perito en tanto detentador de conocimiento y calificaciones personales (como pudieran ser las garantías de “seriedad y profesionalismo” que exhibe -carentes sin embargo de desarrollo normativo y jurisprudencial suficiente-), se torna un factor relevante al examinar su discurso: es el experto quien produce y porta el discurso que habrá de ser introducido a un contexto epistémicamente desequilibrado y cuyo componente técnico resulta un serio fundamento en la inclinación de la decisión judicial.

Tanto la asimetría de conocimientos esbozada, como la eventual desigualdad de armas que exhiben los litigantes en cuanto a sus posibilidades de acceso al conocimiento, en conjunto con la preponderancia de un sistema adversarial por sobre uno de reconstrucción cognoscitiva, no agotan los puntos críticos que en torno a la prueba pericial serán materia del presente trabajo.

Admitiendo que en los procesos adversariales el órgano decisor habrá de enfrentarse no sólo a una versión técnica sino a dos opiniones expertas que exceden su marco epistémico común, el presente trabajo pretenderá examinar los criterios que permitan dar cuenta del concepto de calidad que involucra la prueba pericial, desde que se admite que la legislación no es exhaustiva al regular las garantías que deben confluir en el experto a fin de acreditar la validez y fiabilidad de sus procedimientos.

Para ello se analizará la persona del perito como sujeto procesal determinante en la acreditación de hechos en que predomina la demanda de razonamiento técnico-especializado, y cuyo contenido excede el conocimiento promedio-común disponible en operadores jurídicos desprovistos de las herramientas necesarias para filtrar la conformidad de los enunciados de experto vertidos en el proceso y la correlación fáctica o determinación de la probabilidad de verdad en ellos contenida.

Con todo, el presente trabajo no abarcará los criterios de valoración que rigen a la prueba, limitando el examen en torno a los criterios que inciden hasta en su fase de admisibilidad.

CAPITULO I.

LA INSTITUCIÓN DEL PERITO Y SU INFORME. CARACTERIZACIÓN.

En el intento de definir qué se entenderá por perito, puede resultar conveniente analizar de manera preliminar la naturaleza de la figura desde un escenario previo al jurídico, ofreciendo una exposición que nos acerque, antes que a la institución definida legalmente, a su concepción más natural.

Esto por cuanto en el desarrollo de la presente investigación se pretenderá realizar un acercamiento tanto a la institución normativamente reglada, como a la persona en quien es depositada la labor del experto. El perito se inserta en un escenario jurídico que no resulta exhaustivo en la regulación de sus garantías profesionales, tornándose relevantes una variedad de antecedentes no normativos para examinar tanto su discurso como su declaración.

1. CONSIDERACIONES ETIMOLÓGICAS EN TORNO A LA DEFINICIÓN DE PERITO.

Desde un plano lingüístico elemental, es posible diferenciar varios términos involucrados al referir la idea de peritaje.

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, la expresión perito, proveniente del latín *perītus* (conocedor, diestro²), corresponde a aquel (aquella) experto (a) o entendido (a) en algo.

Por su parte, pericia, del latín *peritia* (conocimiento, experiencia, licencia, habilidad o talento), constituye una sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte.

² García de Diego, V. 1964. *Diccionario Ilustrado latino-español español latino*. 6ª ed. Barcelona: Bibliograf. Pp. 363.

Por último, el término peritaje, modificación de la palabra base mediante el sufijo *-aje*, formando el sustantivo que expresa la acción, y cuyo sinónimo más próximo es peritación, se define como el trabajo o estudio que hace un perito.

En las definiciones citadas subyace como elemento común un evidente conocimiento especial, que distingue a quien lo detenta por el hecho de dominarlo con cierta *expertiz*.

En doctrina jurídica, Eduardo Couture ha definido al perito que se desempeña en el ámbito judicial como aquél “auxiliar de la justicia que, en el ejercicio de una función pública o de su actividad privada, es llamado a emitir parecer o dictamen sobre puntos relativos a su ciencia, arte o práctica, asesorando a los jueces en las materias ajenas a la competencia de éstos.”³

Cabe señalar que el rasgo de conocimiento especial respecto de la persona del perito no se circunscribe a un área o disciplina específica. De este modo, las definiciones del concepto aparecen como indiferentes en cuanto a la materia o disciplina de conocimiento aprehendido por el sujeto, pero excluyentes en cuanto al estándar más alto de comprensión y/o ejercicio que habrá de detentar para constituirse en calidad de tal.

2. RECONOCIMIENTO DE LA PARTICIPACIÓN DEL EXPERTO EN EL PLANO HISTÓRICO.

Desde un plano histórico-jurídico, al indagar sobre la inserción del experto a un sistema normativo, vinculando la necesidad de un conocimiento especializado a la aportación de elementos físicos o materiales suministrados a un juzgador para que este estuviera apto a formar su convicción, válido es señalar que el dictamen pericial existió desde los tiempos del derecho Romano Clásico.

³ Couture Peirano, E. & Sánchez Fontán. 1960. *Vocabulario jurídico: Con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo*. Montevideo: Bianchi Altuna. Pp. 465.

Así, en materia de derechos reales, ya en esta época destacó la figura del perito agrimensor, quien asistía como auxiliar a un juez que inspeccionaba personalmente la constatación de un hecho referido a una superficie inmueble.

Este perito agrimensor podía ser citado posteriormente a fin de emitir su dictamen experto sobre la observación y medición de la superficie terrestre.⁴

Resulta llamativo observar que la figura del perito agrimensor, reseñada desde el derecho romano, encuentra incluso hoy un símil en nuestro ordenamiento jurídico.

Este perito agrimensor constituye una institución vigente a su vez que profusamente regulada en la regulación minera nacional, a propósito del acto de mensura o ubicación de los linderos límites de la pertenencia minera en la constitución de concesiones, disponiéndose que quedan habilitados para realizar dicha labor específicamente “un ingeniero civil de minas o un perito designado por el Presidente de la República”⁵.

Por su parte, durante el periodo histórico del derecho jurisprudencial (100 a 50 A.C.), en Roma también se conoció la figura del “jurisperito”, quien desempeñó labores de experto consistentes en asesorías prestadas tanto a particulares como a magistrados y jueces, mediante el aporte de su “capacidad especial para apreciar situaciones nuevas producidas por la creciente complejidad de la vida romana y sugerir soluciones acordes con la ordenación jurídica en general”⁶.

2.1 El dictamen experto en la historia jurídica nacional.

Avanzando en el tiempo, y en lo que respecta al ordenamiento jurídico nacional, encontramos que la figura del experto como auxiliar de la labor judicial inserto en el

⁴ Argüello, L. 2004. *Manual de Derecho Romano*. 3ª. Ed. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Pp. 565.

⁵ Chile. Ministerio de Minería. 1983. Ley N°18.248: Código de Minería. Art. 71, inc. 2: “La mensura se llevará a efecto por cualquier ingeniero civil de minas que escoja el interesado, o por un perito elegido por éste de entre las personas que anualmente designe con tal objeto, para cada Región, el Presidente de la República, a propuesta del Director Nacional del Servicio.”

⁶ Argüello, L. 2004. *Manual de Derecho Romano*. 3ª. Ed. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma Pp. 91.

marco de un proceso jurídico vino a ser reconocida en Chile durante el periodo de ensayos constitucionales, a través de la Constitución Política de 1823.

En esta, al tratar de manera transitoria, en su título XIV, sobre las Cortes de Apelaciones, se establece dentro de sus atribuciones la posibilidad de llamar a su integración a “facultativos en clase de conjueces”, cuando fueran materia de su conocimiento aquellas controversias que exigiesen “conocimientos prácticos o técnicos”.

La norma agrega que desde el momento de su dictación y para la solución de controversias de tipo técnicas, “se tendrán por nombrados un comerciante, un minero, y dos empleados de hacienda”⁷. Preselección similar a lo que se podría reconocer hoy como “lista de peritos de corte”.

Dicha disposición, esencialmente transitoria en razón del estado histórico-constitucional que atravesaba nuestra recién independizada nación⁸, fue posteriormente derogada, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1828, la cual no instituyó la existencia de facultativos como auxiliares de la administración de justicia en el ámbito de la regulación del poder Judicial ni en específico respecto de las Cortes de Apelaciones, delegando la regulación de esta materia a la futura dictación de leyes especiales.

También en sede constitucional, cabe reseñar que para el constituyente nacional del siglo XIX las voces “profesión de alguna ciencia arte o industria”, características de la inserción de la persona del perito en nuestros actuales sistemas procesales, constituyeron expresiones normativas, conformándose como antecedentes de prestigio y dignidad tales que incluso habilitaban para el ejercicio de derechos políticos.

⁷ Chile. 1823. Constitución Política del Estado de Chile. Art. 156: “Son atribuciones de esta Corte: N°3: En materias que exijan conocimientos prácticos o técnicos, llamará a su seno facultativos en clase de conjueces, teniendo desde ahora nombrados un comerciante, un minero y dos empleados de hacienda para estos respectivos juicios, y sustanciando siempre las materias fiscales con informe del jefe del ramo a que pertenece el objeto de aquel juicio.”

⁸ Cristi, & Ruiz-Tagle Vial. 2006. *La república en Chile: Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*. 1ª. Ed. Ciencias Humanas. Santiago de Chile. LOM Ediciones. Pp.86 y siguientes.

Así, encontramos que figuraron en la Constitución de 1828, tanto para confirmar la calidad de ciudadano “activo” de aquellos chilenos naturales mayores de 21 años⁹, como para reconocer la nacionalidad “chilena legal” de los extranjeros que cumplieren ciertos años de permanencia en el territorio nacional¹⁰.

Por su parte, en 1853, al dictarse en nuestro país la Ley del Diezmo, se estableció la posibilidad de nombrar un perito, quien estaba facultado para intervenir en calidad de experto tasador en un proceso de reclamación dirigido a determinar la justa repartición del impuesto en conformidad a la extensión de los terrenos rústicos afectos a éste.¹¹

En este mismo sentido, en la Ley de Ferro-Carriles de 1857, se dispuso la posibilidad de citar a un perito con el objeto de fundar un proceso de reclamación en contra de la determinación del justiprecio los daños y perjuicios estimados a pagar al propietario de un terreno que hubiere sido confiscado por motivo de utilidad pública para el uso, tránsito y construcciones de la línea ferrocarril nacional.¹²

En el ámbito criminal, el texto original del Código penal que entró en vigencia el 12 de noviembre de 1874 extendió la aplicación de las penas asociadas a los delitos de prevaricación y fraudes cometidos en bienes o cosas en cuya tasación intervinieren, a los peritos que resultaren involucrados como partícipes en su comisión.

⁹ Chile. 1828. Constitución Política de la República de Chile. Art. 7. “Son ciudadanos activos: 1° Los chilenos naturales que, habiendo cumplido veintiún años, o antes si fueren casados, o sirvieron en la milicia, profesen alguna ciencia, arte o industria, o ejerzan un empleo, o posean un capital en giro, o propiedad raíz de qué vivir.”

¹⁰ Chile. 1823. Constitución Política del Estado de Chile. Art. 6: “Son chilenos legales: 2° Los extranjeros casados con chilena, que profesando alguna ciencia, arte o industria, o poseyendo un capital en giro o propiedad raíz, tengan dos años de residencia en el territorio de la República.”

¹¹ Chile. 1853. Ley “Diezmo” (sin número). Art. 4: “Si en el término de sesenta días después de formada la carta *i* publicada la *estension i* clases de terrenos que comprende cada fundo del departamento, algún propietario reclamase contra dicha operación, se procederá a rectificar lo obrado por una comisión compuesta de un individuo, nombrado *i* pagado por el reclamante, *i* otro nombrado por el jefe de la comisión de que habla el artículo anterior. Este jefe decidirá las discordias que resulten del caso. Si el reclamante renunciare a nombrar un perito por su parte, la Comisión se compondrá únicamente de los que nombrare el Jefe encargado de levantar la carta.”

¹² Chile. 1857. Ley “Ferro-Carriles” (sin número). Art. 4: “El interesado que quisiere reclamar del justiprecio hecho por la comisión, ocurrirá dentro de veinte días al Juez ordinario respectivo, solicitando que su contendor nombre un perito, para que junto con el que debe proponer desde luego el recurrente, hagan una tasación circunstanciada *i* minuciosa. Un tercero en discordia nombrará siempre el juez para los casos de haberla.”

Asimismo, dicho cuerpo legal reconoció la posibilidad de participación de un experto tasador o perito como disposición común a los delitos cometidos en contra de la propiedad, al establecer que “cuando del proceso no resulte probado el valor de la cosa sustraída ni pudiere estimarse por peritos u otro arbitrio legal, el tribunal hará su regulación prudencialmente”¹³.

Dicha disposición, que admite la hipótesis de tasación efectuada por un experto en el marco de un proceso penal, es reconocida incluso con anterioridad, en la primitiva Ley General sobre hurtos y robos del año 1849, en su artículo 39.

Con todo, cabe señalar que el mismo texto contenido en esta antigua disposición es posible encontrarlo en el artículo 455 del código penal actualmente vigente.

2.2 El dictamen pericial y el antiguo Código de procedimiento penal.

En la historia procesal penal nacional el antiguo Código de Procedimiento Penal, originalmente publicado con fecha 19 de febrero de 1906 mediante Ley de la República N°1853, vino a tratar de manera más sistemática la institución del perito.

En este cuerpo legal se le instituyó como aquel especialista encargado de asumir una función auxiliar en el desarrollo del procedimiento dirigido a la “comprobación del delito i averiguación del delincuente”.¹⁴

Así, el artículo 131 del referido código señala: “el delito se comprueba con el examen practicado por el juez, *ausiliado* por peritos, en caso necesario, de la persona o cosa que ha sido objeto del delito, de los instrumentos que sirvieron para su perpetración i de las huellas, rastros i señales que haya dejado el hecho; con las deposiciones de los testigos que hayan visto o sepan de otro modo la manera cómo se ejecutó; con documentos de carácter público o privado; o con presunciones o

¹³ Chile. 1874. Ministerio de Justicia, Culto e Instrucción Pública. Código penal, texto original.

¹⁴ Chile. 1906. Ministerio de Justicia. Ley 1853. Código de Procedimiento Penal de la República de Chile, texto original.

indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de su existencia”.

De la norma transcrita es posible desprender la fundamental diferencia entre los sistemas de persecución penal antiguo, sus modificaciones posteriores, hasta el sistema vigente. Ello dice relación con la distinción existente entre los principios que inspiran el antiguo y nuevo proceso penal chileno.

Al respecto, valga señalar que el sistema del antiguo Código de Procedimiento Penal fue coherente con el modelo de persecución inquisitiva del delito, donde las funciones de investigación y decisión se reúnen en una misma persona¹⁵, requiriendo del auxilio de expertos de manera secreta, sin posibilidad de contradicción en torno a sus conclusiones, y donde la colaboración aportada por aquellos auxiliares en la comprobación del delito era útil en el marco de una “operación unilateral del juez para el establecimiento de la verdad”.¹⁶

De manera adicional, conforme al antiguo código de procedimiento penal, es posible hallar normas que daban cuenta de la posibilidad de intervención de un experto imparcial en calidad de asistente del juez en labores de diversa índole.

Al respecto, como tercero experto y auxiliar al proceso, un perito estaba facultado para realizar la tasación en la fijación del valor de las cosas objeto del delito (art. 168); el cotejo de instrumentos denunciados como falsos (art. 171); el cotejo de letra firma o rúbrica (arts. 174 y 209); la revisión de traducciones de instrumentos extendidos en idioma diverso del castellano (art. 207); entre otras.

Por su parte, el artículo 242 del antiguo código disponía la procedencia del informe de peritos, señalando, en clave similar, pero en ningún caso idéntica a la actual, que “el juez pedirá el informe de peritos en los casos determinados por la *lei*, i siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia importante, fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de alguna ciencia, arte u oficio.”

¹⁵ Horvitz Lennon, M. I., & López Masle, J. 2004. *Derecho procesal penal chileno – Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Pp.43.

¹⁶ Horvitz Lennon, M. I., & López Masle, J. 2004. *Derecho procesal penal chileno – Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 29.

En cuanto a los medios probatorios admitidos en el antiguo procedimiento, este otorgaba al acusado la posibilidad de valerse de peritos para declarar en su defensa (art. 478).

En este mismo capítulo, el artículo 485 era claro en establecer los “medios de prueba por los cuales se acreditan los hechos en un juicio criminal”. Entre estos se encontraba el informe de peritos, el cual se reguló a lo largo del párrafo tercero del libro III del antiguo código.

Respecto a la valoración de estos informes, el artículo 501 del Antiguo Código de Procedimiento Penal señalaba que “la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez como una presunción más o menos fundada, según sean la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se apoyen, la concordancia de su aplicación con las leyes de la sana *lojica* i las demás pruebas i elementos de convicción que ofrezca el proceso”.

Por último, de manera excepcional, la redacción original del antiguo código establecía en su artículo 500 una presunción de tipo legal a favor de dos informes periciales que se encontraran contestes en su opinión, disponiendo que “el dictamen de dos peritos perfectamente acordes, que afirmen con seguridad la existencia de un hecho que han observado o deducido con arreglo a los principios de la ciencia, arte u oficio que profesan, podrá ser considerado como prueba suficiente de la existencia de aquel hecho, si dicho dictamen no estuviere contradicho por el de otro u otros peritos”.

A partir de ello se confirma, desde antaño, la relevancia de las condiciones de sujeción a la observancia de los métodos y principios de la ciencia, arte u oficio propios de la materia o disciplina que fundamentan los informes periciales elaborados por expertos, cuyo ofrecimiento en juicio se legitimaba ya en el antiguo código.

Asimismo, de las normas precedentemente transcritas es posible concluir que las consideraciones personales en torno a la calidad de la persona del perito fueron ponderadas originalmente ya desde la primera redacción del antiguo código.

Con todo, a esta altura es posible reconocer que los factores relativos a la competencia, profesionalismo, calidad y confianza exhibida por los peritos en juicio no son profundizados, al menos en un plano legal.

Estos factores referidos a la persona del perito (aparentemente abiertos) no figuran explícitamente regulados incluso desde el antiguo procedimiento penal, sin perjuicio de ser establecidos como guías en la ponderación del valor de sus informes y declaraciones.

3. LAS FUNCIONES DEL PERITO EN EL PROCESO PENAL.

Un criterio relativo a la delimitación de las funciones que cumple el perito en el desarrollo del proceso penal es expuesto por Claus Roxin¹⁷.

El autor propone que el perito colabora al tribunal proporcionando conocimientos profesionales mediante 3 vías, a saber:

1. Informando al tribunal acerca de principios generales fundados en la experiencia (o resultados de su ciencia).

(Por ejemplo, que “el estómago e intestino de un recién nacido se llenan de aire después de aproximadamente seis horas”).

2. Comprobando hechos que únicamente pueden ser observados o sólo pueden ser comprendidos y juzgados exhaustivamente en virtud de conocimientos profesionales especiales

(Por ejemplo, que “el intestino del bebé asesinado no contiene aire”)

3. (combinando 1 y 2) Extrayendo conclusiones de hechos que únicamente pueden ser averiguados en virtud de sus conocimientos profesionales, conforme a reglas científicas.

¹⁷ Roxin, C. 2000. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires.

(Por ejemplo, que “el bebé ha sido asesinado dentro de las primeras seis horas después de su nacimiento”)

A través de esta sistematización lógica de las vías de acción del perito podemos diferenciar su labor, por ejemplo, de una “apreciación jurídica que cae dentro de la competencia del tribunal”.

Una apreciación de esa clase sería la comprobación relativa a que el acusado es persona incapaz de cometer delito, por cuanto esta afirmación “ya no es un informe de hechos (2), reglas de experiencia (1) o conclusiones (3)” ajenas al acervo profesional del juez. En este caso el juez no precisa de un tercero para arribar a dicha conclusión, pudiendo fundar su afirmación recurriendo a las propias competencias técnicas que el tribunal detenta.

4. LA PERICIA Y EL PERITO. VIGENCIA EN UN SISTEMA PROCESAL CONTEMPORÁNEO.

Como es posible concluir de la exposición elaborada precedentemente, el perito, como figura individual, caracterizada por constituirse como experto en una determinada disciplina, fue reconocido en diversos esfuerzos legislativos desde los inicios de la República.

Las normativas que inicialmente invocaron su aporte previeron su presencia en asuntos que podían llegar a ser susceptibles de controversias técnicas, tales como una tasación, la traducción de lenguas foráneas, o la mensura de superficies de terreno, cuestiones que originalmente obedecían a procesos administrativos, de menor relevancia procesal, requeridas a efectos de fundar la confirmación de decisiones de autoridad.

Ante ello resulta posible deducir que, para esta etapa histórico-legal, la participación del perito en procesos legales se insertó fundamentalmente en controversias que no exigían necesariamente el dominio de un conocimiento profesional avanzado y metódicamente estructurado. Prueba de ello resulta la pre-conformación de listas de expertos para asuntos especializados seguidos ante Cortes

de Apelaciones, donde se tenían por peritos a sujetos que no necesariamente debían detentar estudios profesionales, legitimando el sentido común como guía en la determinación de los hechos.

No obstante ello, conforme avanzaba el desarrollo institucional, de la mano con el desarrollo de las ciencias y el proceso codificador, tanto la institución del peritaje, como la incorporación de la ciencia y las disciplinas especializadas en el contexto del proceso se sistematizaron en el conjunto de normas contenidas en el antiguo procedimiento penal que reconocían el informe de peritos como instrumento disponible tanto en la fijación de hechos suministrables al proceso en forma de prueba como al alcance del juez en la investigación del delito.

Conforme al avance histórico-tecnológico que transitó la sociedad primeramente entre los siglos XIX y XX, el ámbito de desarrollo de la prueba pericial científica comenzó a cobrar relevancia en el mundo moderno de la mano del avance de la ciencia y tecnología.

En este sentido, y refiriéndose a la práctica judicial contemporánea, Claus Roxin ha expuesto sobre la relevancia que actualmente le cabe a la figura del perito, sosteniendo que “en el procedimiento penal moderno, en el que la aclaración científica de cuestiones que no son jurídicas juega un papel cada día más importante, el perito ha alcanzado, con frecuencia, una posición dominante en la práctica”¹⁸.

Michele Taruffo también ha ilustrado profusamente en la materia. El autor ha sostenido que “desde hace varios siglos, pero con una enorme aceleración en el siglo XX, la extensión de la ciencia en campos del saber que en el pasado eran dejados al sentido común, ha provocado un relevante movimiento de las fronteras que separan la ciencia de la cultura media no-científica: sucede cada vez con mayor frecuencia, de hecho, que circunstancias relevantes para las decisiones judiciales pueden ser averiguadas y valoradas con instrumentos científicos, y por tanto se reduce proporcionalmente el área en la que el juicio sobre los hechos puede ser formulado solamente sobre bases cognoscitivas no científicas. El empleo de pruebas científicas

¹⁸ Roxin, C. 2000. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires. Pp.240.

se hace en consecuencia cada vez más frecuente en el proceso civil y en el proceso penal.”¹⁹

Como los demás autores, Carmen Vásquez ha vinculado los orígenes de una teoría sobre la prueba científica al explosivo desarrollo que demostraron las ciencias durante el siglo XX y XXI. La autora ha señalado que “debido en parte a la especialización (y a veces a la *hiperespecialización*) de nuestras sociedades y/o el significativo y creciente impacto que la ciencia y la tecnología tienen en nuestra vida cotidiana, la prueba pericial, en concreto la llamada prueba científica, ha cobrado suma importancia en la práctica jurisdiccional”.²⁰

En el ámbito nacional, los autores Mauricio Duce y Cristian Riego han estudiado profusamente sobre la importancia del peritaje en la práctica judicial actual, sosteniendo que “los peritajes han adquirido una creciente importancia en el funcionamiento de los sistemas judiciales contemporáneos siendo cada vez más frecuentes, masivos y de diverso uso”²¹.

Las expresiones de un sistema procesal influenciado por la relevancia del uso y ofrecimiento de la prueba pericial no se agotan y a nivel estadístico, conforme al estudio elaborado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas acerca de la evaluación de la reforma procesal penal a diez años de su implementación en Chile, se concluyó que la prueba pericial constituye un importante medio de prueba en las audiencias de preparación de juicio oral examinadas a lo largo de nuestro país, siendo ofrecida por el Ministerio Público en un 28% de los casos observados.²²

¹⁹ Taruffo, M. & Pinochet Cantwell, F. 2009. *La prueba, artículos y conferencias*. (Monografías jurídicas Universitarias). Santiago de Chile. Editorial Metropolitana. Pp.89.

²⁰ Vásquez, C. 2013. *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de Epistemología Jurídica*. Marcial Pons. Madrid. Pp.16

²¹ Duce, M. & Riego, C. 2007. *Proceso penal*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Pp. 416.

²² Chile. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2016. *Evaluación de la Reforma Procesal Penal a diez años de su implementación en todo el país. Informe Final*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Pp. 49 [en línea]

<biblioteca.digital.gob.cl/bitstream/handle/123456789/660/inf.%20Final_Est.%20Evaluación%20RPP.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [consulta: 09 de julio 2018].

5. EL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y LA PRUEBA PERICIAL.

Admitiendo que el antiguo código de procedimiento penal introdujo la institución del peritaje de manera sistemática al orden legal nacional, a la hora de ubicar una regulación legal vigente que permita reconocer la labor efectuada por expertos como un aporte estructurado institucionalmente al esclarecimiento de los hechos, será útil remitirnos en las disposiciones contenidas en el nuevo código procesal penal, vigente gradualmente en nuestro país desde octubre del año 2000, considerando la aplicación de sus disposiciones en la práctica procesal actual como caso paradigmático de relevancia de la inserción del perito y su labor experta a un sistema legal moderno.

5.1 Ubicación orgánica.

Encontramos en la regulación procesal penal vigente para nuestro país que el artículo 314 del código procesal penal dispone:

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

Luego, el segundo inciso del artículo en cuestión establece el margen de competencia y la procedencia del informe, al establecer que “procederá el informe de peritos en los casos determinados por la ley y siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante de la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio”.

Es posible concluir que la norma que establece la procedencia del informe de peritos hace referencia a las consideraciones etimológicas que fueron expuestas en torno a las actitudes del perito, esto es, distinción de un sujeto en razón de su destreza o *expertiz* en el manejo de una disciplina especializada.

Es esta misma destreza que, entre otras circunstancias, distingue a la persona del perito, por ejemplo, de la persona del testigo, en tanto ambos sujetos constituyen terceros ajenos a un juicio al que son llamados a deponer.

La disposición contenida en el artículo 314 da inicio al párrafo 6°, del libro II del Código Procesal Penal, y se extiende en la regulación específica del informe de peritos hasta el artículo 322, insertándose en el título III, referido al desarrollo del Juicio oral.

En cuanto a su ubicación, el párrafo 6°, correspondiente al informe de peritos, es tratado luego del párrafo 5°, que se encarga de regular específicamente la prueba testimonial, y antes del párrafo 7° relativo a los medios de prueba no regulados expresamente.²³

Esta disposición “geográfica” del informe de peritos entre los párrafos referidos a la prueba, confirmada a lo largo de la serie de trámites legislativos para la aprobación del proyecto del nuevo código, devela el carácter que la comisión redactora pretendió fijarle al informe pericial en cuanto a su naturaleza. Acorde a la ubicación de las normas que regulan el informe pericial, éste se ha de insertar en el desarrollo del proceso penal como un medio de prueba.²⁴

En este sentido, en el Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados sobre el proyecto de Ley que establecía el nuevo Código procesal penal, a propósito del tratamiento de los artículos 221 a 230 que originalmente desarrollaban el informe de peritos, se sostuvo que “la parte que quiere probar un punto presenta un testigo a su costa, experto en un tema y que ha desarrollado su informe pericial del modo que estima conveniente, sin un método de designación previa y que tiene que comparecer en juicio.”²⁵

²³ Una revisión a la historia de la ley N°19.696 que aprueba el nuevo código procesal penal da cuenta que el proyecto original presentado con fecha 9 de junio de 1995 situaba los artículos referentes a los medios de prueba en el libro I, relativo a las disposiciones generales. Sin embargo, en su versión definitiva, los artículos referidos a los medios de prueba fueron trasladados al libro II, que regula el “procedimiento ordinario”. Un tratamiento en profundidad acerca de la coordinación geográfica del código procesal en: Horvitz Lennon, M. I., & López Masle, J. (2004). *Derecho procesal penal chileno – Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 296.

²⁴ Atendiendo a una concepción funcional de la prueba, Valentín Silva M. señala: “La pericia en definitiva aparece con su carácter evidentemente instrumental, como actividad que ha de determinar en el juez, la persuasión en torno a la existencia o inexistencia de la veracidad o no de los hechos y quizás no sea muy aventurado afirmar, que esto sea lo importante y decisivo para valorar a la pericia como medio de prueba”. Silva Melero, V. 1963. *La prueba procesal*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España. Pp.279.

²⁵ Cámara de Diputados de Chile. *Primer Informe de Comisión de Constitución, Sesión 23, Legislatura 336*. 6 de Enero de 1998. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6631/>

Así, se tiende a confirmar la hipótesis relativa a que la ubicación del informe de peritos a lo largo de la tramitación del proyecto y en su redacción definitiva obedece a una interpretación deliberada de su naturaleza.²⁶

Con todo, cabe señalar que el informe pericial y la participación del perito en la redacción del código procesal penal no se reduce a la sola reglamentación del desarrollo del informe a propósito de la regulación de la prueba en el juicio oral contenida en el párrafo 6°

De manera tangencial, encontramos que a lo largo de la redacción del Código el informe de peritos y la persona del perito son regulados en diversas fases del desarrollo del proceso penal.

Así, en cuanto a la regulación de la actividad procesal en el libro primero de disposiciones generales del código procesal penal al tratar sobre las citaciones judiciales, específicamente en el artículo 33, la incomparecencia del perito en audiencia es sancionada.

También se reglamenta conforme a las normas del libro segundo, relativo al juicio oral, a propósito de las actividades de investigación del Ministerio Público, respecto al régimen de publicidad que ha de regir para los informes periciales (artículos 181 y siguientes).

Respecto a la etapa de preparación del juicio oral, en el título II, al tratar del contenido de la acusación, el artículo 259 prescribe la necesidad de individualizar a el o los peritos cuya comparecencia habrá de solicitarse a juicio.

Sobre la solicitud de rendición de prueba testimonial anticipada, el artículo 280 establece la posibilidad de citar anticipadamente al perito cuya concurrencia al juicio oral se ve previsiblemente imposibilitada por las razones del artículo 191 del código.

Por último, a propósito de la realización de procedimientos especiales regulados en el libro cuarto del Código procesal penal, se establece la posibilidad de que se incorpore el informe de peritos como medio de prueba. En este caso se admite su

²⁶ Vid. Infra: Capítulo 2: Naturaleza Jurídica del Informe Pericial.

presentación en la tramitación de procedimientos referidos únicamente a la sanción por faltas conforme a las reglas que rigen el desarrollo del procedimiento simplificado y monitorio (artículos 393 y 396 del Código procesal penal).

5.2 Regulación del contenido mínimo del informe pericial como expresión del principio contradictorio.

Al desarrollar el contenido que debe constar en el informe de peritos incorporado al proceso el artículo 315 del código procesal penal da luces acerca de los atributos mínimos que hacen procedente este documento.

Así, se establece que el informe debe contener:

1. “La descripción de la persona o cosa que fuere objeto de él, del estado y modo en que se hallare”.

La doctrina nacional ha reconocido que la práctica de reconocimiento a que habilita el artículo 320 del código procesal penal es condición necesaria para dar cumplimiento al primer requisito del informe.²⁷

En este sentido, la facultad de los intervinientes para solicitar del juez de garantía se dicten las instrucciones necesarias para que sus peritos accedan a examinar los objetos, documentos o lugares a que se refiere su pericia, constituiría la primera etapa de la prueba pericial, posibilitando el necesario acercamiento del perito a la cosa o persona que será objeto del informe, a fin de conocer y recopilar antecedentes a su respecto.

A fin de uniformar el proceso de cadena de custodia entre las diversas instituciones involucradas en el levantamiento, conservación y peritaje de especies incautadas y que implican la salida temporal de estas desde las dependencias del

²⁷ Maturana y Montero han distinguido que el procedimiento para llevar a cabo la prueba pericial se conforma por 3 etapas. En primer lugar, el reconocimiento; en segundo, el dictamen o informe mismo, y por último, la declaración del perito en el juicio oral. Maturana Miquel, C. & Montero López, R. 2010. *Derecho procesal penal. Tomo II.* (1ª. Ed., Derecho y proceso). Santiago, Chile: Abeledo Perrot-Legal Publishing. Pp. 1039.

Ministerio Público, el reglamento sobre custodia de especies incautadas²⁸ ha dispuesto que para su custodia será necesario un "número único de evidencia" (N.U.E.) al cual la institución auxiliar encargada de llevar a cabo el peritaje habrá de referirse al momento de describir la cosa que fuere objeto del examen.

Con ello resulta posible individualizar y registrar inequívocamente tanto la especie como las personas que estuvieron o están a cargo de su custodia.

Por su parte, en caso de tratarse de pericias practicadas respecto de una persona, para cumplir con el requisito de descripción establecido por el artículo 315, típicamente se lleva a cabo la exposición del conjunto de datos que se recogen de su historia clínica (o "anamnesis").

Ello a fin de individualizarla, reconocer el motivo de consulta, sus antecedentes e historial médico, así como la descripción de su estado general actual ²⁹.

2. "La relación circunstanciada de todas las operaciones practicadas y su resultado".

En este punto cabe coincidir con lo sostenido por María Inés Horvitz y Julián López. Los autores interpretan el requisito enunciado como el contenido mínimo para configurar la facultad de control a que tiene derecho la parte interesada en el informe.

En sus términos, mediante el cumplimiento de este requisito se posibilita el control del "procedimiento desarrollado por el perito hasta llegar a sus conclusiones y verificar si efectivamente éste se ha ceñido a los principios o reglas que rigen la ciencia o arte que se desempeña"³⁰.

De este modo, sólo a partir de la comprobación de la relación circunstanciada de las operaciones practicadas en el examen pericial y su correspondiente resultado,

²⁸ Resolución Fiscal Nacional N°1063/2014. *Reglamento sobre custodia de especies incautadas por el Ministerio Público*. Fiscalía Nacional. [en línea] <www.fiscaliadechile.cl/transparencia/documentos/reglamentos/2014/Reglamento_sobre_Custodia_de_Especies_incautadas_por_el_MP.pdf> [consulta: 2 de mayo 2018].

²⁹ Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile. 2007. *Manual de Semiología*. [en línea] <<http://publicacionesmedicina.uc.cl/ManualSemiologia/025LaHistoriaClinica.htm>> [consulta: 5 de junio 2018].

³⁰ Horvitz Lennon, M. I., & López Masle, J. 2004. *Derecho procesal penal chileno – Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 297-298.

contenido y explicitado en el documento ofrecido a juicio, se permite otorgar vigencia al principio de contradicción que promueve la defensa en el proceso penal, toda vez que “permite que el procesado tenga igualdad de derechos con quien lo acusa, y le da la posibilidad de controvertir algunos aspectos de la obtención de la prueba y la valoración de la prueba”, lo cual sólo resulta posible en un “espacio de bilateralidad”³¹.

3. “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”.

De acuerdo con ello se corrobora la posibilidad de confrontar las aseveraciones arribadas por el dictamen del perito en torno a verificar que en su formulación haya existido una efectiva sujeción a las reglas objetivas y principios de la ciencia, arte u oficio utilizado.

En este sentido, según abundan Horvitz y López, “eventualmente, [la parte interesada] podría consultar otro u otros peritos para confirmar las hipótesis y conclusiones del primero.”³²

Con todo, lo expuesto no exime, por regla general³³, del deber de comparecencia que le asiste al perito en orden a concurrir a declarar ante el tribunal acerca de su informe, según se establece en el inciso primero del artículo analizado, al disponer que “sin perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar ante el tribunal acerca de su informe, éste deberá entregarse por escrito”. Actuación que refuerza la vigencia del principio de contradicción en torno a las posibilidades de controvertir los resultados del informe y la declaración.

³¹ Zabaleta Ortega, Y. 2017. *La contradicción en materia probatoria, en el marco del proceso penal colombiano*. Rev. CES Derecho., 8(1), 172-190. [en línea] <www.scielo.org.co/pdf/cesd/v8n1/v8n1a10.pdf> [consulta: 27 de junio de 2018].

³² Horvitz Lennon, M. I., & López Masle, J. 2004. *Derecho procesal penal chileno – Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 298.

³³ Cabe hacer presente que el inciso segundo del artículo 315 del código procesal penal exceptúa la comparecencia del perito a deponer sobre su informe en casos en que la sola incorporación del documento sea suficiente.

5.3 Costos asociados a la producción de la pericia y acceso al profesional.

Junto con los rasgos que distinguen a la prueba pericial relativos a su función y a su fundamento técnico, el costo asociado a su producción también se constituye como un atributo distintivo.

En primer lugar, ello deriva del costo que implica la generación del conocimiento experto. Es decir, la remuneración que le corresponde al perito por la elaboración de su informe, desde que se le requiere.

Al respecto, la prensa nacional ha dado cuenta acerca de los costos asociados a la producción de informes periciales.

Según medios nacionales, “el peritaje más caro de la historia de la Fiscalía Nacional” ha ascendido hasta un monto de \$140.000.000.³⁴

Dichos gastos tuvieron lugar en el marco de la investigación de los hechos acaecidos en el caso “Alto Río”, donde el Ministerio Público encargó la realización de análisis en materia de ingeniería y construcción al Instituto de Investigación y Ensayos Materiales de la Universidad de Chile, a fin de determinar las causas asociadas a la caída y colapso de los edificios luego del terremoto del 27 de febrero de 2010.

Es posible señalar que el costo asociado a la producción de informes técnicos se explica desde que se reconoce que el perito, en tanto profesional especialista en una determinada materia, detenta una serie de atributos que lo distinguen de sus semejantes y que dicen relación con el mayor nivel de dominio que posee en una determinada ciencia, arte u oficio. Luego, y de acuerdo a las reglas que impone el mercado, la demanda por una mayor *expertiz* profesional necesariamente habrá de expresarse en el mayor valor que el experto fija a cambio de su esfuerzo.

Al respecto, la literatura sociológica ha puesto en evidencia los principales atributos del ejercicio profesional, vinculando dichos atributos al valor de su esfuerzo³⁵.

³⁴ *Fiscalía Nacional realizará el peritaje más caro de su historia: \$140 millones para saber qué pasó en edificio Alto Río.* [en línea]. La Segunda. [12 de abril de 2010] <www.lasegunda.com/especiales/terremoto_en_chile/pdf/12-04-2010/Fiscalia%20Nacional%20Edificio%20Alto%20del%20Rio.pdf> [consulta: 27 de septiembre 2018].

³⁵ Gyarmati, G., & Pontificia Universidad Católica de Chile. Comisión Editorial. 1984. *Las profesiones: Dilemas del conocimiento y del poder.* Santiago, Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile.

Sobre ello se ha sostenido que todo profesional “requiere de un largo periodo de estudios altamente especializados que se basan fundamentalmente en un conjunto sistemático de conocimientos teóricos”. A su vez, dicho conocimiento le confiere “el derecho o monopolio, de ofrecer servicios en determinadas esferas de actividades”, lo que en definitiva le permite gozar de un “elevado prestigio superior al de la mayoría de las otras ocupaciones”³⁶.

Estas características, generalmente verificables en la persona del perito, dan luces acerca de los altos costos asociados a la producción de informes periciales.

A mayor abundamiento, y entre los factores que podrían determinar la remuneración de la producción de informes periciales por profesionales especialistas en determinadas disciplinas encontramos las horas que éste invierte en su elaboración, el mayor grado de dificultad técnica del trabajo, la mayor sofisticación del método aplicado, la disponibilidad de las cosas o personas objetos del examen, la experiencia del profesional que lo realiza, entre otros.

Por su parte, conforme ha señalado la doctrina nacional y comparada³⁷, los costos asociados a la incorporación de prueba pericial al proceso no se agotan en la remuneración derivada de la producción de los informes.

Ello desde que se constata una serie de costos que derivan de los esfuerzos por introducir la prueba pericial al contexto judicial.

Así, el costo de la prueba pericial se extiende a la inversión de recursos dispuestos para formar una capacidad suficiente de comprensión en los distintos actores del sistema, en tanto estos habrán de requerir una capacitación adicional a su formación jurídica para llevar a cabo exámenes de prueba útiles.

Consecuentemente, la necesidad de hacer inteligibles conceptos técnicos ajenos al conocimiento privado de los operadores jurídicos implica un desgaste en la celeridad y economía del proceso.

³⁶ Ibid. Pp. 39.

³⁷ Duce Julio, M. 2005. *La Prueba pericial y su admisibilidad a juicio oral en el nuevo proceso penal*. En: Revista Procesal Penal N°35. 11-45. Lexis Nexis. Santiago. Pp.15 y siguientes.

A su vez, cabe señalar que, a lo largo del desarrollo de los procedimientos judiciales, al profesional le asiste además el deber de concurrir a deponer sobre su informe al tribunal. Con ello el experto se transforma en objeto de examen por los intervinientes en juicio, generando una exigencia adicional relativa a la correspondencia lógica que el perito debe ser capaz de representar en la audiencia entre los enunciados vertidos en su informe y su declaración.

En este sentido, la doctrina médica ha puesto en evidencia que “el mejor informe pericial médico puede perder mucho valor si la información derivada de él se presenta pobremente en la sala de juicios. Un perito que se muestra entumecido, rígido, discute con los abogados o infringe algunas de las normas de lo que debe ser una buena intervención en un juicio condena su testimonio al fracaso”.

En cuanto al enfrentamiento entre abogados y peritos en el marco del contrainterrogatorio, se ha evidenciado que “ocasionalmente el perito se convierte en blanco de uno de los abogados (...) El abogado puede tratar de reñirle, frustrarle o de alguna forma provocar una réplica enojada o una respuesta emocional (...) Si cae en el anzuelo y responde airadamente, el abogado indicará al jurado o tribunal que es un médico (perito) irreflexivo y arrogante y que su testimonio no debería ser tenido en consideración.”³⁸

De este modo cabe concluir que, en contraste con otros medios más asequibles de acreditación de hechos, la prueba pericial se caracteriza por tratarse de una de tipo costosa, tanto para ser producida como para lograr su acabado reconocimiento en el contexto judicial.

Por último, en lo que se refiere a la distribución de los costos asociados a la remuneración del perito ofrecido a juicio, el Código procesal penal dispone explícitamente la solución mediante el artículo 316, conforme al cual “los honorarios y

³⁸ Palomo Rando, J. L., et. Al. 2008. *El médico en el estrado. Recomendaciones para comparecer como perito ante los tribunales*. En: Revista de Medicina Clínica. (Barc.) 2008:130(14). Pp. 536-541. En el mismo sentido se ha expuesto acerca de que la obligación de asistir a declarar a juicio de los médicos del servicio médico legal ha incidido negativamente en su captación por profesionales, desde que estos no desean participar en las audiencias del sistema procesal”. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2016. “*Evaluación de la Reforma Procesal Penal a diez años de su implementación en todo el país. Informe Final.*” Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Pp. 139.

demás gastos derivados de la intervención de los peritos corresponderán a la parte que los presentare”.

Dicha norma establece a su vez la posibilidad de relevar prudencialmente de estos gastos a la parte encargada de costear la presentación del perito, considerando su mayor o menor nivel de solvencia económica o, tratándose del imputado, en atención al eventual desequilibrio que el dictamen del perito causare a su capacidad de defensa, refiriendo como parámetro para la regulación que de la remuneración deberá hacer el juez de garantía “los honorarios habituales en la plaza”, estableciendo que “el total o la parte de la remuneración que no fuere asumida por el solicitante será de cargo fiscal”.

5.4 Incapacidad para ser perito y principio de no autoincriminación.

El artículo 317 del código procesal penal establece que no podrán desempeñar las funciones de peritos aquellas personas a quienes la ley reconoce la facultad de abstenerse de prestar declaración testimonial.

La norma citada remite a las reglas que facultan a los testigos a no declarar por motivos personales. Según el artículo 302 del código no estarán obligados a deponer en juicio el cónyuge o conviviente del imputado (testigo), sus ascendientes, o descendientes, sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, su pupilo o su guardador, su adoptante o adoptado.

La norma del artículo 317 es amplia y no excluye la hipótesis de abstención por razones de secreto. En este sentido tampoco estarían obligados a deponer en lo relativo al secreto profesional que se les hubiere confiado el abogado, médico o confesor que tuvieren el deber de guardar secreto, por cuanto la norma del artículo 317 no distinguió entre las hipótesis de abstención de la declaración testimonial.³⁹

Por último, el artículo 305 del código establece que el testigo tendrá el derecho de negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pudiere acarrearle peligro

³⁹ Núñez Vásquez, J. C. 2003. *Tratado del proceso penal y del juicio oral. Tomo 1.* 1ª.ed. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 356.

de persecución penal por un delito, estableciendo el mismo derecho cuando dicho peligro pudiere afectar a alguno de sus parientes, aludiendo a la norma del artículo 302, anteriormente citado.

Nuestra doctrina ha sostenido que esta norma constituye una derivación del derecho que tiene el imputado (testigo, o perito) a no auto incriminarse⁴⁰, haciendo este derecho extensible a la posible incriminación que pudiere afectar a ciertos parientes cercanos “pues en estos casos el interés público al establecimiento de la verdad en el proceso penal cede ante el interés, considerado superior, a la conservación de los vínculos familiares y afectivos más inmediatos del imputado que, evidentemente se verían afectados si tales personas se sienten conminadas, bajo amenaza penal, a declarar contra éste”.⁴¹

5.5 Clasificación de peritos.

Desde que se asume la particularidad del informe pericial a partir de su independencia en cuanto medio probatorio en razón de sus características distintivas y diferenciadoras con otros medios probatorios, resulta posible elaborar un esquema representativo de la variedad de formas que la pericia y el perito pueden asumir a lo largo del proceso.

De manera inicial, conforme a lo dispuesto en el primer inciso del artículo 314 del código procesal penal, encontramos la existencia de peritos expertos en una ciencia (como podría ser un perito médico legista en la práctica del examen de lesiones); en un arte (como un licenciado en historia del arte en la peritación de una

⁴⁰ En el mismo sentido se ha interpretado la derivación del derecho a la no autoincriminación tanto de las disposiciones de los artículos 19 n°7, letra f), artículo 93, letra g) de la Constitución de la República, como desde el plano internacional a través de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Declaración Universal de Derechos Humanos. Valenzuela Saldías, J. 2014. *Omisión de dar cuenta a la autoridad policial y negativa injustificada a someterse a exámenes corporales desde una perspectiva constitucional y procesal*. En: Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal. Centro de Documentación. Defensoría Penal Pública. [en línea] <www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/9726-2.pdf> [consulta: 22 de junio 2018].

⁴¹ Horvitz Lennon, M. I., & López Masle, J. 2004. *Derecho procesal penal chileno – Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 278.

obra artística de valor desconocido a objeto de determinar la cuantía de un robo); y en un oficio (como un carpintero constructor en la peritación sobre una obra artesanal).

A su vez, de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 314 es posible distinguir entre la existencia de una pericia de tipo obligatoria (al establecer la ley sus casos de procedencia, por ejemplo, la autopsia en caso de muerte, del artículo 201 del código procesal penal), y la existencia de una pericia facultativa (caso en que la iniciativa para aportar al perito no sea ordenada por ley, sino que sea solicitada conforme al criterio expuesto por algún interviniente).

De acuerdo al grado de complejidad que revistan los hechos a esclarecer, o atendida la orgánica de la institución en la cual se lleva a cabo la producción de la pericia encontramos que ésta puede ser individual (donde el informe es producido por un perito) o bien colegiada (donde el informe pericial requiere de la participación de dos o más expertos).

Atendido el grado de controversia o suficiencia que pueda o no exhibir el informe encontramos la existencia de pericias autosuficientes y “*metapericias*” o informes referidos a la práctica de pericias previamente ofrecidas en juicio, haciendo uso del primer informe como antecedente probatorio, en orden a rebatir o complementar las conclusiones en él contenidas⁴².

Cabe hacer mención a la distinción entre peritos judiciales y extrajudiciales. Al respecto, se reconoce que el perito judicial es aquel que es requerido “dentro de un juicio, por resolución del tribunal o a petición de parte”, en tanto que el perito extrajudicial emite su informe “al margen de todo procedimiento ante tribunales, por encargo de una o más personas que tienen interés en adquirir un claro y cabal

⁴² Respecto a la posibilidad de ofrecimiento de meta-peritajes por parte de la defensa, la Corte Suprema, desechando recurso de nulidad interpuesto por infracción de garantías en causa ROL: O-9-2012, seguida ante el Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, se ha pronunciado a su favor, vinculando dicha facultad al ejercicio del derecho a introducir prueba de descargo, en vigencia del principio “*nulla probatio sine defensione*”, en el contexto del desarrollo de un debido proceso legal, observando -con todo- conformidad con la oportunidad procesal establecida para su rendición. Sentencia Corte Suprema, del 25 de junio de 2012. Segunda Sala (Penal). ROL: 3521-2012. Considerandos 4°, 5° y 12°.

conocimiento sobre ciertos hechos, sea para solucionar un diferendo o con otro propósito cualquiera.”⁴³

Según sea el mayor o menor grado de vinculación que el perito tenga con los hechos a los cuales su examen se refiere, se ha distinguido entre peritos *percipiendi* limitados a observar, aprehender o captar antecedentes y peritos *deducendi*, quienes se encuentran en condiciones de deducir conclusiones teóricas a partir de los antecedentes aportados al proceso en razón de su mayor grado de especialización en una materia.

Por último, encontramos es posible distinguir la participación de un perito en un servicio público dependiente de algún organismo estatal (perito público: servicio médico legal, laboratorio de criminalística de carabineros, centro de atención de víctimas de atentados sexuales de la policía de investigaciones, instituto de salud pública, entre otros) de aquellos expertos que desarrollan su labor pericial en forma privada, sin pertenecer a un organismo público, prestando servicios en forma particular (perito privado).

Respecto a esta última clasificación, cabe llamar la atención en torno a la subclasificación derivada de la adscripción que el perito pueda o no detentar a algún tipo de registro de carácter público o privado. En este sentido se evidencia, por ejemplo, la existencia peritos “de corte”⁴⁴, o peritos “miembros de asociaciones gremiales”⁴⁵. Esta distinción resulta hoy de especial relevancia desde que se tiene en consideración el fenómeno de masificación en la demanda por prueba pericial, fenómeno que ha generado un tipo de mercado al interior del cual los peritos ofrecen sus servicios de manera competitiva, ofertando “servicios de prueba pericial” incluso a través de plataformas virtuales de redes sociales.

⁴³ Aylwin Azócar, & Picand Albónico. 2005. *El juicio arbitral*. 5ª.ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 23-26.

⁴⁴ Conforme a lo dispuesto por el artículo 416 bis del Código de Procedimiento Civil, se denomina tradicionalmente “peritos de corte” a aquellos especialistas designados por el tribunal competente, a falta de acuerdo de las partes, para la resolución de un conflicto de carácter civil, en conformidad a una lista elaborada cada dos años por la Corte de Apelaciones respectiva.

⁴⁵ Como podrían ser, por ejemplo, aquellos profesionales vinculados a la Asociación Gremial de Peritos Judiciales de Chile.

CAPITULO II.

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL INFORME PERICIAL.

Anteriormente se trató acerca de la ubicación que a la reglamentación relativa al informe de peritos le cabía al interior del código procesal penal, constatando que de ella se desprendía un cierto reconocimiento en la interpretación de su naturaleza jurídica.

Se señaló que al ser una institución cuyo tratamiento se ubicaba luego de la declaración de testigos y antes de la admisibilidad de “otros medios de prueba” el peritaje se situaba deliberadamente como un medio probatorio más, disponible a los intervinientes como instrumento encaminado a conformar la convicción del juez.

Cabe ahora preguntarse si acaso la redacción procesal vigente asumió el paradigma existente hasta antes de la reforma en cuanto a la naturaleza del informe pericial, atendido el contraste que exhiben los principios rectores del antiguo y nuevo código, y si conforme a los esquemas doctrinales relativos a los medios de prueba el peritaje constituye una forma pura de aquellos o exhibe rasgos que pudieran generar discusión sobre su naturaleza.

1. EL PERITO COMO AUXILIAR DEL JUEZ

A nivel nacional, la posición doctrinaria que asume la existencia del perito como auxiliar de la función del juez encuentra entre una de sus expresiones al Antigo Código de procedimiento penal chileno de 1906.

La sistematización de las instituciones que integraron este antiguo cuerpo legal estuvo inspirada por el principio inquisitivo de investigación en la persecución criminal, conforme al cual el interés del Estado por hacer efectiva la pretensión punitiva que emana de la comisión del delito se desplegaba al interior de un marco legal

caracterizado por la radicación de las funciones de acusación, defensa y juzgamiento en un mismo sujeto.⁴⁶

Para comprender la concepción de la figura del perito partícipe como auxiliar del juez resulta útil recurrir a la definición que Luigi Ferrajoli ofrece del sistema inquisitivo, al caracterizarlo como “todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de defensa.”⁴⁷

De ella se desprende un marcado énfasis sobre la concentración de las labores dirigidas al avance de las distintas fases de desarrollo del proceso, desde el momento en que estas quedan radicadas en un único sujeto instructor. Asimismo, se evidencia la predominancia del secreto y la restricción de la posibilidad de contradicción a lo largo de su instrucción.

Así, bajo este sistema será el juez quien de manera excluyente tendrá la doble misión de recolectar y valorar los elementos necesarios para formar su convicción, pudiendo auxiliarse en las instituciones a que lo faculta la legislación. Entre ellas, el informe de peritos.

Evidencia el esquema expresado el artículo 131 del antiguo código, al disponer que “el delito se comprueba con el examen practicado por el juez, *ausiliado* por peritos, en caso necesario, de la persona o cosa que ha sido objeto del delito, de los instrumentos que sirvieron para su perpetración *i* de las huellas, rastros *i* señales que haya dejado el hecho; (...)” entre otros.

Por su parte, el párrafo *sexto*, del libro II del antiguo código, que daba comienzo al desarrollo de la regulación del informe pericial, también resulta útil a la hora de confirmar que la iniciativa de suministro de información experta al interior del proceso no quedaba entregada a las partes intervinientes.

⁴⁶ Maturana Miquel, C. & Montero López. R. 2010. *Derecho procesal penal. Tomo I.* (1ª. Ed., Derecho y proceso). Santiago, Chile: Abeledo Perrot-Legal Publishing. Pp.91.

⁴⁷ Ferrajoli, L. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal.* 5ª ed. 2001. Editorial Trotta. Pp.564

La redacción del artículo 242 era clara al establecer que la procedencia del informe de peritos se sujetaba al criterio del juez instructor de la investigación. Así, se disponía que “el juez pedirá informe de peritos en los casos determinados por la *lei*, i siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia importante fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de alguna ciencia, arte u oficio”.

Se confirma la iniciativa judicial de requerimiento experto en la regulación que el antiguo código dispuso para los juicios en que se ejercitara la acción pública, donde se estableció expresamente que el nombramiento del perito le correspondía al juez, admitiendo excepcionalmente la posibilidad de incluir un perito designado por las partes. Con todo, este perito “de parte” no se desempeñaba autónomamente, sino de manera asociada, colaborando con el perito designado por el juez, quien incluso estaba habilitado para desechar su intervención en tanto estimare que ésta podría atentar contra el éxito de la investigación (artículos 245 y 246 del antiguo Código de Procedimiento Penal).

Conforme ha sostenido Mauricio Duce, en el sistema del antiguo código de procedimiento penal, donde, como se ha visto, el perito constituía un auxiliar del juez, la labor de éste se caracterizaba por poner su conocimiento especializado “al servicio de las necesidades de convicción del tribunal, sin considerar para nada los intereses de las partes o comportándose en forma completamente neutral o imparcial respecto de ellas”.⁴⁸

El rol imparcial que asume el perito respecto a los intervinientes en el desarrollo de su labor informativa a lo largo del proceso constituye quizás el rasgo de mayor diferencia en cuanto a la interpretación que concibe su naturaleza en calidad de auxiliar.

Como se verá, en los sistemas en que la función pericial constituye un medio de prueba, la información aportada por el perito ofrecido al proceso se encuentra íntimamente relacionada con los enunciados que el interviniente que lo presenta pretende acreditar. En ese contexto el perito habrá de ser un instrumento de

⁴⁸ Duce Julio, M. 2005. *La Prueba pericial y su admisibilidad a juicio oral en el nuevo proceso penal*. En: Revista Procesal Penal N°35. 11-45. Lexis Nexis. Santiago. Pp. 21.

“confianza” del interviniente que lo ofrece, constituyendo un medio en apoyo de sus alegaciones más que un intermediario de conocimiento neutral disponible para el juez que lo requiera como colaborador a fin de auxiliarse en el esclarecimiento de aquellos hechos que excedan su dominio técnico y cultural.

2. EL PERITO COMO MEDIO DE PRUEBA

Conforme se ha expuesto en la doctrina nacional, desde un punto de vista amplio, un medio de prueba se concibe como "todo elemento que se aporta al proceso, por las partes o el tribunal actuando de oficio, y que sirve para convencer al juez de la existencia de un dato procesal".⁴⁹

Destaca la amplitud de la conceptualización referida toda vez que conforme a ella la iniciativa para aportar elementos al proceso encaminados a confirmar la existencia de un hecho puede quedar entregada tanto a las partes como al juez en virtud del principio de oficialidad.

Por el contrario, la interpretación de la naturaleza del informe de peritos como medio de prueba dirigido a convencer al juez acerca de un dato desconocido mediante un pronunciamiento experto supone la vigencia de principios propios de un sistema persecución penal de tipo acusatorio.

Como se expuso anteriormente, estos sistemas se caracterizan por la existencia de una distribución de las funciones de acusación y decisión entre distintos actores, despojando al ente instructor de la facultad de investigar y decidir a la vez el asunto sometido a su conocimiento.⁵⁰

Así, son las partes intervinientes -y no el juez- las que aparecen dotadas del impulso procesal necesario para alcanzar la solución del conflicto. Estos, órgano

⁴⁹ Maturana Miquel, C. & Montero López, R. 2010. *Derecho procesal penal. Tomo II.* (1ª. Ed., Derecho y proceso). Santiago, Chile: Abeledo Perrot-Legal Publishing. Pp. 956.

⁵⁰ Horvitz Lennon, M. I., & López Masle, J. 2004. *Derecho procesal penal chileno – Tomo I.* Editorial Jurídica de Chile. Pp. 43.

persecutor, querellante y defensa, quedan habilitados en igualdad de condiciones⁵¹ para suministrar al juez una prueba científica instrumentalmente útil para formar *en el juez* un convencimiento correspondiente con su teoría del caso.

De acuerdo con ello, la interpretación de la naturaleza de la pericia como un medio probatorio se revela con un carácter marcadamente instrumental a su ofrecimiento al proceso.

En este sentido, la teoría que concibe la existencia de los medios probatorios como “propiedad”⁵² de la parte que los propone resulta ejemplificadora. Estos partícipes “atestiguan para ella” (a favor de los intereses del interviniente que los ofrece), quien “los busca, los selecciona, los prepara y los presenta de la manera más favorable a los intereses de sus clientes” (o teoría del caso).

En este contexto, el interviniente no se comporta de manera totalmente neutral respecto al medio probatorio.

En términos de Mauricio Duce “son las partes las que deciden si quieren llevar o no a un perito a juicio y a qué perito concreto. (...) los peritos dejan de estar al servicio del juez y pasan a estar al servicio de las teorías del caso o versiones de quienes los presentan”⁵³.

En el mismo sentido, pero a propósito de la función de la prueba, Valentín Silva Melero⁵⁴ confirma lo señalado. Según el autor, la pericia aparece como una “actividad que ha de determinar en el juez, la persuasión en torno a la existencia o inexistencia de la veracidad o no de los hechos”.

⁵¹ Maturana Miquel, C. & Montero López, R. 2010. *Derecho procesal penal. Tomo I.* (1ª. Ed., Derecho y proceso). Santiago, Chile: Abeledo Perrot-Legal Publishing. Pp. 92.

⁵² Damaska, M. 2015. *El derecho probatorio a la deriva (Proceso y derecho)*. (Trad. Picó i Junoy, J.) Madrid. Marcial Pons. Pp.85

⁵³ Duce Julio, M. 2005. *La Prueba pericial y su admisibilidad a juicio oral en el nuevo proceso penal*. En: Revista Procesal Penal N°35. 11-45. Lexis Nexis. Santiago. Pp. 22.

⁵⁴ Silva Melero, V. 1963. *La prueba procesal*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España. Pp.279.

A mayor abundamiento, aunque referido al proceso civil, Jaime Guasp sostiene que con la pericia (como prueba) “se tiende a provocar la convicción judicial en un cierto sentido”⁵⁵.

Desde este punto de vista cabe concluir que la función última de la pericia en tanto prueba se dirige a conformar una convicción en el juzgador que resulte acorde con los enunciados que los intervinientes han sostenido a lo largo del proceso como verdaderos o falsos, haciendo del dictamen del experto un instrumento en apoyo a sus teorías del caso.

Conforme a ello, la posterior valoración que le corresponda hacer al juez aparecerá dependiente⁵⁶ de la selección de los elementos probatorios cuya preferencia radique en la decisión del interviniente, quien es el actor legitimado para disponer su introducción al proceso de la manera en que resulte más acorde a sus pretensiones.

La redacción del artículo 314 del código procesal penal corrobora positivamente esta interpretación, al disponer la procedencia de los informes periciales elaborados por peritos de la *confianza* de los intervinientes del proceso, confirmando el carácter dispositivo de las pericias ofrecidas según la utilidad de los intervinientes.

Por último, en cuanto a la interpretación que asume el legislador nacional respecto a la naturaleza del informe pericial, cabe remitirse a lo anteriormente dicho acerca del orden “geográfico” que desde la presentación del proyecto del nuevo código se confirió a la reglamentación de este instrumento, al incardinarlo deliberadamente entre los párrafos relativos a los medios de prueba disponibles en el juicio oral.⁵⁷

2.1 La fuente y el medio en el informe pericial.

Admitiendo que el informe pericial y la declaración del perito constituyen un medio de prueba para el ordenamiento nacional, resulta útil analizar los elementos que

⁵⁵ Guasp, J. 1968. *Derecho procesal civil*. 3ªed. Editorial de Estudios Políticos, Madrid. España. Pp.385.

⁵⁶ Damaska, M. 2015. *El derecho probatorio a la deriva (Proceso y derecho)*. (Trad. Picó i Junoy, J.) Madrid. Marcial Pons. Pp. 96.

⁵⁷ Ver Supra. El código procesal penal y la prueba pericial: Ubicación Orgánica.

integran este instrumento en cuanto a su situación más próxima o lejana al desarrollo del proceso, distinguiendo a la luz de los conceptos sobre la teoría de la prueba qué es fuente y qué es medio en la prueba pericial.

Esto puede resultar útil por cuanto se ha sostenido especialmente respecto a la prueba científica que se trata de una “cuya fuerza probatoria reclama complementación en orden a demostrar la autenticidad de los elementos tenidos en cuenta para la experticia”. En este sentido, se ha destacado que “las más de las veces, la eficacia probatoria de un nuevo método confirmatorio reclama la coexistencia de ciertos elementos coadyuvantes exógenos”.⁵⁸

Lo anterior se vincula a que, en el intento de comprobar la veracidad de los enunciados vertidos en juicio, los intervinientes se valen de elementos procesales y extraprocesales en sus actos de alegación. En otras palabras, el conjunto de actos procesales dirigidos a fundar la existencia de los hechos afirmados por las partes implica el traslado de aquellos elementos que se encuentran fuera del marco institucional jurídico (fuente) hacia “el interior” del entramado de normas y principios que conforman el proceso (medio).⁵⁹

Así, la diferencia entre fuente y medio probatorio queda determinada por el enfrentamiento que estos elementos exógenos experimenten con normas jurídico-procesales, las cuales habrán de regular su integración desde el mundo extra jurídico al desarrollo del proceso.

En ese contexto, y conforme ha sostenido la doctrina, la distinción conceptual referida a aquello que es preexistente al proceso (fuente) y aquello que se realiza *en el* proceso (medio) encuentra un reflejo en cada uno de los medios probatorios, de modo que no resulta posible concebir la disponibilidad de un medio de prueba en tanto no se verifique previamente la existencia de una fuente de prueba.

⁵⁸ Peyrano, J. W. 2007. *Sobre la prueba científica*. En: lus. La Revista. N°35. (108-113). Pontificia Universidad Católica del Perú.

⁵⁹ Maturana Miquel, C. & Montero López, R. 2010. *Derecho procesal penal. Tomo II*. (1ª. Ed., Derecho y proceso). Santiago, Chile: Abeledo Perrot-Legal Publishing. Pp. 957.

Así, las partes “antes de iniciar el proceso, buscarán las fuentes de prueba mediante una actividad de investigación y, contando con ellas, incoarán el proceso proponiendo en él los medios para incorporar las fuentes”. Luego, aquello que los intervinientes realizarán en el proceso será sólo “una labor de verificación”, pasando la fuente a constituirse en lo sustantivo y el medio en la actividad.⁶⁰

La distinción esbozada resulta de fácil comprensión para medios de prueba cuya fuente es introducida al proceso sin requerir de otro medio más que un marco legal referido a la misma fuente (como puede ser por ejemplo la prueba confesional, donde la fuente es la persona y su conocimiento acerca de los hechos que confiesa, en tanto que el medio es su declaración en el marco de la absolución de posiciones⁶¹). Por el contrario, según ha sostenido Maturana y Montero, la prueba pericial presenta la particularidad de que “no consiste realmente en introducir una fuente en el proceso, sino en conocer y apreciar una fuente que ha sido introducida en el proceso por otro medio”.⁶²

Según los autores, en la prueba pericial, la fuente de prueba (es decir aquella cosa, materia, lugar o persona que ha de ser examinada por el perito) ha debido ser introducida [en el proceso] por otro medio de prueba”.⁶³

Tomemos por ejemplo el caso del informe pericial balístico recaído sobre la capacidad de fuego de un arma.

Este informe ha requerido de la aportación al proceso de la especie incriminada como medio de prueba instrumental (el arma cuya capacidad de fuego habrá de determinarse). Posteriormente, el dictamen del experto es acompañado de manera adicional, como examen del instrumento previamente acompañado, ya sea conforme a las reglas procesales de incorporación de un documento (el informe material que elabora el experto) o bien de acuerdo a las normas previstas en el artículo 329 y

⁶⁰ Sentís Melendo, S. 1979. *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.

⁶¹ Maturana Miquel, C. & Montero López, R. 2010. *Derecho procesal penal. Tomo II*. (1ª. Ed., Derecho y proceso). Santiago, Chile: Abeledo Perrot-Legal Publishing. Pp. 957.

⁶² Ídem.

⁶³ Ibid. Pp. 958.

supletoriamente por las establecidas para los testigos (caso en que el perito balístico sea citado a deponer al juicio oral).

De este modo, la prueba constituye un dictamen referido a una fuente probatoria efectivamente incorporada al proceso conforme a las reglas de otro medio de prueba introducido con anterioridad.

La distinción expuesta permite comprender la posición doctrinaria reduccionista que sostiene que los medios probatorios en los sistemas procesales modernos se reducirían a dos: la prueba documental y la prueba testimonial.

Según esta posición las demás técnicas modernas de acreditación de hechos, dentro de las cuales podemos situar a la prueba pericial, resultan subsumibles dentro de una de estas dos categorías fundamentales.⁶⁴

2.2 La prueba pericial y su relación con otros medios de prueba.

Conforme a lo señalado, cabe analizar la relación de semejanza y diferencia existente entre el informe pericial y los dos medios de prueba fundamentales.

2.2.1 El informe pericial y la prueba documental.

No obstante que conforme a las reglas del artículo 315 el informe que se presenta ante el Juzgado de Garantía constituye un objeto material, estableciéndose en cuanto a su forma que éste ha de ser por escrito, y reconociendo que dicho informe “consigna o representa alguna cosa apta para esclarecer un hecho”⁶⁵, cabe diferenciarlo de la prueba documental, admitiendo que la prueba pericial se trata de una prueba de tipo autónoma, que no se reduce al informe escrito.

⁶⁴ Denti, V. 1972. *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. N°13-14. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México, México. Pp.5.

⁶⁵ Se hace referencia a la definición que ofrece Couture para la conceptualización del medio probatorio “documento” en materia procesal. Couture Peirano, E. & Sánchez Fontán. 1960. Vocabulario jurídico: Con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo. Montevideo: Bianchi Altuna. Pp. 251.

Como primer rasgo distintivo encontramos que la redacción del artículo 315 del Código procesal penal comienza estableciendo el deber del perito de concurrir al tribunal oral a deponer sobre su informe.⁶⁶

En el mismo sentido, el artículo 319 dispone que la declaración del perito ha de regirse por las normas del artículo 329, conforme al cual su declaración en el juicio oral (siguiendo la misma lógica que la declaración de los testigos) habrá de ser personal y no podrá ser sustituida por la lectura de registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren.

Dicha disposición relativa a la forma en que se introduce al juicio la prueba pericial contrasta con la forma en que se *introducen* al juicio los documentos que constituyen evidencia, toda vez que estos se integran como medio de prueba mediante su lectura y exhibición.

Refiriéndose a las reglas de los actos de interrogación y contra interrogación, María Inés Horvitz sostiene que no cabe “ofrecer el informe pericial como prueba documental, pues esta última se produce mediante la lectura del respectivo documento y tal procedimiento de producción de prueba no es admitido en este caso.” Conforme a ello, el informe pericial no habrá de ser leído en audiencia.

Lo expuesto se vincula a la vigencia del principio formativo de oralidad que inspira el proceso penal. Especialmente respecto del desarrollo del juicio oral donde, por regla general⁶⁷, las alegaciones, así como las pruebas y las conclusiones del proceso se verifican verbalmente⁶⁸.

⁶⁶ Cabe hacer presente la disposición del inciso segundo del artículo 315 del Código Procesal Penal, según la cual se exceptúa el deber de comparecencia en los casos en que la sola incorporación del documento sea suficiente. Ejemplo de ello es el informe de alcoholemia que practica el Servicio Médico Legal respecto de imputados por delitos de manejo en estado de ebriedad.

⁶⁷ Se hace presente que la parte final del inciso primero del artículo 329 morigera la aplicación de este principio en orden a admitir la reproducción de declaraciones anteriores en razón de las hipótesis de excepción del artículo 331 referidas a la incomparecencia del perito o el acuerdo de voluntades en su incorporación, y la lectura en apoyo de memoria del artículo 332.

⁶⁸ Maturana Miquel, C. & Montero López, R. 2010. *Derecho procesal penal. Tomo II.* (1ª. Ed., Derecho y proceso). Santiago, Chile: Abeledo Perrot-Legal Publishing. Pp. 821.

En cuanto a que el artículo 315 del Código disponga la presentación por escrito del informe pericial y dicho artículo se inserte entre los párrafos relativos a los principios del juicio oral, cabe descartar que la presentación del informe escrito se establezca para esta fase del procedimiento.

No obstante que el artículo que regula su presentación se sitúe entre las normas que regulan el juicio oral, su ubicación en el código a propósito del desarrollo de la etapa de juicio oral se vincula a la modificación del orden de las disposiciones del párrafo sobre medios de prueba para el procedimiento ordinario a lo largo de la tramitación del proyecto.⁶⁹

Ello por cuanto la ritualidad de su incorporación en calidad de documento se prevé para ser efectuada ante el Juzgado de Garantía, en la etapa intermedia, para llevar a cabo ciertos fines propios de esta fase.

En este sentido, el informe pericial debe constituir en primer lugar una herramienta útil para la parte que lo presenta a fin de comenzar a estructurar su examen directo sobre la base del conocimiento que tenga de las opiniones del perito; en segundo lugar, el informe pericial escrito debe significar la posibilidad inicial para la contraparte de preparar el contra-examen o producir una información propia dirigida a controvertir en juicio la información aportada originalmente por el perito⁷⁰; Por último, para el juez de garantía, el informe que se ofrece a la fase intermedia constituye un instrumento que reclama un control de admisibilidad para el correcto desarrollo de la fase oral⁷¹.

2.2.2 Testigo y perito: elementos comunes y diferenciadores de sus declaraciones.

⁶⁹ Un análisis pormenorizado respecto a la inconsistencia y descoordinación sistemática de la norma que ordena el informe pericial escrito se encuentra tratado por María Inés Horvitz y Julián López, a propósito de la falta de rigurosidad del legislador al fijar la ubicación del párrafo sobre medios de prueba del procedimiento ordinario. En Horvitz Lennon, M. I., & López Masle J. 2004. *Derecho procesal penal chileno – Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 296-297.

⁷⁰ Baytelman, A. & Duce, M. *Litigación penal. Juicio Oral y Prueba*. Reimpresión. Grupo Editorial Ibáñez. Pp. 296.

⁷¹ Horvitz Lennon, M. I., & López Masle, J. 2004. *Derecho procesal penal chileno – Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 301

Como se ha referido a lo largo de este trabajo, existe una posición doctrinaria que considera que la prueba pericial, en tanto mecanismo moderno de acreditación de hechos, podría ser subsumida dentro de alguna de las dos categorías fundamentales de prueba, a saber, la prueba testimonial y documental.⁷²

Esta interpretación reduccionista no resulta del todo ajena a las disposiciones contenidas en el Código procesal penal.

En específico, respecto a la declaración de peritos, el artículo 319 dispone que ésta “se regirá por las normas previstas en el artículo 329 y, supletoriamente, por las establecidas para los testigos.”

Al respecto, María Inés Horvitz ha sostenido que “una interpretación lógica de la regla de supletoriedad contenida en el artículo 319 del código procesal penal es que la remisión normativa debe entenderse efectuada al párrafo 5° del título III del libro II del código, sobre los testigos, específicamente en lo referido a los deberes de comparecencia y declaración en juicio”.

En este mismo sentido la doctrina se ha referido al caso en que un perito es transformado en un testigo de oídas desde que fue ofrecido en una calidad que no resultó tal, toda vez que la presentación de un meta-peritaje evidenció las deficiencias del peritaje inicial. Según se ha concluido, “el sostener que detrás de cada perito también existe un potencial testigo, altera la forma de controlarlo en cuanto a la información de que es portador”⁷³.

Con todo, a esta altura resulta conveniente identificar las diferencias existentes entre la prueba pericial y la prueba testimonial a fin de reconocer que la prueba pericial,

⁷² Denti, V. 1972. *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. N°13-14. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México, México.

⁷³ Coloma, R. et. Al. 2010. *Nueve jueces entran en dialogo con nueve hipótesis acerca de la prueba de los hechos en el contexto penal*. En: Revista *Ius et Praxis*, año 16. N°2, (3-56). Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Pp. 24. En el fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Los Ángeles se expone: “que no obstante lo constatado precedentemente, respecto al peritaje, [psicológico inicial que sólo dice haber aplicado test como la persona bajo la lluvia o el de Rorschard, insuficientes por sí solos para una entrevista clínica forense] nada impide que atendido el principio de libertad de prueba que impera en el nuevo sistema procesal penal, que este tribunal le asigne a las declaraciones de la Psicóloga V.T. el valor del testimonio de oídas.”. Sentencia de fecha 23 de agosto de 2008, del Tribunal Oral en lo Penal de Los Ángeles. Considerandos 39° y 40°.

y específicamente el acto de presentación a deponer del perito durante el desarrollo del juicio oral, presenta características propias y que, no obstante compartir regulación supletoria en común, lidian con el criterio reduccionista que asimila dicho acto procesal a la prueba testimonial, conformándose como un medio de prueba autónomo al evidenciar rasgos que distinguen el deber de comparecencia que le asiste al perito de la declaración del testigo en juicio.

Así, conforme ha expuesto Claus Roxin, en su libro “Derecho procesal penal”, los testigos son personas que informan sobre hechos, por el contrario, el perito extrae conclusiones.

El testigo declara realizando comprobaciones que no exigen un conocimiento especial, en tanto que el perito depone sobre su conocimiento especial en determinada materia.

El testigo declara sobre observaciones pasadas, hechas fuera del proceso (fuente de prueba), mientras que el perito extrae sus constataciones en el procedimiento y para el tribunal.

El testigo no es reemplazable (en la medida en que posee información que adquirió por sus sentidos). El perito es intercambiable y reemplazable (así, la posibilidad de admitir dos o más peritos que se refieran a una misma materia con posturas distintas, deriva de su carácter “fungible”).⁷⁴

En cuanto a las solemnidades que reviste la incorporación de los testigos y peritos al proceso, encontramos que Maturana y Montero reconocen que ambas figuras difieren en razón de que el testigo jura decir la verdad de lo que se le va a preguntar, en tanto que el perito jura desempeñar fielmente el cargo que se le ha encomendado.⁷⁵

Acerca de la estructura enunciativa de la aseveración formulada por ambos sujetos, Horvitz plantea la siguiente diferencia: el testigo no está habilitado para emitir

⁷⁴ Roxin, C. 2000. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires. Pp. 239

⁷⁵ Maturana Miquel, C. & Montero López, R. 2010. *Derecho procesal penal. Tomo II*. (1ª. Ed., Derecho y proceso). Santiago, Chile: Abeledo Perrot-Legal Publishing. Pp. 1032.

opiniones. Por el contrario, el perito está habilitado para emitir opiniones, precisamente porque para ello se le requiere en razón de sus conocimientos especiales.⁷⁶

Carnelutti, ha ofrecido una síntesis referida a la “nota diferencial entre el testimonio y la pericia”, enfatizando no tanto sobre la estructura, sino sobre la función que en el desarrollo del proceso le cabe a cada medio.

En este sentido ha sostenido que “el testigo tiene en el proceso una función pasiva y el perito activa; el testigo está en él como objeto y el perito como sujeto; el testigo es examinado y el perito examina; el testigo representa lo que ha conocido con independencia de todo encargo del juez, mientras que el perito conoce por encargo de éste. El juez busca al perito, mientras que en cambio respecto del testigo se ve constreñido de servirse del que encuentra”.⁷⁷

En el mismo sentido Stein ha distinguido que los peritos suministran máximas de experiencia, así como los hechos y consecuencias derivadas de aquellas, en tanto que el testigo suministra hechos percibidos personalmente. En otros términos, en un juicio lógico el testigo aporta la premisa menor, y el perito la premisa mayor de la que el juez carece y que lo lleva a la conclusión.⁷⁸

2.2.3 El testigo perito.

A fin de hacer esta exposición aún más exhaustiva en torno a los límites del perito en relación a otros medios de prueba de carácter similar, cabría señalar que la doctrina ha expuesto la existencia de un perito-testigo para la situación hipotética en que un hecho haya caído “bajo la acción de los sentidos”⁷⁹ de una persona que posea un conocimiento experto sobre ese hecho.

⁷⁶ Horvitz Lennon, M. I., & López Masle J. 2004. *Derecho procesal penal chileno – Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Pp.302

⁷⁷ Carnelutti, F. 1982. *La Prueba Civil*. Depalma. 2ª. Ed. Buenos Aires, Argentina. Pp. 122.

⁷⁸ Stein, F. 1999. *El conocimiento privado del juez*. Editorial Temis. Bogotá, Colombia.

⁷⁹ Se alude a la definición que Eduardo Couture ofrece para el Testigo, en su “vocabulario jurídico”. Couture Peirano, E. & Sánchez Fontán. 1960. *Vocabulario jurídico: Con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo*. Montevideo: Bianchi Altuna. Pp. 576.

En este caso, tal conocimiento se reúne en una misma persona, pero bajo esta interpretación no resulta aceptable confundir entre especies distintas de medios de prueba.

Ello por cuanto la figura del testigo-perito, según sostiene Claus Roxin, “es una persona cuya declaración se refiere a hechos o situaciones pasadas, para cuya observación fue necesario un conocimiento especial”.⁸⁰

El “ejemplo *delimitativo*”⁸¹ que el autor propone reconoce los roles jurídico-procesales que es posible distinguir respecto de una misma persona que se involucra en el desarrollo de un suceso desde distintos planos. En otras palabras, dicha persona se constituirá como testigo, testigo-perito y/o perito de acuerdo a su distinta vinculación con los hechos.

De este modo, respecto al “fallecimiento de un sujeto en la casa de un médico” encontramos, en primer lugar, que el médico se conforma con la figura del testigo en tanto informa sobre observaciones propias del modo siguiente: “el 31/12 a las 22 horas, antes de fallecer, NN contó que había sido atacado por AA”.

Luego, es testigo-perito en cuanto formula una especial observación de los hechos *debido* a su conocimiento especial como podría ser “el examen demostró que la parte izquierda del cráneo estalló por un golpe”.

Por último, es perito desde que recurre al dominio de su ciencia para aseverar una información técnica: “esa herida fue necesariamente mortal”.⁸²

María Inés Horvitz ha sostenido que para determinar las reglas que habrán de aplicarse a la declaración del testigo-perito también debe distinguirse.

Esta distinción dice relación con la forma que reviste su observación de los hechos.

⁸⁰ Roxin, C. 2000. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires. Pp.240

⁸¹ Ídem.

⁸² Respecto al “cambio sorpresivo de testigo a testigo-perito”: Soria Verde, M.A., Et. Al. 2010. *El médico como testigo-perito: de la citación a la testificación en el juicio*. Revista de Medicina Clínica (Barc) 137(10); 464-467.

Así, en lo que respecta exclusivamente a la narración del suceso aprehendido por sus sentidos, el testigo-perito estará sujeto a las reglas de los testigos “pues su percepción, es insustituible”.

Por el contrario, “las aseveraciones propiamente técnicas o científicas sobre los hechos deben ser objeto de un informe pericial, el que debe ser evacuado conforme a las reglas generales sobre las pericias”.

Por último, en el caso hipotético de concurrir el testigo-perito a prestar una sola declaración, se le aplicarán “las reglas correspondientes según el tenor de las preguntas”.⁸³

2.2.4 Moción parlamentaria 12935-07 sobre lectura de informes.

Con fecha 22 de enero de 2019 ingresó ante la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento de la Cámara de Diputados de la República la moción parlamentaria boletín número 12935-07, que modifica el código procesal penal en lo que respecta a la lectura de los informes periciales y policiales durante la audiencia de juicio oral.

La problemática identificada se sitúa en el desarrollo de las audiencias de juicio oral. Según los redactores del proyecto los funcionarios encargados de redactar los informes periciales escritos tienen el deber de reproducir posteriormente las mismas palabras en forma oral en la audiencia de juicio. Sin embargo, de acuerdo al mensaje del proyecto legislativo, “para llevar a cabo dicho acto, estos funcionarios no cuentan con respaldo alguno.” En este sentido, la moción parlamentaria revela el riesgo que involucra el olvido de alguna de las partes o elementos del informe en la medida en que no haya un “recuerdo claro de un miembro de policía en juicio”.

Frente a ello, el proyecto intenta salvaguardar la veracidad de los hechos ocurridos que se imputan por terceros imparciales a alguna de “las partes interesadas” (sic). Así, entre los argumentos que fundamentaron la moción se encuentran el fortalecimiento de los medios que permitan la imparcialidad en los procesos de justicia;

⁸³ Horvitz Lennon, M. I., & López Masle J. 2004. *Derecho procesal penal chileno – Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 294.

el aseguramiento de estándares mínimos para que aquellos procesos sean más afines a la búsqueda de la verdad, y la preocupación por que los procedimientos debidamente realizados por nuestras instituciones policiales no sean vulnerados o pierdan su objeto.⁸⁴

De este modo, de acuerdo a la moción parlamentaria, la actual redacción del inciso segundo del artículo 332 del código procesal penal es modificada.

Conforme a los principios de oralidad, inmediación y contradicción que rigen la rendición de la prueba en el juicio oral, la regla general del artículo 296 del Código procesal penal establece que la prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral. En consonancia, el artículo 334 establece la prohibición de lectura de registros y documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el Ministerio Público.

Sin embargo, entre las excepciones previstas por ambas normas es posible identificar la lectura para apoyo de memoria admitida en la audiencia del juicio oral.

Conforme al artículo 332, excepcionalmente, y sólo una vez que el acusado o el testigo hubieren prestado declaración, se podrá leer en el interrogatorio parte o partes de sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal, el abogado asistente del fiscal, en su caso, o el juez de garantía, cuando fuere necesario para ayudar la memoria del respectivo acusado o testigo, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes. Según su inciso segundo, con los mismos objetivos, se podrá leer durante la declaración de un perito partes del informe que él hubiere elaborado.

A favor de esta norma de excepción, la doctrina ha manifestado que resulta “importante que todas las cuestiones jurídico-penalmente relevantes del informe sean objeto del interrogatorio de la parte interesada o sean aclaradas mediante lectura por

⁸⁴ Cámara de Diputados de Chile. Portal web. *Mensaje del proyecto que modifica el código procesal penal en lo que respecta a la lectura de informes periciales y policiales durante la audiencia de juicio oral*. [en línea] <www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=12925&tipodoc=mensaje_mocion> [consulta: 30 de enero de 2019].

el perito, pues carece de todo valor probatorio la parte o partes del informe que no hayan sido objeto de declaración o de lectura”.⁸⁵

La reforma en examen viene a ampliar las facultades de los sujetos que declaran acerca de los informes policiales, sustituyendo la redacción vigente por los términos siguientes: “con los mismos objetivos, se podrá leer durante la declaración de un perito, o de un miembro de la Policía de Investigaciones o de Carabineros de Chile, o de algún funcionario público que corresponda a instituciones encargadas del orden y seguridad del informe pericial, parte o informe policial que hubieren elaborado previamente y cuyos hechos hayan acaecido durante el ejercicio de sus funciones.”

De acuerdo a ello, se extiende la posibilidad de recurrir a registros y documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por el funcionario habilitado que hayan sido previamente consignadas en el informe policial respecto a los hechos acaecidos en ejercicio de sus funciones, admitiendo la posibilidad de apoyarse en el registro elaborado previamente mediante la lectura íntegra a su contenido, en cuanto fuere necesario para ayudar la memoria, demostrar o superar contradicciones o solicitar aclaraciones pertinentes.

Al respecto, cabe concluir destacando lo sostenido por la doctrina en cuanto a la lectura en apoyo de memoria y la superación de contradicciones o inconsistencias con declaraciones anteriores prestadas en el proceso.

Según lo sostenido por María Inés Horvitz “sólo constituye prueba la declaración del testigo que, confrontado a su declaración anterior, intenta aclarar o superar contradicciones, inconsistencias u omisiones, pero en ningún modo el contenido de la lectura de la declaración anterior”.⁸⁶

Por último, cabe señalar que desde su ingreso y hasta la fecha, la tramitación de la moción no registra avance.

⁸⁵ Horvitz Lennon, M. I., & López Masle, J. 2004. *Derecho procesal penal chileno – Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 303.

⁸⁶ *Ibid.* Pp. 323

3. LA FUNCIÓN PERICIAL COLABORATIVA EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN Y LA NATURALEZA SUI GENERIS DEL INFORME PERICIAL.

La distinción que sugiere una interpretación binaria de la naturaleza jurídica del perito (perito auxiliar/perito prueba) resulta cuestionable al observar las actuaciones llevadas a cabo por el Ministerio Público a lo largo de la fase investigativa del proceso penal.

Tanto la doctrina que distingue los actos de investigación de los actos de prueba, como la disposición del artículo 321 del Código Procesal Penal en orden a habilitar la colaboración de peritos a las actividades de investigación del Ministerio Público permiten argumentar cuestionando la existencia de una interpretación excluyente en cuanto a la naturaleza del informe pericial.

Para ilustrar la hipótesis podemos tomar como ejemplo la participación de peritos del Servicio Médico Legal en los actos de investigación llevados a cabo por el Ministerio Público.

El Servicio Médico Legal se caracteriza por ser un servicio público, dependiente del Ministerio de Justicia, encargado de la elaboración de pericias en el marco de la denominada fase administrativa del proceso penal, entregando servicios de peritaje clínico, de salud mental, de laboratorio y tanatológicos⁸⁷.

Conforme al artículo segundo de la ley N°20.065, que establece la regulación de su personal, encontramos que el objeto de esta institución será asesorar técnica y científicamente a los órganos jurisdiccional y de investigación, en todo el territorio nacional, en lo relativo a la medicina legal, ciencias forenses y demás materias propias de su ámbito. Según dispone el artículo 3 de la referida ley, al Servicio Médico Legal le corresponderá, especialmente, la función de realizar peritajes médico-legales en

⁸⁷ Al respecto, cabe señalar que la labor forense que el Servicio Médico Legal desarrolla en nuestro país contribuye en la elaboración de exámenes de diversa índole, llevando a cabo constatación de lesiones, exámenes de delitos sexuales, de responsabilidad médica, de accidentes de tránsito, análisis y pruebas de ADN, toxicológicos, de alcoholemia, bioquímicos, de autopsia, histopatología, entre otros.

materias clínicas, tanatologías, psiquiátricas y de laboratorio, evacuando los informes periciales del caso.⁸⁸

Por su parte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 321 del código procesal penal, el Ministerio Público, en tanto órgano encargado de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, “estará habilitado para presentar como peritos a los miembros de los organismos técnicos que le prestaren auxilio en su función investigadora”.

Conforme a ello, cabe concluir que los informes técnico-periciales evacuados por especialistas del Servicio Médico Legal pasan a constituir un apoyo a los actos de investigación requeridos por el Ministerio Público, asumiendo un rol auxiliar en la recopilación de antecedentes útiles al esclarecimiento de los hechos.

Con todo, estos informes no constituyen necesariamente una recopilación de antecedentes probatorios (en sentido estricto), desde que son requeridos en el desarrollo de actuaciones de la investigación llevada a cabo de manera discrecional y privativa por el Ministerio Público.

Según se ha sostenido, “la etapa de investigación se constituye en una fase meramente preparatoria de la acusación y del juicio, tiene carácter predominantemente desformalizado y las actuaciones que en ella se realizan carecen, por regla general, de valor probatorio”.⁸⁹

Dicha etapa constituye propiamente una fase pre-procesal, que aún no permite arrojar las condiciones que admitan representarse la evacuación de informes periciales como medios de prueba. Para esta fase del procedimiento, dichos informes no constituyen prueba.

En este mismo sentido, durante la etapa de investigación aún no se ha verificado el conflicto de intereses entre el poder punitivo estatal y las alegaciones de la defensa en orden a determinar la responsabilidad que en los hechos le quepa a un

⁸⁸ Además de la regulación citada, el Código Procesal Penal se refiere a esta institución entre sus artículos 192 y 202, en el párrafo relativo a las actuaciones de investigación, a propósito de la práctica de exámenes médicos.

⁸⁹ Horvitz Lennon, M. I., & López Masle, J. 2004. *Derecho procesal penal chileno – Tomo I*. Pp. 448.

imputado. De acuerdo a ello, se hace impracticable el principio contradictorio, que constituye el requisito “objetivo” en la estructura de la prueba.⁹⁰

Tampoco se ha verificado necesariamente el presupuesto “subjetivo” de la prueba, que dice relación con la mediación que de aquella debe efectuar un órgano jurisdiccional en orden a tomar contacto con el material probatorio producido, por cuanto nos situamos en una etapa en que la intervención del tribunal aún es eventual (salvando la inmediatez producida por ejemplo en caso de autorización judicial efectuada por el juez de garantía para llevar a cabo la práctica de exámenes corporales no autorizados voluntariamente).

Por su parte, la doctrina nacional⁹¹ ha sostenido que la investigación llevada a cabo a lo largo del proceso penal no constituye actividad probatoria. Dicho principio es reconocido a través de varios preceptos de orden legal y constitucional. Al respecto, el inciso primero del artículo 83 de la Constitución Política dispone que el Ministerio Público “en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales”; El artículo 296 del Código Procesal Penal señala que “la prueba que debe servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral”, confirmando el presupuesto de contradicción necesario para configurar actividad probatoria. Por último, referido a la formación de la sentencia definitiva, el artículo 340 dispone que “El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral”.

Ante este escenario no podría sostenerse que la labor del perito asistente del Ministerio Público en la fase de investigación sea la de entregar elementos de prueba.

Por el contrario, la labor del Servicio Médico Legal y de los demás organismos técnicos productores de pericias colaborativas a los actos de investigación resulta de carácter auxiliar al órgano persecutor penal. Así, conforme se ha caracterizado la etapa de investigación, y teniendo presente que a lo largo del proceso penal la intervención del tribunal resulta eventual y sujeta a la verificación de los elementos que a juicio del Ministerio Público sean suficientes para fundar el acto de formalización, se concluye

⁹⁰ Maturana Miquel, C. & Montero López, R. 2010. *Derecho procesal penal. Tomo II.* (1ª. Ed., Derecho y proceso). Santiago, Chile: Abeledo Perrot-Legal Publishing. Pp. 760 y siguientes.

⁹¹ *Ibid.* Pp. 761.

que hasta antes de dicha actuación el informe pericial allegado a la fase de instrucción representa un antecedente auxiliar a la investigación, pero por ningún motivo prueba.

Así, sostener que los actos evacuados por un perito a lo largo del proceso penal se igualan a conformar un medio probatorio resulta cuestionable. La labor desarrollada por los especialistas no habrá de resultar *necesariamente* dirigida a la acreditación de hechos, impidiendo la equivalencia entre la producción de antecedentes investigativos y la prueba.

Por el contrario, el informe pericial podría constituir un fundamento para la adopción de decisiones dirigidas a descartar la realización de otras actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos, considerando que con la información proporcionada en un dictamen pericial el Ministerio Público podría abstenerse de toda investigación en el supuesto que el informe determinare que los hechos denunciados no alcanzan a revestir el carácter de delito.

A modo de ejemplo, tomemos el caso en que para determinar la concurrencia de elementos suficientes para la configuración del delito de abuso sexual de un menor de edad fuere necesario recurrir a un peritaje psicológico de evaluación de daño a fin de recabar antecedentes suficientes para continuar la investigación: La madre de un menor de edad realiza una denuncia en contra de su hermano por supuestos comportamientos eróticos realizados en contra del menor. No obstante, la madre habría sido objeto de violencia en su niñez, precisamente por parte de su hermano. Basada en supuestas conversaciones de índole sexual que escuchó sostener la menor con su tío, la madre decide actuar en venganza de su hermano y realizar la denuncia en su contra por abuso sexual. Al recibir el informe pericial psicológico evacuado por el perito profesional en psiquiatría, y conforme al análisis para la validez de la declaraciones mediante entrevista semi-estructurada basada en protocolo NICHD⁹², análisis de contenido basado en criterios (CBCA) y revisión de análisis y valoración de

⁹² Protocolo de entrevista de testimonio infantil del Instituto Nacional para la Salud del Niño y el Desarrollo Humano de EEUU.

los criterios de validez del procedimiento⁹³, se logra determinar que el relato del menor es concluyente en orden a establecer que no existe daño emocional en su persona toda vez que las vivencias relatadas en relación al supuesto abusador tienden a demostrar una vinculación de carácter paternal, determinando que no resulta necesaria la intervención psicológica ni psiquiátrica para la supuesta víctima toda vez que éste vínculo se ajusta a parámetros normales. En este caso la pericia por ningún motivo alcanzaría a revestir el carácter de prueba, toda vez que no sería incorporada al juicio oral y, aún más, daría lugar a la eventual aplicación del principio de oportunidad.

Cabe concluir que a lo largo de la etapa de investigación penal la figura del perito asume distintos roles, cumpliendo en la práctica uno de tipo auxiliar al inicio de la investigación, en orden a colaborar como guía en la toma de decisiones por parte del órgano persecutor, pudiendo eventualmente llegar a constituirse como un tercero instrumental en apoyo a la acreditación de los hechos investigados, una vez que su informe permita fundamentar la concurrencia de los elementos del delito que se intenta acreditar, verificándose a su respecto los requisitos objetivos y subjetivos que configuran su participación en carácter de prueba.

⁹³ Ministerio Público. 2008. *Evaluación pericial psicológica de credibilidad del testimonio*. Fiscalía Nacional. Documento de trabajo interinstitucional. [en línea] <www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=625&pid=60&tid=1> [consulta: 5 de junio 2018].

CAPITULO III.
PROCEDENCIA DE LA PRUEBA PERICIAL SEGÚN EL ESQUEMA DEL
ARTÍCULO 314 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

Las investigaciones relativas a la prueba pericial generalmente identifican el peritaje en el contexto del “conocimiento experto” y, suele ocurrir, se le asocia necesariamente a la utilización de la ciencia (o método científico) en el esclarecimiento de hechos que implican un dominio técnico especializado, reduciendo su examen a la prueba científica.

Sin embargo, se obvia la posibilidad de que existan pronunciamientos expertos relativos a disciplinas de diversa índole, no obstante nuestra legislación las explicita al establecer la procedencia del dictamen pericial como herramienta para apreciar algún hecho o circunstancia que siendo relevante para la causa requiera de conocimientos especiales en alguna ciencia, arte u oficio.

Cabe preguntarse si es posible encontrar en la práctica procesal la producción de pericias cuyo objeto de examen sea uno relativo a la profesión de un arte salvaguardando la objetividad de un dictamen experto, o si acaso puede el dominio de un oficio revestir el carácter de prueba pericial en un contexto de desarrollo científico de alta sofisticación.

1. LA PROFESIÓN DE UN ARTE.

El arte se caracteriza por ser una actividad destinada a dar cuenta de una búsqueda estética y emotiva, para lo cual pueden desarrollarse múltiples quehaceres, algunos de los cuales constituyen procedimientos más o menos formales (estudios propios de la tradición de la academia de bellas artes, o los estudios de teoría y ejecución musical) pero que permiten su ejercicio por quien no disponga de estudios formales o certificación alguna, dándose mayor valor al trabajo, al proceso y a su resultado: la obra de arte.

En clave descriptiva, y de acuerdo a la segunda acepción que el diccionario de la real academia⁹⁴ ofrece para la noción “arte”, la expresión refiere aquella “manifestación de la actividad humana mediante la cual se interpreta lo real o se plasma lo imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros”.

1.1 El perito frente a la subjetividad.

Una dificultad ineludible que caracterizaría un dictamen experto referido a una obra artística estaría constituida por el grado de subjetividad involucrado en su elaboración.

De acuerdo a la tradición filosofía subjetivista se ha sostenido que aquello que define un criterio de verdad radica en el gusto o la sensación⁹⁵. Así, David Hume, en 1793 sostenía que “no sólo en poesía y música debemos seguir nuestro gusto y sentimientos, sino también en la filosofía. Cuando yo estoy convencido de un principio sucede tan sólo que una idea me impresiona más fuertemente. Cuando yo doy la preferencia a una serie de argumentos sobre otra no hago más que decidir de mi sentimiento relativo a la superioridad de su influencia.”⁹⁶

Para este autor la belleza constituye “un orden de construcción de partes que, o por una constitución originaria de nuestra naturaleza o por habito o capricho es capaz de producir un placer o satisfacción en el alma”⁹⁷. La interpretación permite evidenciar que en el proceso de observación de aquello que buscar ser bello se genera una necesaria conexión entre el objeto observado y el sujeto que lo observa.

Tomando en consideración dicha referencia acerca de la apreciación de lo bello, resulta posible concluir que el pronunciamiento de un especialista en una disciplina artística no estaría exento de la predominancia calificaciones subjetivas, atendida la

⁹⁴ Diccionario de la Real Academia Española. Consulta: 13 de junio de 2018.

⁹⁵ Hume, D. *Tratado de la Naturaleza Humana. Edición electrónica*. 2001. Libros en la Red, servicio de publicaciones. Diputación de Albacete. Pp. 223. [en línea] <www.dipualba.es/publicaciones/LibrosPapel/LibrosRed/Clasicos/Libros/Hume.pm65.pdf> [consulta: 12 de junio 2018].

⁹⁶ Ibid. Pp. 90.

⁹⁷ Ibid. Pp. 223.

interpretación personal que el proceso de aprehensión de la obra le inspira al espectador.

En la tarea de superar las subjetividades que la apreciación estética implica, la Asociación de Arquitectos Tasadores de Chile A.G.⁹⁸ ha elaborado una serie de criterios orientadores⁹⁹ útiles “para darle un valor monetario a una pintura, escultura o cualquier otra obra artística.”

Este informe implica la utilización de criterios técnicos dirigidos a establecer un procedimiento objetivo de tasación de obras de arte, recurriendo a parámetros predeterminados, en tanto resultan útiles para dotar de objetividad disciplinas predominantemente subjetivas.

La asociación de arquitectos reconoce que en la tarea de ofrecer un dictamen que permita determinar el justo valor de un bien en último término “prevalecerá la experiencia del profesional que evalúa”. Con todo, para tasar una obra de arte con objetividad, esta asociación sugiere que deben considerarse factores de relevancia.

Así, entre los factores que posibilitan una tasación según criterios objetivos se encuentran: la mayor o menor producción del artista a lo largo de su carrera, la existencia de réplicas de sus obras, la etapa de vida en la que el artista terminó su obra¹⁰⁰, el nivel de reflejo del estilo desarrollado, su reputación, el número de exposiciones en que haya participado, el nivel de demanda por sus obras, su liquidez, fluctuaciones en las tendencias del mercado relevante en que se inserte su autor, el

⁹⁸ Entidad gremial creada en 1979 y miembro de la unidad panamericana de Asociaciones de Evaluación dedicada a difundir el conocimiento técnico y al perfeccionamiento de profesionales que actúen en el área de la evaluación de bienes. Se considera que el arquitecto tasador asociado gremialmente reviste características que lo conforman en su calidad de perito, en tanto posee la calidad de experto en una profesión y entre sus funciones se encuentra la de “dictar normas o recomendaciones técnicas relativas al ejercicio de la especialidad del arquitecto tasador”. En cuanto al grado de fundamento y exactitud que puede llegar a ofrecer el dictamen del perito arquitecto en el examen de tasación se reconoce que su juicio habrá de ajustarse a una apreciación presumiblemente objetiva sobre el valor de la obra a cuyo examen se somete considerando su *expertiz* profesional y la sujeción de los parámetros preestablecidos y verificables en su producción. [en línea] <<http://upav-asociacionesevaluacion.org/es/>> [consulta: 19 de junio 2018].

⁹⁹ Asociación de Arquitectos Tasadores de Chile A.G. 2016. *¿Cómo tasar una obra de arte?* [en línea] <www.asatch.cl/como-tasar-una-obra-de-arte/> [consulta: 19 de junio 2018].

¹⁰⁰ Un análisis respecto al valor inversamente proporcional que adquieren las obras artísticas en relación a la edad de su autor en: Bamberger, A. *Articles for Collectors: How to Collect Art. Articles and News*. San Francisco, California. [en línea] <www.artbusiness.com/collectors.html> [Consulta: 20 de junio 2018].

posicionamiento de la obra en el mercado primario o secundario, la valoración de obras de carácter similar, la dimensión de la obra, su nivel de detalle, la intensidad de la obra según el esfuerzo empleado en su creación, la calidad de materiales utilizados o “medio” artístico, entre otros.

1.2 El perito tasador y su función útil a los fines del proceso.

La aportación de un dictamen proveniente de un peritaje cuyo objeto de examen sea la valoración inherente a un objeto estético resulta poco frecuente en la práctica procesal, especialmente en materia penal.

Michele Taruffo ha reconocido la participación de expertos artísticos en la determinación del valor histórico de un edificio, o del valor literario de una novela.¹⁰¹

Un caso hipotético de relevancia podría ser aquél en que un perito es citado a deponer en calidad de experto acerca del informe relativo a la valuación que realiza de una obra de arte que es robada desde un museo debido a su vasto conocimiento en la materia.

En este caso el objeto materia de examen sería el efecto del delito, es decir, la obra de arte robada, incautada en condiciones similares a las que se encontraba hasta antes de su sustracción material.¹⁰²

En este contexto, la tarea del perito que se pronuncia sobre obras de arte generalmente se verá identificada a la labor de tasador, utilizando para ello pautas de valoración preestablecidas, a fin de proporcionar un examen objetivo.

Al respecto, cabe concebir el acto de tasación como uno de tipo instrumental, útil a la determinación del valor o precio de un bien, por cuanto el proceso en que se

¹⁰¹ Taruffo, M. 2013. *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México. Pp. 68.

¹⁰² Al respecto, en el portal web de la Policía de investigaciones de Chile, específicamente en el apartado “PDI busca”, se estableció un espacio para recabar antecedentes sobre obras de arte robadas, individualizándolas por su afiche, autor, tipo de obra, dimensiones, peso y descripción sucinta. Policía de Investigaciones de Chile. “*Obras de Arte robadas*”. [en línea] <<https://pdichile.cl/pdi-busca/obras-de-arte-robadas>>. [consulta: 22 de junio 2018]

lo requiere exige esencialmente el arribo de una solución que componga los intereses de los intervinientes involucrados en su desarrollo.¹⁰³

Así, la función del perito “artístico” no constituiría una disquisición acerca del contenido ontológico del objeto examinado, resultando irrelevante una eventual exposición en torno a la teoría del fenómeno artístico. Por el contrario, en el contexto hetero compositivo en que se enmarca el proceso (ya sea conforme a las reglas de un procedimiento penal o civil) al perito artístico se le habrá de requerir exclusivamente para la emisión de un pronunciamiento instrumental y de carácter útil a los fines del mismo. Esto es, pronunciar un dictamen dirigido a determinar el valor de la cosa en disputa.

En definitiva, cabe concluir, el dictamen pericial “artístico” (cuya existencia se deriva de la literalidad de las disposiciones legales que contemplan la procedencia del informe pericial) quedaría determinado por representar una función equivalente a un dictamen de tasación.

2. EL EJERCICIO DE UN OFICIO

Conforme lo habilita la legislación, tanto en materia civil, como en materia penal, en la misión de colaboración en el esclarecimiento de los hechos se prevé la posibilidad, al menos teórica, de aportar al proceso un conocimiento de tipo especial proveniente del ejercicio de un oficio.

En general, el ejercicio de un oficio se contrapone al de una profesión en tanto la profesión implica el dominio de conocimientos académicos altamente especializados, aprehendidos en el desarrollo de estudios estructurados sistemáticamente, de un nivel de complejidad superior al dominio común y demostrables a través de una certificación emanada de una institución de educación superior universitaria. Dichas características no son comprobables ante al ejercicio de un oficio.

¹⁰³ Couture, E. 1958. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª. Ed. Buenos Aires: Depalma.

El concepto de “oficio” se asocia tradicionalmente a un quehacer relacionado a la manufactura, al trabajo artesano o manual y al régimen de aprendizaje entre aprendiz y maestro, sin que en su realización medien necesariamente estudios formales provenientes de la academia.

Dicha conceptualización permite plantear la reflexión teórica relativa a la posibilidad de incorporación de un técnico experto sin título profesional en calidad de perito al interior de un proceso. Cabe recordar que el artículo 314 del Código procesal penal no excluye la procedencia del informe de peritos cuando fueren necesarios o convenientes aquellos conocimientos especiales provenientes del ejercicio un oficio.

2.1 Distinción entre peritos percipiendi y peritos deducendi.

A propósito de la posibilidad de efectuar una observación experta sin la necesidad de calificar valorativamente los datos obtenidos de ella, se ha distinguido¹⁰⁴ entre peritos *percipiendi* y peritos *deducendi* según sea el grado de relación que el sujeto tenga con los hechos materia del proceso.

Se sostiene que los perito *percipiendi* son aquellos expertos que sólo perciben hechos o datos, limitándose a observar, aprehender o captar los antecedentes que integran la prueba.

Se distinguen de los testigos por cuanto sus observaciones se fundamentan en el dominio de una determinada técnica, arte o ciencia.

Por el contrario, el perito *deducendi*, es aquél que percibiendo o no los hechos, se encuentra en condiciones de deducir conclusiones teóricas a partir de éstos, aplicando reglas que requieren de un conocimiento especializado en relación los hechos verificados para deducir de ellos causas, calidades o valores¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Viada Lopez-Puigcerver, C. *Naturaleza jurídica de la pericia*. Universidad de Madrid. España. Pp.51

¹⁰⁵ Reinerio Carranza, J. 2011. *La prueba pericial judicial en el proceso civil y mercantil*. Trabajo para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. El Salvador. Universidad del Salvador. [en línea] <ri.ues.edu.sv/1764/1/la_prueba_pericial_judicial_en_el_proceso_civil_y_mercantil_.pdf> [consulta: 11 de julio 2018].

Así, el peritaje de opinión (o *deducente*) se da cuando debe valorarse un hecho o circunstancia realizándose un verdadero juicio, existiendo, por tanto, un alto grado de valoración.¹⁰⁶

La naturaleza del perito técnico se emparenta con la del perito *percipiendi*, en tanto es posible determinar su función como una de captación y ejecución de conocimientos propios de una técnica, donde el grado de valoración de los hechos es inferior, y donde el fundamento del dictamen no radica en la producción de conclusiones motivadas por reglas teóricas, sino en la adquisición de certeza sobre unos determinados hechos que deben dar lugar a un único resultado.¹⁰⁷

De esta forma, al no detentar certificación, la valoración que se le otorgue al trabajo del perito técnico radicará en el proceso de trabajo y en su resultado, siendo indiferente el respaldo académico y conocimiento teórico que lo respalden.

2.2 Apreciación del testimonio del experto sin acreditación.

Para determinar comparativamente el nivel de competencias en la especialidad de aquél que ejecuta un oficio a fin de ponderar el valor de su declaración en juicio, cabría sostener que el factor determinante para estos efectos estaría constituido por el mayor o menor grado de experiencia que éste posea en la materia sobre la cual declara.

Al no contar con una certificación institucional que acredite los conocimientos del perito técnico, la validación de su *expertiz* estará vinculada al tiempo que ésta ha invertido en el desarrollo de su trabajo con el objeto de su especialidad.

De esta manera, ante la ausencia de una certificación que acredite el nivel de conocimiento que posee un perito técnico, habrá de presumirse que el nivel de

¹⁰⁶ Lucena Molina, J.J. Et. Al. 2011. *Elementos para el debate sobre la valoración de la prueba científica en España*. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje. N°2. España. [en línea] <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4403236.pdf>> [consulta: 10 de julio 2018].

¹⁰⁷ Lucena Molina, J.J. Et. Al. 2011. *Elementos para el debate sobre la valoración de la prueba científica en España*. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje. N°2. España. [en línea] <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4403236.pdf>> [consulta: 10 de julio 2018].

destrezas que éste despliega al ejecutar su trabajo es correspondiente al grado de experiencia que detenta en el oficio por el cual se le requiere, pudiendo resultar dicho antecedente un criterio guía a la hora de ponderar su testimonio, tanto en la verificación de su admisibilidad como de su valoración.¹⁰⁸

Así, por ejemplo, un albañil, un carpintero o un constructor podrían deponer en juicio, y la apreciación que el juez realice sobre su dominio técnico debiera ser guiada por la comprobación del mayor o menor tiempo de ejercicio en su especialidad o el número de obras que a lo largo de su ejercicio haya realizado.

Cabe concluir que particularmente el relato que versa sobre el ejercicio de una disciplina practica que se funda en un quehacer relativo a la técnica, la manufactura, el trabajo artesano o un régimen de aprendizaje, hace prescindir del examen sobre las acreditaciones que el experto detente para configurar el valor que represente su testimonio, constituyendo en todo caso hipótesis de excepción en un contexto cultural dominado por la certificación profesional.

2.3 La profesionalización de un oficio. Policía de investigaciones Chile, cuna de peritos.

En Chile, la Policía de Investigaciones, institución que conforme dispone su Ley orgánica¹⁰⁹ en conjunto con su reglamento orgánico, es una de tipo policial, de carácter profesional, técnico y científico, integrante de las fuerzas de orden y dependiente del Ministerio del interior y Seguridad pública, está encargada de dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior.

Para colaborar en la fase investigativa de persecución criminal cuenta estructuralmente con varias unidades especializadas. Entre éstas se encuentran las Brigadas de Investigación criminal, las Unidades especializadas de antinarcóticos y

¹⁰⁸ Entendiendo la *expertiz* personal como experiencia, la declaración de un perito que se ha dedicado por más de 40 años a su oficio tendrá un valor distinto del testimonio de quien recién comienza a ejercerlo. En cuanto a las reglas procesales que deberán aplicarse en orden a verificar en qué calidad se declara cabe remitirse a lo referido al distinguir entre testigo, testigo perito, y perito.

¹⁰⁹ Chile. Ministerio de Defensa Nacional. 1979. Decreto Ley N°2460: Dicta Ley Orgánica de Policía de Investigaciones de Chile.

crimen organizado, Homicidios, Robos y Focos criminales, de delitos contra la familia, económicos, ambientales, funcionarios y cibercrimen; así como con Laboratorios de criminalística y control migratorio.

Conforme a registros de información pública¹¹⁰, es posible reconocer que entre el personal integrante de las distintas unidades figura la presencia funcionarios que se desempeñan en labores de asesoría en materias de “ciencias criminalísticas, investigación criminal, huella grafía y dactiloscopia”¹¹¹. De acuerdo con el estatuto de la Policía de investigaciones, dichos funcionarios detentan el grado de Detectives, insertándose entre los oficiales subalternos (es decir, funcionarios de grado inferior en la escala jerárquica que rige la institución).

De acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2 de la Ley orgánica de la Policía de investigaciones, para la formación y perfeccionamiento profesional de su personal, la institución cuenta con la Escuela de investigaciones policiales Presidente Arturo Alessandri Palma. Se trata de una institución destinada a la formación profesional básica de los funcionarios policiales¹¹².

De acuerdo con la descripción del perfil de egreso de los alumnos postulantes al título profesional de investigador policial ofrecido en la Escuela de Investigaciones el egresado de la carrera de investigador policial es un “licenciado en Ciencias de la criminalística”, quien opta mediante un régimen de estudios de 8 semestres al grado de Detective, cuya continuación en ejercicio de 2 semestres de práctica profesional le habilita a obtener el título profesional de Investigador policial.

La Escuela de Investigaciones Policiales se encuentra actualmente acreditada por la Comisión Nacional de Acreditación de Chile (CNA-Chile), comisión que conforme a la Ley N°20.129 se encarga de evaluar, acreditar y promover la calidad de las universidades, institutos profesionales, y centros de formación técnica autónomos

¹¹⁰ Obtenidos desde el portal Transparencia de la Policía de Investigaciones, en conformidad a la ley N°20.285, sobre acceso a la información pública de los actos emanados de los órganos de la administración del Estado.

¹¹¹ *Dotación a Honorarios. Febrero.* PDI. Gobierno Transparente. [en línea] <https://gobiernotransparente.investigaciones.cl/transparencia/2018/honorarios_por_mes_2018/per_honorarios_febrero.html> [consulta: 12 de julio 2018].

¹¹² *Escuela de Investigaciones Policiales Presidente Arturo Alessandri Palma.* PDI. Portal Web. [en línea] <www.escipol.cl/spa/company/company.html> [consulta: 12 de julio 2018].

a fin de establecer un sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación superior en nuestro país.

La carrera profesional de investigador policial cuenta con una malla curricular de estudios estructurada sistemáticamente, entre los cuales figura la transmisión de conocimientos relativos a la criminología, el derecho, la medicina, el manejo de idiomas extranjeros, la metodología de la investigación y el desarrollo físico corporal. El título profesional de “investigador policial” le otorga la habilitación para “desempeñar sus funciones en las distintas unidades policiales a lo largo del país, focalizándose en la realización de procedimientos criminalísticos y criminológicos, cimentados en una investigación policial científica, con el propósito de aportar antecedentes para esclarecer los hechos constitutivos de delito y comportamientos antisociales”

De lo expuesto es posible concluir que la transmisión de conocimiento relativo a las prácticas empíricas de investigación criminal que primitivamente representaron una disciplina que no estaba estructurada sobre un conjunto orgánico de conocimientos y cuya habilitación no se proveía mediante la adjudicación de una certificación avalada oficialmente¹¹³, hoy en día se constituye con un alto estándar de profesionalismo y sistematización, vinculada al desarrollo de métodos de enseñanza que se insertan en programas de conocimiento teóricos de larga duración, altamente especializados y estructurados en unidades académicas que, tras la aprobación de exámenes físicos y académicos habilitantes, confieren el reconocimiento estatal a quienes los cursan a través de la otorgamiento de una certificación profesional.

La reflexión propuesta intenta evidenciar la transición que ha atravesado el primitivo ejercicio de una criminalística de carácter inorgánico¹¹⁴ (homologable en

¹¹³ Según describe Carlos Guzmán, en su Manual de Criminología, “el arte y técnica de la investigación criminal” nace en 1892, época en que la “policía judicial científica” desarrollaba métodos experimentales que eran incorporados en la investigación de delitos. Se trataba de un conjunto inicialmente inorgánico de conocimientos, de universo indeterminado, en que el hombre realizaba investigaciones empíricas para aportar mayores conocimientos a la determinación de hechos punibles. Guzmán, C., & Bonardi, F. 2011. *Manual de Criminalística*. 2ª. Ed. Ampliada y actualizada. Ed. Criminalística. Montevideo-Buenos Aires.

¹¹⁴ Al respecto cabe citar la evolución de la balística, disciplina cuyos primeros estudios datan del siglo XI, en China, de la mano de los inicios en la utilización de pirotecnia. Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina. *Introducción a la Balística*. 2018. [en línea] www.universidad-policial.edu.ar/pdf/inscripciones/2018/cuadernillo_TUBAP-IUPFA2018.pdf [consulta: 12 de julio 2018]; en el mismo sentido, cabe señalar que los primeros conocimientos en dactiloscopia se han atribuido al tratado de

cuanto a su falta de legitimación académica a la ejecución de un oficio) hacia el desarrollo de una criminología de carácter profesional, *alma matter* de peritos colaboradores del Ministerio Público en la investigación criminal para la persecución del delito.

3. EL CONCEPTO CIENCIA. PARÁMETROS ÚTILES PARA DETERMINAR LA CIENTIFICIDAD DE LA PRUEBA CIENTÍFICA.

Si bien el proceso judicial y la ciencia comparten el objetivo común de alcanzar el descubrimiento de la verdad, según sostiene Michele Taruffo, entre ambos conceptos existen diferencias relevantes a la hora de utilizar el conocimiento científico en el contexto del proceso.¹¹⁵

Por una parte, la ciencia opera en tiempos largos, con recursos y fuentes teóricamente ilimitados, conoce de variaciones, evoluciones y revoluciones; está orientada al descubrimiento, la confirmación o falsificación de enunciados o leyes generales que se refieren a clases o categorías de eventos, caracterizándose, en general, por tener un contenido nomotético.

El proceso en tanto se halla limitado a enunciados relativos y a circunstancias de hecho, seleccionadas y determinadas por criterios jurídicos, es decir, referidos a normas aplicables al caso concreto. Su carácter entonces es ideográfico, opera en tiempos relativamente cortos, con fuentes o recursos limitados y orientado a la producción de una decisión tendencialmente definitiva sobre un objeto específico de controversia.

Lo anterior no significa que ciencia y proceso sean conceptos excluyentes. Conforme se sostuvo anteriormente, la utilización de la prueba científica en el contexto procesal moderno se ha masificado.

dactiloscopia comparada, de Juan Vucetich, que data del año 1888. Revista Muy Historia. “¿Quién inventó la dactiloscopia?”. [en línea] <www.muyhistoria.es/curiosidades/preguntas-respuestas/i quien-invento-la-dactiloscopia> [consulta: 12 de julio 2018].

¹¹⁵ Taruffo, M. 2005. *Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial*. En: Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal. Colombia. Universidad de Medellín. Pp. 16.

Las diferencias que existen entre ciencia y proceso obligan a centrarse en la temática relativa al contenido que el concepto “ciencia” refiere al utilizarse en plano jurídico, por ejemplo, como prueba científica.

Con todo, intentar una conceptualización de la voz ciencia no alcanzaría a arrojar un resultado exhaustivo. Ello, entre otras razones, debido a la multiplicidad de disciplinas que se ocupan de la materia, tanto a nivel práctico como teórico.

En nuestro caso, y conforme sugiere nuestra legislación, nos acercaremos al concepto de ciencia en su forma más elemental¹¹⁶, tomando en consideración a aquellos autores que explican la posibilidad de conocimiento científico (por así llamarlos “filósofos de la ciencia,” o epistemólogos) a objeto de figurar el contenido del concepto ciencia, y aportar parámetros dirigidos a representar el grado de “cientificidad” presente en la elaboración de informes periciales.

3.1 La ciencia y “el sector que lo profesa”.

En un plano elemental, y de acuerdo a lo sostenido por el científico argentino Mario Bunge¹¹⁷, desde el instante en que el hombre está en el mundo y en el proceso

¹¹⁶ En sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 7 de noviembre de 2014, ROL: 3364-2014, en causa civil rol N°23.925-2009, del 22° Juzgado Civil de Santiago, refiriéndose al informe pericial incorporado en proceso seguido por responsabilidad médica de infiltración de corticoides se sostuvo que "habida consideración que la genuina misión del perito es la de apreciar hechos que requieren conocimientos especiales de algún arte, ciencia u oficio, se dirá que el informe médico reseñado precedentemente, ponderado de conformidad a las reglas de la sana crítica, a la luz de lo estatuido en el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, resulta suficiente para que esta Corte adquiriera convicción de que en la especie la doctora M.A.G. no desplegó conducta alguna que pudiera entenderse negligente o imprudente y, antes al contrario, en todo momento desarrolló su ciencia de acuerdo con la *lex artis respectiva*". En este caso, a fin de establecer el estándar de prácticas correctas que le eran exigibles a la actividad médica desplegada por la demandada, la sentencia tuvo presente que el procedimiento médico “parece haberse ajustado tanto a la buena *lex artis* propia de la medicina como a las normas de la institución en que se desarrollaron los hechos, cuyos registros son claros y coherentes; que la ejecución del procedimiento se describió con precisión en términos que coinciden con los mejores estándares disponibles para practicar la intervención indicada; que no constan anomalías en el periodo intraoperatorio y que el paciente habría salido a recuperación en las condiciones habituales en este tipo de situaciones”, concluyendo en definitiva que el quehacer de la profesional médico fue conforme a la *lex artis* médica vigente al tiempo en que se llevó a efecto y que el resultado dañoso sufrido por el actor constituye un riesgo inherente e inevitable de verificarse, a dicha intervención".

¹¹⁷ Bunge, M. 2013. *La ciencia: Su método y su filosofía*. 1ª ed. Biblioteca Bunge. Pamplona: Laetoli.

en que éste trata de comprenderlo a través de una construcción conceptual de ideas, generando otro mundo, esta vez de tipo artificial, existe ciencia.¹¹⁸

Tal empresa de descubrimiento y creación es tratada de manera similar pero sugerentemente política ya a comienzos del siglo XVII, en la gran restauración o *novum organum*, de Francis Bacon, al reconocer que la gloria del Rey radicaba en el descubrimiento de la gloria oculta de Dios, fundamentando en proverbios bíblicos (salomón 25,2) el conocimiento científico-natural del mundo obtenido a través del método inductivo¹¹⁹.

Según señala Carlos Pérez al tratar sobre la filosofía de la ciencia o “epistemología”¹²⁰, la búsqueda de un fundamento acerca de la “posibilidad de saber”, se llevó a cabo en una primera época hacia 1630, destacando los esfuerzos de René Descartes y David Hume por intentar “*dar una descripción racional de la posibilidad del conocimiento científico*”¹²¹ que ya funcionaba de hecho en un contexto histórico de gran desarrollo geográfico, científico y comercial.

En lo que respecta a este trabajo, reconocemos que el concepto ciencia debe ser constreñido de manera instrumental a su función en un sector específico como es el jurídico.

Ante todo, cabe indicar que al no existir una definición legal que predetermine el significado que el concepto “ciencia” involucra debe acudirse a lo dispuesto por el artículo 21 del Código Civil. Conforme a este “las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido inverso”.

¹¹⁸ Lo que no implica que el contenido de la voz ciencia se amplíe a cualquier creación de la imaginación humana formulada en términos fácticos o formales referida al mundo. De aceptar dicha interpretación, se estaría admitiendo la peligrosa consecuencia, como de hecho ha sucedido, relativa a hacer admisible la aportación de exámenes periciales supuestamente científicos, no necesariamente rigurosos en su formulación, atendida su nula correspondencia metodológica.

¹¹⁹ Bacon, F. 1985. *La gran restauración (Novum organum)*. (Trad. Miguel Granada). Ed. Alianza. Madrid. (Obra original publicada en 1620)

¹²⁰ Pérez Soto, C. 1998. *Sobre un concepto histórico de ciencia*. Lom Ediciones. Universidad Arcis.

¹²¹ Ibid. Pp. 13

De este modo cabe concluir que el término ciencia, en tanto término técnico, debe ser interpretado en correspondencia con aquel sentido que le atribuyan quienes “lo profesan”.

En consonancia con lo argumentado, el inciso tercero del artículo 314 del Código procesal penal establece que los informes periciales deben ajustarse a los principios de la ciencia (arte u oficio) que el perito profesare.

En definitiva, lo expuesto implica conducir la interpretación del concepto “ciencia” a la referencia práctica que en el mundo científico se le confiera.

3.2 El método. Evolución y utilidad ante los fines del proceso.

Como se señaló, el concepto ciencia no ha sido tratado de manera pacífica, al menos en el sector que lo profesa.

Por lo general encontramos que se le ha hecho equivalente a la verificación de una serie de cánones o reglas formales y objetivamente verificables conocidas como método.

Según señala Mario Bunge¹²², el método científico no es hoy en día tanto una lista de recetas para dar con respuestas correctas a preguntas científicas, como lo habría sido remotamente hacia el siglo XVII en los albores de la epistemología, a través de las sistematizaciones elaboradas por Francis Bacon o René Descartes.

Según el científico argentino, conforme a una interpretación actual del método, éste se trataría más bien aquel conjunto de procedimientos por los cuales a) se plantean los problemas científicos y b) se ponen a prueba las hipótesis científicas, en un ejercicio normativo, dirigido a demostrar cuáles son las reglas de procedimiento que pueden aumentar la probabilidad de que el trabajo a comprobar sea fecundo, facilitando sobre todo la detección de errores para arribar a la verificación.

¹²² Bunge, M. 2013. *La ciencia: Su método y su filosofía*. 1ª ed. Biblioteca Bunge. Pamplona: Laetoli. Pp. 55 y siguientes.

Por su parte, para el científico nacional Carlos Pérez Soto, aunque crítico de la univocidad del concepto método, éste aparece como un sistema de señales, que indican el camino correcto entre muchos otros que podrían ser incorrectos, en el trayecto que media entre el sujeto y la verdad.¹²³

No obstante que el método científico haya sido criticado, entre otras razones, por su falta de identidad (en tanto no sólo existiría uno sino dos¹²⁴, existiendo incluso tantos métodos como científicos que los ponen en práctica¹²⁵ tornándose inconcebible la existencia de una única técnica infalible para inventar hipótesis probablemente verdaderas) y sin ánimo de asumir la utilización del método como un límite demarcativo entre aquello que constituye ciencia y aquello que no, desde una dimensión pragmática -y en todo caso útil a los fines del desarrollo del proceso- resulta conveniente recurrir a la suscripción de las guías del método en el ejercicio de reconstrucción de enunciados aspirantes a un valor de verdad (aunque no necesariamente verdaderos) que representa el proceso judicial.

Lo anterior asumiendo la constatación relativa a que el proceso no constituye una empresa filosófica ni científica y como tal no necesita de verdades absolutas, pudiendo conformarse con verdades relativas, siempre y cuando ofrezcan una base sólida y suficiente para fundar en ellas una decisión. En virtud de ello el proceso se asume como una plataforma de reconstrucción cognoscitiva de enunciados más que como una empresa de búsqueda de la verdad.¹²⁶

¹²³ Pérez Soto, C. 1998. *Sobre un concepto histórico de ciencia*. Lom Ediciones. Universidad Arcis. Pp. 20.

¹²⁴ Pérez distingue entre inductivismo y convencionalismo o método deductivo. Doctrinas mutuamente contradictorias que imposibilitaron la existencia de una única fórmula que pudiera llamarse método con propiedad.

¹²⁵ Citando a Percy Williams B., Mario Bunge expone que “la ciencia es lo que hacen los científicos y hay tantos métodos científicos como hombres de ciencia”. Bridgman, P. 1955. *Reflections of a Physicist*. New York, N.Y.: Philosophical Library. En el mismo sentido y mayor profundidad: Feyerabend, P. 2000. *Tratado contra el método: Esquema de una teoría anarquista del conocimiento* (4ª.ed. Filosofía y ensayo). Madrid: Tecnos.

¹²⁶ Como sostiene Luis Ruiz Jaramillo acerca de la finalidad del proceso, su objetivo es la búsqueda de una reconstrucción coherente y aceptablemente justificada de hechos en correspondencia con las aseveraciones enunciadas por quienes intentan acreditarlos. Ruiz Jaramillo, L.B. 2008. *Valoración de la validez y de la eficacia de la prueba. Aspectos Epistemológicos y filosófico-políticos*. Estud. Derecho Vol. LXV N°146. Medellín, Colombia. En el mismo sentido: Taruffo, Manríquez, Ferrer Beltrán, & Manríquez, Laura E. 2008. *La prueba* (Filosofía y derecho). Madrid; Barcelona; Buenos Aires. Marcial Pons [Ediciones Jurídicas y Sociales].

Así, según ha expuesto Bunge, la adscripción a un método evitaría al científico perderse en un caos aparente de fenómenos susceptibles de ser verificados (en nuestro caso, la utilidad del método sirve primero al perito en la producción de su pericia y al juez, en su apreciación posterior).

En este sentido, el método resulta útil para indicar 1) cómo no se han de plantear los problemas y 2) cómo no se habrá de sucumbir al embrujo de los prejuicios predilectos de quien observa y comprueba sujetándose a él. Figurativamente, el autor sostiene que la adscripción a las reglas del método viene a representar una “brújula mediante la cual a menudo es posible estimar si se está sobre una huella promisoría”¹²⁷

A mayor abundamiento, según se ha expuesto a nivel comparado en la materia, y admitiendo la existencia de una verdad “real” y una verdad “procesal”, a la hora de determinar el resultado de una pericia o estudio científico se ha atendido al grado de fiabilidad que éste sea capaz de exhibir en su sector específico.

Al respecto, se ha dicho que el resultado de una pericia científica quedaría “condicionado por el *ratio* de error de la ciencia que hace que no sea infalible, no obstante, si las pruebas científicas se realizan según los estándares científicos homologados por la comunidad científica sus resultados alcanzan un grado elevado de fiabilidad que puede ser considerado como verdad no absoluta sino verdad procesal”¹²⁸

Como se verá, la jurisprudencia americana ha superado este criterio en lo que concierne al dictamen de admisibilidad.

3.3 El conocimiento científico. Elementos fundamentales.

Toda vez que la prueba pericial científica constituye un elemento altamente calificado en el esclarecimiento de los hechos al conformarse como una prueba “de

¹²⁷ Bunge, M. 2013. *La ciencia: Su método y su filosofía*. 1ª ed. Biblioteca Bunge. Pamplona: Laetoli. Pp. 53.

¹²⁸ Robledo, M.M. 2015. *La aportación de la prueba pericial científica en el proceso penal*. Universidad Complutense de Madrid. España. [en línea] <www.uv.es/gicf/2TA1_Robledo_GICF_15.pdf> [consulta: 02 de agosto 2018]

autoridad”¹²⁹ basada en conocimientos científicamente afianzados, resulta útil reseñar aquellos rasgos esenciales que se reconocen en la estructura del conocimiento científico a fin de ofrecer parámetros que evidencien su valor real.

Según Mario Bunge, los atributos de racionalidad y objetividad caracterizan el conocimiento aplicado en las ciencias.¹³⁰

a) Conocimiento racional.

Según el diccionario de la real academia, la voz racional es indica aquello que es perteneciente, relativo o conforme a la razón.

Para el autor argentino, se entiende por conocimiento racional aquél que:

1º Está constituido por conceptos, juicios y raciocinios (ideas, y no sensaciones, imágenes o pautas de conducta) que

2º Pueden combinarse de acuerdo a algún conjunto de reglas lógicas, con el fin de producir nuevas ideas, y

3º Que se organizan, no caóticamente o en forma cronológica, sino que en sistemas, esto es, en conjuntos ordenados de proposiciones, es decir, teorías.

b) Conocimiento objetivo.

Por su parte, este conocimiento científico, a su vez que racional, se caracteriza por ser objetivo, en tanto concuerda aproximadamente con su objeto, vale decir, busca alcanzar la verdad fáctica, verificando correlativamente la adaptación de las ideas a los hechos, recurriendo a un comercio peculiar con los hechos (observación y experimento) en un intercambio que es controlable y hasta cierto punto reproducible.

En virtud de ello, se prevé en el conocimiento científico una característica indispensable: su *comprobabilidad* o contrastabilidad con los hechos hasta el momento verificables.

¹²⁹ Peyrano, J. W. 2007. *Sobre la prueba científica*. En: *Ius*. La Revista. N°35. (108-113). Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹³⁰ Bunge, M. 2013. *La ciencia: Su método y su filosofía*. 1ª ed. Biblioteca Bunge. Pamplona: Laetoli. Pp. 21.

Respecto a ello se ha dicho que si bien las construcciones teóricas son hipótesis en tanto no se demuestran de modo concluyente mediante puros hechos, son los propios teóricos quienes las controlan rigurosamente, especificando cuáles son las estipulaciones que se utilizan y valorando sus resultados mediante criterios intersubjetivos, válidos para cualquier sujeto, posibilitando así la obtención de resultados objetivos.¹³¹

3.4 Características del conocimiento científico.

Conforme a los atributos de racionalidad y objetividad así definidos, el epistemólogo argentino revisa a continuación el cúmulo de características que derivan de la racionalidad y objetividad propias del conocimiento científico.¹³²

Al respecto, señala que el conocimiento científico debe ser fáctico, en tanto intenta describir los hechos tal como son, caracterizándose por trascenderlos, no conformándose con su observación, explicándolos, racionalizando la experiencia, desconfiando de aquellos datos sugeridos por meras coincidencias.

A su vez, sostiene que la ciencia debe ser analítica, en tanto intenta descubrir los elementos que explican su integración, en términos de sus componentes, mediante el ejercicio de descomposición de sus objetos hasta descubrir el mecanismo interno responsable de los fenómenos observados.

La investigación científica y el conocimiento que genera debe ser especializado, definiendo su enfoque de acuerdo con su asunto particular. Además, debe ser claro, preciso, comunicable y verificable. El requisito de verificabilidad lo satisface la aprobación del examen de experiencia, que pone a prueba las suposiciones del científico mediante la empírea, o ejercicio observacional, que queda sujeto a refutación, mediante el uso de un lenguaje informativo que, en tanto se haga público,

¹³¹ Agazzi, E., Artigas, M., & Radnitzky, G. 1986. *La fiabilidad de la ciencia*. En: Revista Investigación y Ciencia. Edición Española de Scientific American. (66-74)

¹³² Bunge, M. 2013. *La ciencia: Su método y su filosofía*. 1ª ed. Biblioteca Bunge. Pamplona: Laetoli. Pp. 23 y siguientes.

esté en condiciones de ofrecer garantías técnicas y morales en la investigación y persona del científico que la ha llevado a cabo.

El conocimiento científico a su vez ha de ser metódico. Esto es, conformándose en su proceder a reglas y técnicas que en el pasado hayan resultado eficaces, pero depurando dichas formas de manera continua, adscribiendo a los resultados de nuevos exámenes matemáticos, filosóficos y experimentales actualizados en la práctica científica. Asimismo, habrá de ser sistemático, es decir, dispuesto en un conjunto de proposiciones que conformen un sistema de ideas conectadas lógicamente entre sí mediante una implicación mutua.

Se sostiene además que es general, dirigido a los hechos singulares, pero a través de pautas de tipo general; legal, porque busca leyes de aplicación general mediante la inserción de hechos singulares en pautas generales; explicativa, en tanto procura ofrecer una respuesta al por qué de los hechos; predictivo, toda vez que su labor imagina cómo podrá ser el futuro fundado en informaciones fidedignas; abierto o falible, es decir susceptible de refutación y comprobable; por último debe ser útil al desarrollo de resultados relativos al mundo disponibles para la sociedad.

En conclusión, sólo una correcta interpretación del estándar de ciencia a que habilita la legislación en las reglas establecidas a favor de la procedencia del informe de peritos habrá de determinar el rigor y calidad de los peritajes que ofrecidos a juicio y una vez efectuados los filtros que digan relación con su calidad en la fase preparatoria del proceso, se admitan a juicio oral.

Así, el problema queda abierto: no hay una definición legal acerca de qué ha de entenderse por el grado de la científicidad contenido en el informe pericial. Conforme ello debe recurrirse a aquellas consideraciones prácticas y teóricas provenientes del sector que profesa la disciplina científica.

Dicha verificación puede resultar apropiada en la labor de ponderación que se haga de estos instrumentos, tanto a la hora de determinar su admisibilidad como su valor probatorio, comprobando el grado de verificación de los factores expuestos en la elaboración de informes admitidos en la práctica como científicos.

3.5 Disciplinas de dudoso rigor científico.

Un catálogo de características así estructurado también resulta útil a la hora de evidenciar aquellos pronunciamientos en cuya formulación no se han verificado ciertos estándares mínimos de racionalidad y objetividad para ser admitidos en calidad de prueba científica al proceso.

Como se señaló, el inciso tercero del artículo 314 exige que en la elaboración de su informe el experto se sujete a los principios que rigen su ciencia, un arte u oficio.

Remitiéndonos a los atributos y características integrantes del conocimiento científico, nos encontramos en condiciones de descartar la eventual admisibilidad de pericias que provengan del desarrollo de disciplinas que, no obstante, pudieran aportar información tendiente al esclarecimiento de ciertos hechos, no encuentran un fundamento racional y objetivo en su elaboración.

Dichos criterios, en conjunto con la sujeción a las guías relativas al método científico, permitirían distinguir entre aquellos informes constituidos en torno a raciocinios lógicos, de resultado probable y sometidos suficientemente a comprobación, de aquellos informes, antecedentes o “evidencias” provenientes de meras impresiones, sensaciones, sentidos o intuiciones.

Lo que en principio pudiera parecer absurdo, no resulta del todo ajeno a la realidad: la participación de radiestésicos, clarividentes, médiums, telépatas y parapsicólogos en procesos penales no es un hecho desconocido en la historia criminológica latinoamericana. Conforme relata el cronista argentino Osvaldo Aguirre¹³³, en el año 1938, en Argentina, la desaparición de Marta Ofelia Stutz, menor de 9 años, motivó al juez instructor criminal Wenceslao Achával¹³⁴ a solicitar

¹³³ Aguirre, O. 2016. *Enigmas de la crónica policial*. Ediciones B. Buenos Aires. En el mismo sentido: “La desaparición de Marta Stutz”. 12 de febrero de 2006. Revista La Nación. Argentina. [en línea] <<https://www.lanacion.com.ar/779004-la-desaparicion-de-marta-stutz>> [consulta: 18 de agosto 2018] y, “El misterio de Martita Stutz”. 18 de Noviembre de 2015. Diario La Voz. Argentina. [en línea] <www.lavoz.com.ar/blogs/memorias/el-misterio-de-martita-stutz> [consulta: 17 de agosto 2018].

¹³⁴ Caso citado también por Luis Jiménez de Asúa en El criminalista. Jiménez de Asúa, L. 1948. *El Criminalista. Telepatía y administración de Justicia*. 3ª. Ed. Vol. 3 Buenos aires, Argentina.

cooperación a Lucio Berto, astrólogo y adivino de la ciudad porteña, quien secundaría al juez instructor en sus actuaciones para esclarecer la desaparición.¹³⁵

En Chile, según ha relatado la crónica periodística, la participación de parapsicólogos en procesos de investigación criminal seguidos por la desaparición de personas en el territorio nacional habría contribuido, aunque de manera privada y extrajudicial, a generar guías para la ejecución de diligencias de búsqueda y rastreo por parte las policías.¹³⁶

En cualquier caso, conforme a un concepto de ciencia que cumpla los estándares de racionalidad y objetividad, ninguna manifestación de conocimiento contenida en informes provenientes de disciplinas cuyo fundamento no encuentre un asidero científico ni se guíe en torno a un método racional y objetivo habría de ser admitida como un antecedente que pudiera conformar un criterio de verosimilitud en el juez.

El peligro que advierte Michele Taruffo relativo a los casos en que un juez sostiene que alguna actividad como la raudomancia está dotada de validez científica y con este criterio admite u ordena algún tipo de análisis o peritaje técnicos que no tienen valor cognoscitivo¹³⁷ no debiera llegar concretarse desde que se tiene en consideración que las disciplinas de nula correspondencia lógica (como pudieran ser las parapsicologías) no superan un estándar mínimo de racionalidad y verificación

¹³⁵ Michele Taruffo alude a los casos extremos, advirtiendo que algunas veces también se recurre a médiums o adivinos en las investigaciones judiciales. Taruffo, Manríquez, Ferrer Beltrán, & Manríquez, Laura E. 2008. *La prueba* (Filosofía y derecho). Madrid; Barcelona; Buenos Aires. Marcial Pons [Ediciones Jurídicas y Sociales]. Pp. 285.

¹³⁶ "Psíquico ayudó en el hallazgo del cuerpo de agricultor desaparecido en Puerto Montt". 16 de Junio de 2015. Diario Digital Soy Puerto Montt. Puerto Montt, Chile. [en línea] <<http://www.soychile.cl/Puerto-Montt/Sociedad/2015/06/16/328832/Psiquico-ayudo-en-el-hallazgo-del-cuerpo-de-agricultor-desaparecido-en-Puerto-Montt.aspx>> [consulta: 23 de agosto 2018]; "Carmen Díaz es la "síquica" que ayuda en rescate de víctimas en Juan Fernández". 6 de Septiembre de 2011. Diario electrónico PubliMetro. Santiago, Chile. [en línea] <<https://www.publimetro.cl/cl/nacional/2011/09/06/carmen-diaz-siquica-que-ayuda-rescate-victimas-juan-fernandez.html>> [consulta: 24 de agosto 2018]; "La Síquica de Chimbarongo". 23 de Agosto de 2015. Diario Electrónico El Mercurio Valparaíso. Valparaíso, Chile. [en línea] <http://www.mercuriovalpo.cl/prontus4_noticias/site/artic/20050823/pags/20050823092658.html> [consulta: 24 de agosto de 2018].

¹³⁷ Taruffo, Manríquez, Ferrer Beltrán, & Manríquez, Laura E. 2008. *La prueba* (Filosofía y derecho). Madrid; Barcelona; Buenos Aires. Marcial Pons [Ediciones Jurídicas y Sociales]. Pp. 292.

objetiva, resultando irrelevantes y en todo caso inadmisibles a la etapa de rendición probatoria.

En este sentido, y tratándose especialmente del informe pericial, éste debe exhibir un estándar mínimo de “buena ciencia”, conforme a la cual sus conclusiones obedecen a un conjunto de reglas dispuestas de acuerdo a la lógica, y a su vez verificables objetivamente en torno a su correspondencia con los hechos de la realidad.

3.6 Subjetividad y control policial. Una reflexión en torno al artículo 85 C.P.P.

En cuanto a las decisiones de autoridad motivadas por impresiones, sensaciones o meros sentidos, y considerando especialmente el “olfato policial” como eventual fundamento de actuaciones que generen afectación o detrimento en el ejercicio de garantías fundamentales¹³⁸, cabe llamar la atención sobre la falta de objetividad y racionalidad que involucra la práctica de controles de identidad.

Conforme establece el artículo 85 del código procesal penal, en el ejercicio de las actuaciones autónomas a que se faculta a la policía en la investigación de los hechos que revisten carácter de delito, se habilita a los funcionarios policiales a solicitar la identificación de cualquier persona “en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que exista algún indicio de que se hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiese suministrar informaciones útiles para su indagación; o, en el caso de la persona que se encapuche o emboce, para ocultar, dificultar o disimular su identidad.”

La labor de comprobación indiciaria sobre la comisión de un hecho delictivo ha sido caracterizada como un riesgo en torno a la posibilidad de que el agente policial lo constate de manera “enteramente discrecional”.¹³⁹ A su vez, dicha práctica se ha

¹³⁸ Sobre el concepto de afectación de derechos fundamentales. Aldunate Lizana, E., 2008. Derechos fundamentales. Thomson Reuters. Pp. 225-226.

¹³⁹ Mañalich Raffo, J.P. & Winter Etcheberry, J. “Control de Identidad”. Carta. El Mercurio. 03 de febrero de 2016. [en línea] <www.elmercurio.com/blogs/2016/02/03/39098/control-de-identidad.aspx> [consulta: 24 de agosto 2018].

vinculado a la promoción de sesgos de clase que decantan en una persecución penal en torno al estereotipo.¹⁴⁰

Según se ha expuesto en la doctrina nacional, la norma derechamente desconoce “los límites de la persecución penal en un Estado de derecho”, evidenciando el mensaje que subyace tras ella: “no importa cómo obtengas la evidencia, habrá impunidad, y podrá ser usada en el proceso”¹⁴¹ atendido lo dispuesto en el inciso final del artículo 132 del código, según el cual la declaración de ilegalidad de la detención no producirá el efecto de cosa juzgada en relación a las solicitudes de exclusión de prueba.

Cabe concluir que al no contar con un criterio uniforme, objetivo y plenamente racional acerca de lo que en la práctica habrá de constituir el indicio y las circunstancias que fundamentan la práctica del control de identidad, se favorece la ampliación de los márgenes de discrecionalidad que detentan los agentes policiales, quienes eventualmente pueden llegar a basar sus actuaciones en criterios puramente arbitrarios y sin límites objetivamente definidos¹⁴², propiciando el control social basado en criterios discriminatorios, en afectación de garantías fundamentales tales como la libertad personal y de movimiento.

Al respecto, la jurisprudencia nacional ha sido ejemplificadora. La Corte de Apelaciones de Antofagasta ha declarado que estar nervioso frente a carabineros no constituye suficiente evidencia para efectuar el control de identidad¹⁴³. Por su parte, la Corte de Apelaciones de Concepción ha exigido que la policía cuente con evidencia ex ante al ejercicio del control de identidad para legitimarlo.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Irrázabal González, P. 2015. *Igualdad en las calles en Chile: el caso del control de identidad*. En: Revista de Política criminal. Vol. 10 N°19, Santiago.

¹⁴¹ Horvitz Lennon, M.I. 2012. *Seguridad y garantías: Derecho penal y procesal penal de prevención de peligros*. En: Revista de Estudios de la Justicia. N°16. (99-118). Universidad de Chile.

¹⁴² Como son la “experticia” o el “olfato policial” del funcionario. Al respecto, cabe citar el fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en orden a descartar como indicio “aquellas actuaciones arbitrarias de la policía que no se funden en antecedentes objetivos” (considerando Cuarto), declarando a su vez que “el olfato o experticia policial no constituye indicio para proceder a dicho control” (considerando Quinto). Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta del 20 de diciembre de 2007, en causa Rol: 279-2007.

¹⁴³ Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, del 07 de abril de 2005. Rol: 72-2005.

¹⁴⁴ Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, del 23 de noviembre de 2007. Rol: 546-2007.

En ambos casos se cuestionó el fundamento de la decisión de llevar a cabo el control. Ello por cuanto la forma de proceder de las policías dependió en gran medida de la discreción del oficial que lo realizó, actuando sobre la base de consideraciones arbitrarias, sin contar con antecedentes objetivos ni “parámetros de sospecha derivados de la existencia de hechos específicos que permitan deducir por parte del funcionario policial a partir de un criterio de razonabilidad ex – ante”¹⁴⁵ que la persona controlada se encontraba entre las hipótesis de posibilidad de peligro previstas por el artículo 85.

De este modo, resulta posible concluir que la definición de estándares de racionalidad y objetividad mínimos puede resultar útil en cuanto a proporcionar criterios que permitan resolver sobre la admisibilidad de actuaciones policiales que eventualmente constituirán prueba, reconociendo la necesidad de contar con parámetros objetivos que predeterminen el actuar autónomo de las policías.

3.7 Criterios comparativos de conocimiento y mejor tecnología disponible.

A propósito de la revisión del concepto normativo “conocimiento científicamente afianzado” utilizado por nuestra legislación y en general al referirse al sistema de valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, Rodrigo Coloma y Claudio Agüero¹⁴⁶ han expuesto acerca del diverso estatus de *indiscutibilidad* que manifestaciones de conocimiento especializado como la prueba pericial científica pueden llegar a revestir.

Al respecto, y citando a Latour¹⁴⁷, han utilizado la distinción existente entre pericias producidas principalmente por la intervención de aparatos e instrumentos tecnológicos y pericias cuyos resultados se vuelven dependientes de la intervención de un agente humano.

¹⁴⁵ Sentencia del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago del 22 de febrero de 2006. Rol: 17-2006, en causa RUC 0500505259-0.

¹⁴⁶ Coloma, R., & Agüero, C. 2014. *Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba*. En: Revista Chilena de Derecho. Vol.41. N°2. (673-703) Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹⁴⁷ Latour, B. 1994. *On technical meditation-philosophy, sociology, genealogy*. Common Knowledge, vol. 3, N°2.

Comparativamente, los autores afirman que el sustento de validez y confiabilidad de las pericias elaboradas por artefactos, instrumentos o máquinas (como pudiere ser el test de ADN) resultaría a prima facie más fuerte que aquél que ofrecen las pericias obtenidas principal y directamente por la intervención humana (como por ejemplo el test psicológico). El fundamento de dicha afirmación encontraría explicación en el concepto de “mejor tecnología disponible”.

Según los autores, los factores que configuran dicho atributo confluyen con mayor probabilidad en la prueba pericial producida en virtud del uso de instrumentos y artefactos tecnológicos y, por el contrario, en los peritajes “humanos” al menos alguno de estos factores falla, aumentando el margen de error.

De acuerdo con esta idea, aquellos factores que constituyen el atributo de mejor tecnología disponible y dotan de mayor fiabilidad los test periciales implican:

- 1) La capacidad de repetir el test en igualdad de condiciones.
- 2) La baja tasa de error de los resultados.
- 3) La intervención de aparatos, artefactos e instrumentos de última generación diseñados especialmente para ejecutar el examen, y
- 4) La existencia de mecanismos de control de calidad en la ejecución del procedimiento.

3.8 Criterios comparativos de conocimiento científicamente afianzado.

Una vez que los autores entienden superado el análisis referido al desequilibrio de afianzamiento cognoscitivo existente entre los conocimientos “tecnológicos” y los conocimientos humanos, corresponde extender el análisis comparativo entre peritajes en cuya producción interviene el mismo grado de “mejor tecnología disponible” en un momento dado.

Como reglas de decisión alternativa entre disciplinas científicas de estándar equivalente proponen adicionalmente una elección basada en:

1) El conocimiento que tiene mayor sustento en la comunidad científica de referencia,

2) La consideración relativa a que la tasa de error condiciona la elección entre un resultado producido por un artefacto y un resultado producido por un humano, y

3) Que, ante igualdad de condiciones entre todos los factores anteriores, el juez tiene discrecionalidad para los dos resultados científicos.

3.9 Mito de infalibilidad de la prueba pericial como prueba científica y reemplazo del juez.

No obstante que el análisis anteriormente expuesto resulta útil a la hora de establecer criterios selectivos entre conocimientos sobre los cuales el juez carece de dominio técnico, constituyendo una guía para conducir la elección del juzgador en torno al mayor grado de validez y confiabilidad que su aporte al proceso alcance, es posible advertir que aunque en los métodos tecnológicos automatizados de investigación se dispone de un mayor índice de fiabilidad mediante la disminución del margen de error, de ello no se deriva que los procesos involucrados en su desarrollo estén totalmente exentos de incertidumbre ya científica o procedimental.

Sobre lo anterior Marina Gascón Abellán ha descrito acerca de la existencia de un mito de infalibilidad de las pruebas científicas, vinculándolo a un fenómeno de sobrevaloración epistemológica, conforme al cual los resultados de una prueba científica suelen considerarse infalibles.¹⁴⁸

Sin embargo, y como se verá a lo largo del presente trabajo, es posible considerar por ejemplo que la práctica de test de ADN, de pruebas biológicas y pericias científicas en general requieren tanto de participación de personal humano susceptible al yerro como la utilización de técnicas que pueden resultar falibles.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Gascón Abellán, M. 2010. *Prueba científica. Mitos y paradigmas*. En: Anales de la Cátedra Francisco Suárez, N°44. España. Pp. 85-89.

¹⁴⁹ Ver infra: Estándares de Certificación Internacional: "Normas ISO".

Así, se ha observado que los métodos o técnicas utilizados en la producción de la prueba de ADN no ofrecen en todos los casos el mismo rendimiento, estableciendo por ejemplo que el tipo de muestra (semen, sangre, saliva, pelo) y el soporte en que se encuentre (piedra, madera, cristal o una alfombra), pueden llegar a determinar la calidad y efectividad de una u otra técnica empleada.¹⁵⁰

La problemática es mayor si reconocemos que el juez tendrá la misión de arribar a la solución de un conflicto técnico sobre la base de conclusiones a las cuales no podría haber llegado de no mediar la información aportada por el experto, quien tiene la misión de representarle de manera inteligible hechos y datos de la causa que para él resultan desconocidos.

En este sentido, referido a la estándar crítico con que debieran operar los jueces al analizar todo tipo de prueba, Javier Hernández García, ha evidenciado el fenómeno de desinterés y *desresponsabilización* de los jueces respecto de los instrumentos epistemológicos y metodológicos de control de las inferencias científicas, derivando como resultado la renuncia a todo control crítico de las conclusiones periciales a las que el juez se termina adecuando inmotivadamente o invocando razones aparentes, lo que tiende a convertir la prueba científica en una suerte de prueba legal, cuya fuerza *acreditiva* vive o se configura fuera del proceso judicial e inmune al desarrollo del debate contradictorio.¹⁵¹

Así, la virtual convicción de objetividad atribuida a las conclusiones obtenidas a raíz del desarrollo de pruebas científicas entraña el serio peligro de confiar en su *incuestionabilidad e irrefutabilidad* sin efectuar un necesario ejercicio de reflexión crítica, descargando de paso al juez de la necesidad de fundamentar racionalmente su decisión, convirtiendo al perito en decisor de la causa en un contexto probatorio basado en la autoridad del experto, difuminando los márgenes legales y de orden constitucional que obligan a estas funciones a ser distintas.

¹⁵⁰ Gascón Abellán, M. *Validez y valor de las pruebas científicas: La prueba del ADN*. [en línea] <www.uv.es/cefd/15/gascon.pdf> [consulta: 29 de agosto 2018]. Pp. 5.

¹⁵¹ Hernández García, J. 2005. *Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y como puede valorarse por los jueces?* En: Revista Jueces para la Democracia. N°54. Madrid, España.

Al respecto, se ha expuesto acerca del *paradigma de la individualización*, según el cual se da previamente por aceptada la capacidad de llegar a identificar plenamente a un individuo u objeto a partir de ciertos vestigios, sosteniendo que el resultado de la prueba científica es capaz de identificar un vestigio a partir de una fuente exclusiva, prescindiendo de todas las demás¹⁵².

Sin embargo, dicho paradigma ha sido criticado por la doctrina¹⁵³ desde que se admite que el análisis pericial especializado de un vestigio no es capaz de identificar a persona u objeto alguno, siendo útil sólo para aportar “datos que, una vez interpretados con las adecuadas herramientas estadísticas, dicen cosas del siguiente tipo: <<es X veces más probable que la voz analizada pertenezca al acusado dándose tal rasgo que no dándose>> o <<es X veces más probable que el vestigio analizado pertenezca al acusado dándose la coincidencia de perfiles que sin darse>>.

Frente a ello, para la prueba pericial, la tarea del perito habrá de limitarse a expresar lo que dicen los datos, en tanto que será al juez a quien corresponderá valorarlos a la luz de los demás datos y pruebas disponibles.

De este modo el juez deberá prestar especial atención a la corrección científica y procedimental empleada en la ejecución de los procedimientos, asumiendo que “cuanto mayor es la expectativa de valor probatorio depositado en una prueba, más rigurosos deben ser los controles de realización de la misma”, previniendo en todo caso el riesgo de atribuir a la prueba científica un valor probatorio desproporcionado.

Sobre la sobrevaloración de la prueba científica y su relación con los hechos materia de prueba, Marina Gascón ha distinguido circunstancias que permiten reconocer en qué situaciones el problema de valoración desproporcionada se minimiza.

¹⁵² Se sostiene que los analistas creen -erróneamente- que algunas marcas son únicas: impresiones de calzado y neumáticos, impresiones procedentes de la dermis, marcas de herramientas y armas de fuego, exámenes de escritura.

¹⁵³ Gascón Abellán, M. 2010. *Prueba científica. Mitos y paradigmas*. En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N°44. España. Pp. 86-89

De este modo, la autora sostiene que el riesgo de sobrevaloración es menor cuando:

1) El valor estadístico de la prueba es muy alto (como sucede por lo general en una prueba de ADN);

2) Cuando entre el resultado de la prueba y el *thema probandum* hay una relación directa (por ejemplo, cuando se pretende probar una violación mediante la prueba de ADN del semen encontrado en la vagina). En este caso la prueba tiene un peso casi irrefutable en la valoración de los hechos principales; y

3) Cuando existen otros indicios incriminatorios.

Por el contrario, según la autora, el riesgo de sobrevaloración se agudiza cuando:

1) El valor estadístico de la prueba no es demasiado alto;

2) El resultado de la prueba no coincide con el *thema probandum* (por ejemplo, cuando se pretende probar un homicidio mediante la prueba de ADN de un cabello encontrado en la ropa de la víctima), y

3) Cuando existen indicios exculpativos.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Gascón Abellán, M. *Validez y valor de las pruebas científicas: La prueba del ADN*. [en línea] <www.uv.es/cefd/15/gascon.pdf> [consulta: 29 de agosto 2018].

CAPITULO IV.

REGLAS DE ADMISIBILIDAD Y FACTORES MODULARES EN LA EVALUACIÓN PERSONAL DEL PERITO.

El análisis sobre la relevancia y pertinencia de un informe pericial, la verificación de su conformidad con los requisitos comunes aplicables a toda prueba del artículo 276, así como las consideraciones en torno a la necesidad, idoneidad, seriedad y profesionalismo del perito y su informe, habrán de definirse una vez que éste sea ofrecido como instrumento probatorio, en conformidad a las reglas de la audiencia de preparación del juicio oral, ante el Juzgado de Garantía, requiriendo de éste un pronunciamiento relativo a su admisibilidad al juicio oral.

Si bien a nivel legal ello no aparece establecido explícitamente, así lo confirma el artículo 316 del código procesal penal al señalar que “el juez de garantía admitirá los informes y citará a los peritos cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba considerare que los peritos y sus informes otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo”.

1. FASES DE ACTIVIDAD PROBATORIA.

Según la doctrina nacional, la actividad probatoria corresponde al conjunto de actos destinados a obtener la *incorporación* de los elementos de prueba al proceso.¹⁵⁵

Conforme con ello, y siguiendo a la autora Ada Pellegrini¹⁵⁶, se ha sostenido que las actividades procesales concernientes a la prueba son sucesivas, y se desdoblan en cuatro momentos, a saber:

- 1) Cuando son propuestas u ofrecidas, una vez que son indicadas o requeridas.

Específicamente en lo relativo a la prueba pericial, de ser ésta ofrecida a juicio, conforme dispone el artículo 259 del Código, el fiscal, acusado o querellante deberán

¹⁵⁵ Horvitz Lennon, M. I., & López Masle, J. 2004. *Derecho procesal penal chileno – Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Pp.138

¹⁵⁶ Pellegrini, A. 1995. *Pruebas ilícitas*. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 7, N°10. Costa Rica.

individualizar específicamente al perito o peritos cuya comparecencia se solicitare, indicando sus títulos o calidades.

- 2) Cuando son admitidas, desde que el juez se pronuncia respecto a su admisibilidad.

En nuestro sistema, el pronunciamiento de admisibilidad se desarrolla conforme a las reglas de la audiencia de preparación del juicio oral, y se lleva a cabo ante el juez de garantía competente.

La audiencia de preparación del juicio oral constituye la denominada fase “correctiva del proceso”, que tiene por objeto -principalmente- la “delimitación precisa del objeto del juicio respecto de los hechos que serán debatidos y las pruebas que se presentarán para acreditarlos”¹⁵⁷, correspondiéndole al juez de garantía la determinación de su inclusión o no a juicio.

- 3) Cuando son rendidas (producidas o ejecutadas), al ser introducidas en el proceso.

Acto que conforme al artículo 259 del código reconoce como regla general la rendición de la prueba durante el desarrollo del juicio oral, ante el tribunal oral, y como excepción la rendición de prueba anticipada en conformidad con las reglas que rigen la declaración de testigos, cuyas disposiciones resultan aplicables de manera supletoria a la declaración de los peritos, de acuerdo al artículo 319 del código, fundando su excepción en el temor de que el perito (o testigo) se encuentre en imposibilidad de concurrir al juicio oral por los motivos a que alude el artículo 280 del código en relación con el artículo 191.¹⁵⁸

- 4) Apreciadas, en el acto de valoración que lleva a cabo el juez.

¹⁵⁷ Horvitz Lennon, M. I., & López Masle, J. 2004. *Derecho procesal penal chileno – Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Pp.21.

¹⁵⁸ Esto es, imposibilidad de concurrir a la audiencia de juicio oral por tener que ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobreviniencia de su muerte, su incapacidad física o mental, o algún otro obstáculo semejante.

Nomenclatura que en la doctrina moderna reconoce cierta discusión¹⁵⁹ no obstante que a nivel nacional ha sido definido como aquel acto de “determinación del apoyo empírico que los elementos de prueba aportados proporcionan a las hipótesis sobre los hechos del caso que se enfrentan en el proceso”¹⁶⁰. También se le ha caracterizado como el “análisis crítico que hace el tribunal de las pruebas rendidas durante el juicio oral, con el objeto de decidir si se han verificado o no las afirmaciones en las cuales se basan la acusación y la defensa, y adoptar la decisión de absolución o condena”.¹⁶¹

2. ADMISIBILIDAD, RELEVANCIA Y PERTINENCIA DE LA PRUEBA. DISTINCIÓN.

En cuanto a la selección del material probatorio disponible a los intervinientes en el proceso de búsqueda de antecedentes útiles para el esclarecimiento de los hechos, se suele distinguir entre tres conceptos, a saber, relevancia, admisibilidad, y pertinencia de los medios de prueba.

Por una parte, la relevancia de la prueba se establece conforme a un criterio eminentemente técnico (o lógico) de utilidad, que atiende a determinar si el material probatorio en cuestión permite o no fundar una conclusión sobre la verdad del enunciado fáctico a probar.

¹⁵⁹ Según la doctrina moderna se ha observado que entre los actos de apreciación y valoración de la prueba no corresponde efectuar una relación de sinonimia, por cuanto existiría más bien una relación de género a especie. Al respecto, se ha sostenido que la interpretación de la prueba, en tanto primera determinación aislada del resultado que se desprende de cada prueba rendida, sumada sucesivamente a la tarea de valoración, que condicionada por la primera interpretación se encamina a establecer el valor que debe atribuirse a cada medio en orden a formar su convicción acerca de los hechos que configuran el conflicto, conforman, en su conjunto, la apreciación de la prueba. Maturana Miquel, C. & Montero López, R. 2010. *Derecho procesal penal. Tomo II*. (1ª. Ed., Derecho y proceso). Santiago, Chile: Abeledo Perrot-Legal Publishing. Pp. 914.

¹⁶⁰ Accatino, D. 2011. *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de prueba penal*. *En*: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N°37. (483-511). Valparaíso, Chile. Pp.485

¹⁶¹ Horvitz Lennon, M. I., & López Masle, J. 2004. *Derecho procesal penal chileno – Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 144.

Así, Michele Taruffo ha señalado que el concepto de relevancia se basa en la conexión lógica existente entre el enunciado que expresa el resultado positivo esperado del medio de prueba y un enunciado acerca del hecho litigioso.¹⁶²

Por su parte, la admisibilidad se caracteriza por ser un concepto más limitado, que dice relación con razones institucionales (jurídicas antes que lógicas) sobre la legitimidad o conveniencia de contar con un material probatorio cuya relevancia no se discute.

Así ocurre, por ejemplo, con la exclusión de prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales.¹⁶³

Por último, el concepto de pertinencia de la prueba deriva de la conformidad que ésta presente con el “*thema decidendi*” o litis penal, que para Horvitz y López lo constituyen tanto aquellos hechos que son materia de la acusación o de la defensa (prueba directa) como aquellos hechos de los que puedan lógicamente derivarse consecuencias probatorias del hecho principal (prueba indirecta)¹⁶⁴.

A contrario sensu, se ha sostenido que debe considerarse como impertinente aquella prueba que “se proponga sobre hechos que no hayan sido previamente introducidos al proceso por las afirmaciones de las partes, cuya incorporación no se haya producido en el momento procesal oportuno, que no guarden directa ni indirectamente relación con la tutela judicial que se pretende obtener en el proceso, o, por último, que se refiera a hechos no controvertidos o sobre los cuales haya recaído convención probatoria en conformidad al artículo 275 del CPP.”¹⁶⁵

¹⁶² Taruffo, Manríquez, Ferrer Beltrán, & Manríquez, Laura E. 2008. *La prueba* (Filosofía y derecho). Madrid; Barcelona; Buenos Aires. Marcial Pons [Ediciones Jurídicas y Sociales]. Pp. 39.

¹⁶³ Maturana Miquel, C. & Montero López, R. 2010. *Derecho procesal penal. Tomo II*. (1ª. Ed., Derecho y proceso). Santiago, Chile: Abeledo Perrot-Legal Publishing. Pp.700.

¹⁶⁴ Horvitz Lennon, M.I., & López Masle, J. 2004. *Derecho procesal penal chileno – Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Pp.46.

¹⁶⁵ Maturana Miquel, C. & Montero López, R. 2010. *Derecho procesal penal. Tomo II*. (1ª. Ed., Derecho y proceso). Santiago, Chile: Abeledo Perrot-Legal Publishing. Pp. 867.

3. REGLAS GENERALES DE ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.

De acuerdo con el artículo 295 del código procesal penal, el objeto de la prueba que habrá de ser rendida en el juicio oral está constituido por “todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento”.

Por el contrario, conforme a las prevenciones del artículo 276 del mismo código, se establece que aquella prueba que resulte manifiestamente impertinente, destinada a probar hechos públicos y notorios¹⁶⁶, puramente dilatoria, proveniente de diligencias nulas u obtenidas con infracción de garantías constitucionales, habrá de ser excluida del juicio oral.

Dichos criterios constituyen un límite a la libertad de prueba a que alude el artículo 295, al establecer que los hechos y circunstancias pertinentes dirigidos a la solución del caso podrán ser probados por cualquier medio, los que en todo caso habrán de ser producidos e incorporados para su rendición a juicio en conformidad a la ley.

Según ha sostenido Jorge Bofill¹⁶⁷, la primera de las causales apunta a descartar del juicio oral aquello que a primera vista no es conducente o concerniente a los hechos materia de la acusación o defensa. La segunda se refiere a la exclusión de aquellos hechos que no requieren prueba porque se refieren a algo que es sabido por todos. La tercera causal limita aquella prueba destinada a acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral. Por último, la cuarta causal de exclusión se refiere a la prueba que proviene de actuaciones respecto de las cuales

¹⁶⁶ Según Couture, y siguiendo a Calamandrei a propósito de la definición de hecho notorio, se sostiene que son hechos notorios aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos con relación a un lugar o a un círculo determinado en el momento en que ocurre la decisión. Couture, E. 1958. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª. Ed. Buenos Aires: Depalma. Pp. 235.

¹⁶⁷ Bofill, J. 2002. *Preparación del juicio oral*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 29. N°2 (273-281). Pontificia Universidad Católica de Chile.

se ha decretado la nulidad procesal, o cuya formulación ha sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, es decir, la prueba ilícita.¹⁶⁸

Particularmente en lo que dice relación con el informe de peritos, la causal que limita la prueba excesiva que pudiere dilatar el desarrollo del juicio también se encuentra explicitada de manera especial en el artículo 316 del código, al disponer que el tribunal podrá limitar tanto el número de informes como de peritos “cuando unos u otros resultaren excesivos o pudieren entorpecer la realización del juicio”

Así, no cabe confundir aquella prueba pericial que, siendo obtenida de manera legal y en virtud de su relevancia y pertinencia a la litis penal¹⁶⁹ resulte admisible a la fase de juicio oral, con aquella pericia cuya formulación no obedece a las reglas generales de admisibilidad resultando impertinente, ilícita o puramente dilatoria y en todo caso inadmisibles para ser rendida en el desarrollo del juicio oral.

De este modo, se citará a deponer en el juicio oral a aquellos peritos que otorguen garantía acerca de su seriedad y profesionalismo en la medida que sus informes den cuenta de conclusiones que demuestren relación lógica con los hechos materia de la acusación o alegados por la defensa y sean aportados con el objeto de acreditar hechos controvertidos, que no sean de carácter público y notorio.

A su vez, la producción de sus informes periciales no deberá haber sido resultado de diligencias declaradas nulas u obtenidas con infracción a garantías constitucionales.

¹⁶⁸ Cuya especial complejidad radica en la ponderación de dos intereses igualmente legítimos. Esto es, tanto el interés en la persecución penal como el respeto por los valores básicos de un Estado de Derecho. Un análisis pormenorizado respecto a los alcances y excepciones de la aplicación de la prueba ilícita en la jurisprudencia europea en Estrampes, M.M. 2003. *La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación*. En: Revista Jueces para la Democracia. N°47. (54-66). Madrid, España.

¹⁶⁹ Según Maturana y Montero, a todos aquellos hechos “que individualmente o en su conjunto permitan establecer los ingredientes de delito o, por el contrario, cuestionarles”. Maturana Miquel, C. & Montero López, R. 2010. *Derecho procesal penal. Tomo II*. (1ª. Ed., Derecho y proceso). Santiago, Chile: Abeledo Perrot-Legal Publishing. Pp. 700.

4. UN NUEVO MODELO DE JUEZ FRENTE A LA PERICIA EN E.E.U.U.

En el año 1984, en Estados Unidos, los padres de los menores Jason Daubert y Erick Schuller demandaron civilmente a la empresa farmacéutica Merrell Dow Inc. por las graves malformaciones en las extremidades de sus hijos generadas a causa del consumo de un antihistamínico (Bendectin) recetado para aliviar síntomas causados por el embarazo.

La empresa farmacéutica solicitó la declaración de Steven H. Lamm, médico epidemiólogo, quien argumentando sobre la base de la revisión de más de 130.000 pacientes y en conformidad a estudios científicos en la materia, indicó que ningún estudio había encontrado que el consumo de Bendectin durante el primer trimestre del embarazo constituyera un factor de riesgo capaz de causar malformación en los fetos.

Por su parte, los demandantes aportaron el testimonio de sus propios expertos (8 profesionales de destacada trayectoria) quienes afirmaron que el Bendectin podría posiblemente causar daños congénitos debido a sus efectos teratogénicos.

El tribunal de instancia falló en conformidad al “criterio Frye”, de acuerdo con el cual el jurado no podía decidir sobre la causalidad de la enfermedad en una forma distinta a la cual se podía llegar con la información entonces disponible admitida sobre la base de su aceptación general en la comunidad científica. Dicha resolución fue apelada, no obstante ser confirmada posteriormente.

En 1993 el caso llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos, cuestionando el criterio de admisibilidad de los tribunales inferiores en orden a descartar la prueba aportada por los demandantes. Conforme a la regla federal de evidencia 702, vigente para su época, la aceptación general del área de conocimiento no era condición necesaria para la admisión de pruebas generales.

La Corte admitió el argumento de los demandantes estableciendo a su vez que dicha regla confería al juzgador cierta responsabilidad de control (vigilancia o

“*gatekeeping*”¹⁷⁰ en la determinación acerca de la calidad de las pruebas periciales en la etapa de admisión.

Para realizar dicha función la Corte estableció que se debía seguir el criterio de “fiabilidad probatoria”.

El criterio de fiabilidad probatoria se refiere a la labor de análisis que lleva a cabo el juez sobre la confianza o credibilidad (*trustworthiness*) de la metodología subyacente a la prueba en cuestión.

Conforme a este criterio, se instruye a los jueces a valorar la validez científica del método por el cual el experto habría llegado a sus conclusiones, no obstante pertenecer éstas al conocimiento científico¹⁷¹. Frente a ello, la teoría subyacente de la prueba científica se somete a contrastación empírica, considerando su tasa potencial de error, comprobando que haya sido sometida a revisión por pares y, adicionalmente, constatando su aceptación general en la comunidad científica.¹⁷²

El fallo permite dar cuenta de la situación de desequilibrio *cognoscitivo* entre el juez y el perito. Frente al conocimiento técnico y especializado que detenta el perito, el juez se sitúa como un “hombre promedio”.

El fallo refleja a su vez criterios de solución al enfrentamiento en sede jurídica del conocimiento promedio y el conocimiento experto.

4.1 Necesidad de criterios *ad-hoc*.

¹⁷⁰ Corte Suprema de EE. UU. William Rehnquist, ex juez de la Corte Suprema. *Does not doubt that Rule 702 confides to the judge some gatekeeping responsibility in deciding questions of the admissibility of proffered expert testimony.* [en línea] <www.law.ufl.edu/pdf/faculty/little/topic8.pdf> [consulta: 29 de agosto 2018].

¹⁷¹ Caselaw.com. *Daubert. V. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (1993). United States Supreme Court. Decided: June 28, 1993. [en línea] <<http://Caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/509/579.html>> [consulta: 29 de agosto 2018] y Vásquez, C. 2016. *La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso Daubert.* [en línea] <www.academia.edu/28305930/la_prueba_pericial_en_la_experiencia_estadounidense_el_caso_daubert> [consulta: 29 de agosto 2018].

¹⁷² Coloma, R. et. Al. 2010. *Nueve jueces entran en dialogo con nueve hipótesis acerca de la prueba de los hechos en el contexto penal.* En: Revista *Ius et Praxis*, año 16. N°2, (3-56). Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Pp. 23.

Puesto que la prueba pericial reviste características que la distinguen de los demás medios probatorios derivadas de su especial autoridad cognoscitiva en la formulación de conclusiones provenientes de disciplinas especializadas, y particularmente en lo que dice relación con las explicaciones científicas respecto de las cuales en las sociedades actuales se presumen como “sinónimo de conocimiento garantizado”¹⁷³, el análisis que de ella sea haga previo a su admisibilidad para ser rendida en calidad de prueba (para nuestro sistema, durante la fase oral del procedimiento ordinario) debe estar integrado por ciertos criterios “ad hoc” que permitan asegurar un nivel de conformidad tanto con los procedimientos en que se basan, como con los expertos que los llevan a cabo.

Ello por cuanto “el conocimiento científico, a diferencia de la información que un testigo declara haber percibido personalmente, implica ciertos criterios de evaluación social relacionados con la calidad de las afirmaciones que realiza.”¹⁷⁴

En este sentido, de apartarse el juzgador de las conclusiones del perito, habrá de requerir serios motivos que fundamenten su decisión, entre ellos, los que atienden a la verificación de reglas admisibilidad establecidas especialmente para los informes periciales.

4.2 Distinción entre conjuntos de reglas.

En conjunto con la verificación de las reglas generales de admisión probatoria del artículo 276, y además de los criterios que dicen relación con la sujeción a los procedimientos, reglas y principios de la disciplina sobre la cual versa el informe pericial (y específicamente para la prueba científica la comprobación de un estándar científico obtenido a través de la verificación de las reglas del método en su formulación) respecto a los factores que influyen en la admisibilidad y posterior valoración del dictamen pericial cabe referirse a la existencia de reglas que modulan la valoración que se realiza en la persona del experto, en este caso examinado

¹⁷³ Vásquez Rojas, C. 2014. *Sobre la científicidad de la prueba científica en el proceso judicial*. En: Anuario de psicología jurídica. Vol. 24. N°1. Pp. 65.

¹⁷⁴ Ibid. Pp. 66.

individualmente. Ello por cuanto dicha evaluación resulta adicional a la apreciación que se hace sobre su informe.

Así, en la determinación de la admisibilidad del peritaje podemos diferenciar entre un conjunto de reglas establecidas por una parte para ordenar la valoración del informe en tanto documento ofrecido como medio de prueba al juicio oral (su relevancia, pertinencia, eventual debate sobre la sujeción a los procedimientos de su disciplina, y los criterios de prueba generales del artículo 276) y, por otra parte, un conjunto de criterios que dirigidos a regular las apreciaciones sobre la persona del perito en tanto persona especialista individualmente considerada.

5. FACTORES MODULARES EN LA EVALUACIÓN PERSONAL DEL PERITO.

Según se ha expuesto en la materia¹⁷⁵, en la prueba pericial, lo que interesa no es sólo el conocimiento científico, artístico o técnico que objetivamente se traslade al proceso.

Con la rendición de la prueba pericial, se busca adicionalmente una *expertise* en el tercero que es llamado a declarar en juicio a fin de que este individuo confirme su conocimiento privado mediante los atributos disposicionales que sea capaz de acreditar en el proceso.

De maneras que entre el conjunto de criterios que determinan la apreciación que se realiza sobre de la persona del perito encontramos factores que dicen relación tanto con su idoneidad como con la calidad y confiabilidad profesional que su participación en juicio logre representar y con el grado de imparcialidad que su rol le obliga a adscribir en el proceso.

¹⁷⁵ Vázquez Rojas, M. 2014. *La prueba pericial. Entre la deferencia y la educación*. Tesis doctoral. Universitat de Girona. Pp.174

5.1 La confianza profesional en el Perito

Según dispone el artículo 314 del código procesal penal, “El Ministerio Público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza, y solicitar en la audiencia de preparación del juicio oral que fueren citados a declarar a dicho juicio”.

La norma transcrita establece el derecho de cada interviniente para incorporar expertos con conocimientos especializados en aquellos casos en que fueren necesarios o convenientes para el esclarecimiento de los hechos, habilitándolos a ofrecer a juicio los informes periciales de aquellos expertos en quienes confíen.

De acuerdo a la real academia, confiar quiere decir tener una firme esperanza en alguien o algo. Así, los atributos personales especialmente considerados a la hora de seleccionar a la persona a quien se le encargará la realización del informe pericial serán analizados por el interviniente que deposita confianza en “su” perito para ofrecerlo a juicio.

Respecto a ello resulta plenamente aplicable lo expuesto con anterioridad al caracterizar el sistema procesal adversarial enfatizando sobre el dominio que les cabe a los litigantes en la determinación de los hechos mediante el control de los medios probatorios.

Así, Cristóbal Núñez ha evidenciado la calidad de “defensores” técnicos (más que “consultores” técnicos) que revisten los peritos de confianza de los intervinientes dada su cercanía a la labor del abogado que solicita su presentación.¹⁷⁶

La citada regla se opone a la existencia de un régimen preestablecido de nominación de peritos de acuerdo con la pre-conformación de una lista legitimada a través de una normativa específica.

Nuestro sistema de procedimiento civil por ejemplo establece que, a falta de acuerdo de las partes, el tribunal habrá de designar perito a uno de aquellos que

¹⁷⁶ Núñez Vásquez, J. C. 2003. *Tratado del proceso penal y del juicio oral. Tomo 1.* 1ª. ed. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 351.

figuren en una lista conformada periódicamente mediante concurso público ante la Corte de Apelaciones respectiva, correspondiéndole a la Corte Suprema definir la conformación definitiva de los peritos seleccionados en razón de las especialidades requeridas por cada tribunal de alzada.

5.2 La Idoneidad del Perito.

Al regular la prueba pericial, el código procesal penal alude al requisito de idoneidad, exigido tanto respecto de la persona del perito como de su informe.

El artículo 314 establece el deber de “acompañar comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito” desde que se requiere su participación para apreciar algún hecho o circunstancia relevante a la causa.

Asimismo, el artículo 318, referido al juicio oral, permite a los intervinientes que durante su desarrollo se dirijan “preguntas orientadas a determinar la imparcialidad e idoneidad del perito”, en lo que se conoce como interrogatorio y contrainterrogatorio.

Las reglas que regulan la declaración de los testigos también aluden a la idoneidad de estos sujetos, toda vez que se admite la posibilidad de dirigirles “preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad”. Como se ha señalado, conforme al artículo 319, la declaración de los peritos en la audiencia del juicio oral se rige de manera supletoria por las reglas que regulan la declaración de los testigos.

Según sostiene María Inés Horvitz, la verificación de la idoneidad del profesional dice relación con “la comprobación de su competencia para declarar como experto en la ciencia o arte que profesa”¹⁷⁷.

La jurisprudencia nacional ha vinculado la exigencia de acreditación de la idoneidad profesional del perito con la observación de las garantías fundamentales que

¹⁷⁷ Horvitz Lennon, M.I., & López Masle, J. 2004. *Derecho procesal penal chileno – Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 302.

integran el debido proceso en materia penal. En específico, se ha planteado su relación con el ejercicio del derecho de defensa.

Así, en materia criminal, en recurso de apelación del año 2008, la ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica confirmó la exclusión de la presentación del informe pericial obtenido ilícitamente por infracción de garantías constitucionales debido a que el Ministerio Público no cumplió con la formalidad señalada en la parte final del inciso primero del artículo 314 del código procesal penal. En concreto, no se acompañaron a la audiencia de preparación del juicio oral comprobantes para acreditar la idoneidad profesional del perito.

En dicho fallo se estimó que el hecho de no acompañar estos comprobantes vulneraba el principio del debido proceso, toda vez que impedía a la defensa la posibilidad de preparar a su respecto el juicio oral correspondiente.¹⁷⁸

En cuanto a la necesidad práctica de incorporar los comprobantes de idoneidad se ha expuesto que “la justificación de acompañar a la audiencia de preparación del juicio oral el documento material en que consta la pericia y los comprobantes de idoneidad de quien la elaboró es que de esa manera podemos enfrentar de manera adecuada los debates que en esta audiencia [de juicio oral] pueden originarse en torno a este medio probatorio”.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Sentencia de Corte de Apelaciones de Arica, de fecha 2 de septiembre de 2008. Rol: 96-2008. Con todo, la jurisprudencia nacional no es uniforme, y se ha estimado que el hecho de no haber acompañado el Ministerio Público documentos para acreditar la idoneidad profesional del perito sólo constituye *la omisión de una formalidad que no alcanza a vulnerar garantías fundamentales ni el derecho a defensa*, quedando vigente el derecho de la defensa en cuanto a que en la audiencia del juicio oral podrá dirigir preguntas a los peritos conforme lo establece el artículo 318 del código procesal penal (Considerando Sexto, Sentencia de Corte de Apelaciones de Arica, de fecha 15 de octubre de 2010, en causa Rol 205-2010). En el mismo sentido, tratándose de peritos adscritos a organismos públicos, se ha sostenido que “el derecho de que los imputados tuvieren una debida defensa no se ve afectada por la omisión del Ministerio público de acompañar antecedentes que permitan acreditar que los peritos tienen la calidad e idoneidad suficientes”, toda vez que se trata de funcionarios públicos de los organismos auxiliares del Ministerio Público, no siendo por tanto necesario una acreditación o certificación especial para demostrar sus experticias (Considerando Quinto, Sentencia de Corte de Apelaciones de San Miguel de fecha 18 de enero de 2011, en causa Rol 1732-2010).

¹⁷⁹ Blanco, R. et. Al. 2005. *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*. 1ª.ed. Lexis Nexis. Universidad Alberto Hurtado. Pp. 122

5.3 Garantías de seriedad y profesionalismo o confiabilidad del perito.

Al establecer la admisibilidad del informe pericial, el artículo 316 del Código procesal penal dispone que “El juez de garantía admitirá los informes y citará a los peritos cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, considerare que los peritos y sus informes otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo”.

El análisis referido a la seriedad y profesionalismo con que los peritos practiquen sus informes ha sido interpretado como uno de los criterios que funda la exclusión de la comparecencia de los peritos al juicio oral¹⁸⁰. Así, dicha comprobación reviste seria importancia en relación con la posibilidad de que el peritaje sea efectivamente admitido como medio de prueba al momento de ser ofrecido ante el juez de garantía de acuerdo a las reglas que rigen su admisibilidad.

Según ha sostenido Mauricio Duce¹⁸¹, “un experto idóneo, que pretende declarar sobre una materia relevante para el caso y en donde existe necesidad de conocimiento experto, podría no ser admitido a juicio si es que el contenido de su declaración no es confiable o, en los términos de nuestro código, no otorga garantías de seriedad y profesionalismo o no ha sido obtenida ateniéndose a los principios de la ciencia o disciplina a la cual pertenece”.

Para el autor, los niveles de seriedad y profesionalismo que el perito sea capaz de acreditar son asimilados al grado de confiabilidad que revista su persona ante el juez de garantía a fin de admitir la rendición de su informe en el juicio oral.

Así, se sostiene que “la idea central de la exigencia de confiabilidad de la opinión experta es que no todo lo que diga un perito, incluso dentro del área de su experticia y en cuestiones relevantes para el caso, puede ser admitido a juicio. Al sistema legal

¹⁸⁰ Maturana Miquel, C. & Montero López, R. 2010. *Derecho procesal penal. Tomo II.* (1ª. Ed., Derecho y proceso). Santiago, Chile: Abeledo Perrot-Legal Publishing. Pp. 1038.

¹⁸¹ Duce Julio, M. 2005. *La Prueba pericial y su admisibilidad a juicio oral en el nuevo proceso penal.* En: Revista Procesal Penal N°35. 11-45. Lexis Nexis. Santiago. Pp. 40.

sólo le interesa escuchar la opinión experta en la medida que ella tenga un nivel de validez importante dentro de la comunidad de especialistas a la que pertenece”.¹⁸²

En el mismo sentido, los criterios jurisprudenciales de admisibilidad tanto en Estados Unidos como en Canadá se han fundamentado en torno a los grados de fiabilidad que revista el ofrecimiento del perito a juicio.¹⁸³

Se ha sostenido que la exigencia de confiabilidad se encuentra en que el sistema legal debiera aceptar como prueba pericial sólo aquello que la buena ciencia aceptaría como tal y nada menos que eso.

En este caso, cabe atender a la distinción esbozada a nivel comparado entre buena ciencia y ciencia basura o “*junk science*”¹⁸⁴. Respecto a esta última se la ha caracterizado como la mala o pseudociencia¹⁸⁵, planteando a su respecto la necesidad de establecer controles jurídicos sobre la validez de los conocimientos científicos que se incorporan al proceso.

Michele Taruffo¹⁸⁶ sostiene que “no todo conocimiento presentado como científico es, sólo por esta circunstancia, atendible y merecedor de ser usado como prueba”. En este sentido señala que “un buen método científico, válido y correcto en sí mismo, puede ser aplicado de manera incorrecta y, por ende, generar resultados carentes de valor cognoscitivo y probatorio”, citando al respecto el ejemplo de la prueba de ADN. Según el autor, ésta prueba “puede tener un grado de fiabilidad muy elevado, prácticamente equivalente a la certeza, pero sólo si en su conformación se han aplicado correctamente los protocolos de análisis, si los materiales analizados no fueron manipulados, etcétera”.

¹⁸² Ídem.

¹⁸³ Al respecto. Trilogías de casos en la jurisprudencia estadounidense: *Daubert v. Merrell Dow pharmaceuticals, inc.* (1993); *General Electric Co. Et.al. v. Joiner* (1997); *Kumho Tire co. Ltd., et. Al. V. Carmichael et. Al.* (1998).

¹⁸⁴ Taruffo, Manríquez, Ferrer Beltrán, & Manríquez, Laura E. 2008. *La prueba* (Filosofía y derecho). Madrid; Barcelona; Buenos Aires. Marcial Pons [Ediciones Jurídicas y Sociales]. Pp. 263.

¹⁸⁵ Obviando situaciones extremas (por ejemplo, cuando se recurre a los médiums o adivinos en las investigaciones judiciales), el autor identifica como casos críticos de *junk science* ciertos instrumentos de investigación tradicionalmente considerados como seguros: el análisis grafológico y la comparación de huellas digitales.

¹⁸⁶ Taruffo, Manríquez, Ferrer Beltrán, & Manríquez, Laura E. 2008. *La prueba* (Filosofía y derecho). Madrid; Barcelona; Buenos Aires. Marcial Pons [Ediciones Jurídicas y Sociales]. Pp. 282.

En orden a cuestionar la certeza absoluta y necesaria de los exámenes científicos “per sé”, Walter Peyrano ha expuesto hipótesis como la alcoholemia realizada previa punción con una aguja empapada en alcohol; la contaminación de las muestras en el *iter* que va desde su obtención hasta el momento de realizar el examen pericial; el caso de la exhumación para practicar el test de ADN cuando el cadáver fue sometido a la acción del formol; o el test de ADN que se practicó en un hospital público, respecto del que ulteriormente se demostró no haber sido exigida la identificación de la persona que concurrió a realizarlo.

En este mismo sentido se ha descrito la aportación accidental de material biológico por parte del personal implicado en la recogida o en el análisis de las evidencias; el uso de material fungible contaminado con material biológico; e inclusive el hecho de estornudar, toser o hablar cerca de una evidencia.¹⁸⁷

En cualquiera de estos casos lo que se cuestiona no es tanto la realización del examen, como el hecho de que sus resultados sean fiables y valorables en juicio.¹⁸⁸

Por el contrario, de acuerdo a los criterios desarrollados a lo largo de la historia jurisprudencial norteamericana, y atendidos específicamente los fundamentos del caso *Daubert* y la regla 702 de las *Federal Rules of Evidence* a fin de dejar fuera del ámbito probatorio el uso de “conocimientos que se presentan como científicos pero que no corresponden a paradigmas de validez científica compartidos”¹⁸⁹, se ha establecido que el testimonio será experto (y por tanto confiable) en la medida en que se fundamente en hechos o datos suficientes, siendo producto de principios y métodos fiables, y en cuanto el experto haya aplicado válidamente estos principios y métodos a los hechos del caso específico.¹⁹⁰

En conclusión, y siguiendo a Michele Taruffo, se hace necesario puntualizar que la problemática relativa a la *junk science* no representa necesariamente un problema

¹⁸⁷ Crespillo Márquez, M. et. Al. 2017. *La importancia de garantizar la calidad y minimizar los riesgos de contaminación en el análisis genético forense*. En: Revista Española de Medicina Legal. N°43(1): 20-25. Pp. 22.

¹⁸⁸ Peyrano, J. W. 2007. *Sobre la prueba científica*. En: lus. La Revista. N°35. (108-113). Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹⁸⁹ Taruffo, Manríquez, Ferrer Beltrán, & Manríquez, Laura E. 2008. *La prueba* (Filosofía y derecho). Madrid; Barcelona; Buenos Aires. Marcial Pons [Ediciones Jurídicas y Sociales]. Pp. 284

¹⁹⁰ Ídem.

científico, pues la ciencia basura simplemente no es ciencia. Se trata más bien de un problema de carácter procesal, en tanto son los mecanismos procesales los que permiten o no previenen su entrada a juicio.

En nuestro caso, y en lo estrictamente procesal, cabe concluir que la prevención relativa a la exigencia de acompañar garantías o certificados que den cuenta de la seriedad y profesionalismo del perito (o “confiabilidad” de la pericia ofrecida) constituye un criterio normativo de limitación ex ante a la entrada a juicio de prueba científica no confiable.

5.4 Calidad y Certificación.

Anteriormente se ha reconocido que el grado de validez que logre acreditar la prueba pericial científica dependerá en gran parte de que los métodos y procedimientos involucrados en su producción ofrezcan garantías de confiabilidad verificables.

En este contexto, cabe reconocer que para la producción de prueba pericial científica la participación de los laboratorios forenses ha pasado a constituir un factor relevante. Así, en lo que concierne al sistema nacional de laboratorios científico-forenses, se expuso acerca de la labor colaborativa que legalmente se establecía para el Instituto Médico Legal, como servicio público encargado de proporcionar información técnica y confiable en materias médico-legales en la investigación de hechos que revistieran el carácter de delito.

En lo que respecta a la importancia de los sistemas organizados de producción de prueba pericial, y en cuanto al rol que le cabe al perito forense en el desarrollo del proceso penal se ha reconocido que “si sólo un resultado no es fidedigno o es malinterpretado, una persona inocente puede ser erróneamente condenada o una persona culpable puede permanecer en libertad, y la reputación tanto del científico como de todo el laboratorio o incluso de su profesión puede ser menoscabada.”¹⁹¹

¹⁹¹ *“If just one result is unreliable or is misinterpreted, an innocent person may be wrongly convicted or a guilty person may remain at large, and the reputation of an individual scientist, the whole laboratory or indeed the*

En este sentido la elaboración de prueba pericial científica fiable y de calidad habrá de exigir que en su formulación se verifique el uso de metodologías suficientemente validadas, “equipamiento verificado y calibrado, umbrales de detección y cuantificación, materiales de referencia certificados, estimación de la incertidumbre, así como exactitud y precisión en las medidas”.

También se prevé la necesidad de “garantizar la repetitividad y la reproducibilidad de los resultados, la selectividad, la especificidad y la trazabilidad de los procedimientos, tomar parte en ejercicios de comparación inter-laboratorios y estar sujeto a auditorías internas y externas llevadas a cabo por expertos acreditados y por organizaciones nacionales de acreditación de ensayos.”¹⁹²

Conforme ha señalado la doctrina comparada, los sistemas de acreditación constituyen una herramienta de evaluación poderosa para los laboratorios, puesto que proveen un marco de referencia útil para monitorear las necesidades de los requirentes de la prueba pericial promoviendo de esta manera su continuo desarrollo.¹⁹³

5.4.1 Estándares de certificación internacional y Normas ISO.

Considerando la disposición del artículo 314 y a fin de materializar la exigencia de comprobantes cuyo ofrecimiento a juicio permita acreditar la idoneidad tanto del perito como de la metodología utilizada en la producción de su pericia, examinaremos la incorporación de instrumentos de normalización como marco de referencia común de estándares de calidad y profesionalismo reconocidos a nivel internacional.

A nivel global, la ISO o “*International Organization for Standardization*”¹⁹⁴ es una red internacional de institutos no gubernamentales de estandarización (o

profession can be diminished”. Bramley, R. 2002. *Quality in the laboratory*. En: Science & justice. Vol.43. N°2. (104-108). Pp. 104.

¹⁹² Soria, M. L. 2017. *La ciencia forense en proceso de transición*. En: Revista Española de Medicina Legal. N°44(3): 108-114.

¹⁹³ “it provides a framework to monitor customer needs”. In this way facilitates continuous improvement”. Willis, S. 2013. “Accreditation - Straight belt or life jacket. Presentation to forensic science society conference. November 2013”. En: Science and Justice N°54. (505-507). Pp. 505.

¹⁹⁴ International Organization for Standardization (ISO). [en línea] <www.iso.org> [consulta: 9 de mayo 2018].

normalización) presente en 162 países alrededor del mundo, estableciendo su secretaría central en la ciudad de Ginebra, Suiza.

El objetivo de la *International Organization for Standardization* es coordinar el sistema de estándares internacionales; aquellas especificaciones de clase mundial para productos, servicios y sistemas, generadas a fin de asegurar su calidad, seguridad y eficiencia.

Para lograr dicho cometido la ISO cuenta con distintos organismos que operan cada sistema nacional de acreditación¹⁹⁵ llevando a cabo sus actividades en los países miembros “a través de comités técnicos, cada uno encargado de diferentes áreas.”¹⁹⁶

Las normas de la ISO han sido caracterizadas como un modelo, patrón o criterio a seguir. Esto por cuanto constituyen “una fórmula que tiene valor de regla y tiene por finalidad definir las características que debe poseer un objeto y los productos que han de tener una compatibilidad para ser usados a nivel internacional.”¹⁹⁷

En lo relativo a la existencia de estándares de normalización establecidos para acreditar la calidad de trabajo de las ciencias forenses y de investigación, examinaremos las directrices contenidas en las ISO/IEC 17.025:2017, que norma los requisitos que deben cumplir los laboratorios de ensayo y calibración, ISO/IEC 18.385:2016, en lo relativo a la minimización de riesgo de contaminación de las

¹⁹⁵ En Chile, el Instituto Nacional de Normalización es una entidad de derecho privado creada por la Corporación de Fomento en 1973, continuador legal del antiguo Instituto Nacional de Investigaciones Tecnológicas y Normalización (INDITECNOR) de 1944. Su departamento de acreditación opera el sistema nacional de estandarización mediante el cual se “evalúan las competencias de los organismos de evaluación de acuerdo a criterios y requisitos internacionalmente definidos y aceptados”. Entre sus actividades y servicios se encuentra la elaboración de normas técnicas para los distintos sectores productivos, difusión de conocimiento en base a normas técnicas, acreditación de certificados de sistemas, productos y personas, laboratorios de ensayo, calibración y clínicos, organismos de inspección y entidades de verificación. En cuanto a los beneficios de acreditación internacional que reseña el INN encontramos las posibilidades de “demostrar la competencia de los organismos de certificación e inspección y de laboratorios, entregar confianza en los resultados de ensayo e inspección y en las calibraciones, y dar credibilidad y aceptación a las certificaciones.”. Instituto Nacional de Normalización. [en línea] <www.inn.cl/acreditacion> [consulta: 14 de junio 2018].

¹⁹⁶ Del Castillo, A.S., & Sardi, N. 2011. *Las normas ISO y el concepto de calidad aplicado a los servicios médicos en anestesiología*. En: Revista Colombiana de Anestesiología. N°40(1) 14-16. Pp. 15

¹⁹⁷ Carme Sans, M. 1998. *Las normas ISO*. En: Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales. N°129. Universidad de Barcelona.

muestras de ADN, e ISO/IEC 27.037:2012, acerca de la identificación, recolección y preservación de evidencia digital.

5.4.1.a) Competencias en el laboratorio e ISO/IEC 17.025:2017.

La ISO/IEC 17.025:2017, identificada en su lenguaje original como “*general requirements for the competence of testing and calibration laboratories*” y en nuestro idioma como “requerimientos generales para la competencia de los laboratorios de ensayo y calibración”, publicada el año 2017 y sometida a posterior corrección el año 2018, especifica los requerimientos generales para determinar la competencia, imparcialidad y consistencia operacional de los laboratorios.

La norma es aplicable a todas las organizaciones que desarrollen actividades de laboratorio, independientemente de su número de personal, y se estructura principalmente en dos bloques.

Por una parte, las indicaciones referidas a aspectos vinculados a la gestión del laboratorio: organización, sistema de gestión de calidad, control de pedidos, control de documentos, entre otros.

Por otra parte, el tratamiento de aquellos criterios relacionados con aspectos de tipo técnico: cualificación del personal, instalaciones y condiciones ambientales, métodos de ensayo y calibración y validación de métodos, equipos, trazabilidad de las medidas, muestreo, manipulación de objetos de ensayo y calibración, aseguramiento de la calidad de los resultados de ensayos y calibraciones e informe de los resultados.¹⁹⁸

Entre las indicaciones que establecen requisitos de gestión se encuentra el establecimiento de auditorías internas, existencia de acciones preventivas y correctivas, revisión de competencia técnica y conducta ética del personal, mecanismos de retroalimentación al requirente, utilización de ensayos bien definidos y procedimientos de calibración sin necesidad de registros de papel, participación en ensayos de pericia y revisión de contenidos de informes incorporando ensayos de

¹⁹⁸ Crespillo Márquez, M. et. Al. 2017. *La importancia de garantizar la calidad y minimizar los riesgos de contaminación en el análisis genético forense*. En: Revista Española de Medicina Legal. N°43(1): 20-25.

intercomparación con otros laboratorios, y validación de métodos verificando la trazabilidad de los datos obtenidos mediante indicación de los cambios ocurridos a lo largo de los procesos.¹⁹⁹

Por su parte, las recomendaciones estandarizadas de tipo técnico establecidas a fin de optimizar la competencia del laboratorio dicen relación con la promoción de la formación profesional a fin de asegurar un nivel adecuado de conocimiento del personal implicado en cualquiera de las fases del análisis genético en aspectos relativos a los procedimientos y mecanismos de trabajo en el laboratorio; el control de acceso del laboratorio (evitando transferencia accidental a indicios de material biológico procedente del personal ajeno a la actividad que se desarrolla en el laboratorio); la implementación de gestión informática del laboratorio (en orden a incorporar algoritmos para el registro de muestreos y pruebas observadas en el laboratorio y de esta manera facilitar la trazabilidad sobre su origen y su impacto final, contribuyendo a optimizar recursos y reducir tiempos de ejecución); y la validación interna de los métodos empleados (a fin de conocer las características concretas de los equipos e instrumental propio utilizado, así como los detalles relativos al procedimiento técnico empleado).

Según señala la ISO, la utilización de este documento estandarizado está dirigido a clientes, autoridades reglamentarias y gubernativas, organizaciones y entidades de evaluación en general para reconocer la competencia de los laboratorios.

En conclusión, encontramos que la aplicación de los estándares internacionales contenidos en la norma 17.025, de utilidad en el sector científico y específicamente en la normalización de los requisitos operacionales para determinar la competencia de los laboratorios forenses, constituye una expresión de garantía que permite comprobar la sujeción a los procedimientos que involucra la producción de una pericia de mayor fiabilidad.

¹⁹⁹ IsoTools.org. *Sistemas de Gestión de Calidad. ISO IEC 17025*. [en línea] <www.isotools.cl/nueva-version-de-la-norma-iso-iec-17025> [consulta: 2 de septiembre 2018]; e International Dynamic Advisors. Intedya.com. *ISO 17025, Calidad en Laboratorios de Ensayos y de Calibración*. [en línea] <www.intedya.com/internacional/84/consultoria-calidad-en-laboratorio-de-ensayo-y-de-calibracion-isoiec-17025.html> [consulta: 3 de septiembre de 2018]

Con todo, cabe reconocer que una visión crítica respecto de la aplicación de los procedimientos estandarizados en laboratorios la ha ofrecido la práctica forense estadounidense²⁰⁰. Un perito laboratorista estadounidense relató su experiencia mientras prestaba servicios a un laboratorio acreditado por la norma 17.025 y expuso que “con el tiempo, la documentación se hizo más compleja. Se necesitaba estar constantemente evaluado. Existía el riesgo de que el personal confiara en su memoria o percepción acerca de lo que estaba en la documentación. Frases como “no podemos hacer eso por la acreditación” necesitaban constantemente ser desafiadas. El sistema permite una desviación de los procedimientos operacionales estándar en tanto los motivos estuvieran documentados. En vez de aquello existía una rígida adherencia a los protocolos. La norma ISO 17.025 puso una responsabilidad en la gestión para garantizar la competencia de todos los que ejecutaban pruebas y/o calibración, evaluaban resultados y firmaban reportes.”

5.4.1.b) Contaminación de la muestra e ISO 18.385:2016.

Si bien se ha comprobado el extraordinario potencial de fiabilidad que la prueba pericial de ADN puede representar²⁰¹, la literatura especializada ha evidenciado que dicha prueba lleva asociada la existencia de errores o incertidumbres de diferentes tipos.

En materia de análisis forense del perfil genético humano se ha reconocido que el grado de fiabilidad que esta prueba represente se relaciona con la probabilidad de que existiendo coincidencia entre un perfil identificado y uno no identificado, el sujeto cuyo perfil identificado haya resultado coincidente sea el titular del perfil no identificado (y perfil atribuido). En otros términos, que se trate de la misma persona.²⁰²

²⁰⁰ Willis, S. 2013. *Accreditation - Straight belt or life jacket. Presentation to forensic science society conference. November 2013.* En: Science and Justice N°54. (505-507).

²⁰¹ A favor de esta posición se ha pronunciado Rodrigo Coloma y Claudio Agüero refiriéndose acerca de los conceptos de lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba. Coloma, Rodrigo y Agüero, Claudio. *Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba.* En: Revista Chilena de Derecho. Vol.41. n°2. Pp. 688.

²⁰² Cabezudo, M. J. 2014. *¿Es infalible la prueba pericial de ADN?: planteamiento de la cuestión.* En: Revista de Derecho y Genoma Humano. Número extraordinario. Jornadas del XX aniversario. España. Pp.331.

Porcentualmente, si la prueba de ADN no llevara asociada ninguna incertidumbre, la probabilidad de coincidencia podría ser del 100%. Dicho porcentaje de infalibilidad, no obstante, no es posible. Por el contrario, la prueba de ADN no está exenta de errores o incertidumbres.

Entre los errores que la doctrina española ha reconocido que pueden afectar la infalibilidad de la prueba de ADN encontramos:

1) incertidumbres porque no todos los avances en ciencia y tecnología en materia de ADN son jurídicamente admisibles;

2) asumiendo el punto anterior, errores originados porque la tecnología adecuada en materia de ADN, como toda tecnología, presenta márgenes de error; y

3) asumiendo los dos puntos anteriores, errores derivados del hecho de que la tecnología, no estando adecuadamente regulada o estándolo, puede fallar en el caso concreto por un error de técnica o de personal.

El primer error dice relación con los límites de licitud referidos a los protocolos de obtención de muestras y sus usos en el proceso. Se trata, por tanto, de un problema de tipo normativo, anteriormente expuesto a propósito de los requisitos generales de admisibilidad de la prueba.

Respecto al segundo punto, se reconocen tres fases. En primer lugar, se requiere que la obtención de las muestras sea conservada, trasladada y recogida sin que sea manipulada ni deteriorada. Ello importa la coincidencia entre la muestra que es obtenida con aquella que en definitiva llega al laboratorio. En segundo lugar, en una fase de análisis de laboratorio, se requiere que la extracción del perfil se realice de tal forma que el titular del perfil analizado siga siendo el titular de la muestra. Para la tercera fase se pretende que el dato, incorporado a la base, sea tratado y efectúe una búsqueda y comparación tal que el dato con el que resulte coincidente corresponda al mismo sujeto respecto con el que se inició la búsqueda.

La tercera clase incertidumbre de la prueba de ADN asociada a la técnica o al funcionario involucrado en su manipulación representa un descenso más en el grado de fiabilidad que exhiba esta prueba. Ello implica la existencia de una regulación

suficiente en lo relativo a la tecnología utilizada por el personal, los productos, superficies y objetos involucrados en el proceso de tratamiento, ya sea antes, durante o posteriormente a los hechos investigados.

Cabe concluir que los dos últimos factores que se reconoce afectan la fiabilidad de la prueba pericial genética se refieren a la contaminación de la muestra.

Según se ha expuesto en la materia²⁰³, cuando la transferencia de material biológico a la muestra se produce posteriormente al momento en el que ocurren los hechos, una vez el proceso de investigación pericial se inicia, se habla de contaminación. En la práctica, esta transferencia de ADN se manifiesta en la aparición de perfiles de mezcla (o contaminados).

Ello por cuanto la técnica de PCR (*polymerase chain reaction*)²⁰⁴, que permite la obtención de las copias de ADN a partir de unas pocas moléculas iniciales, “no distingue entre el ADN procedente de células propias del fluido objeto de investigación y, por tanto, relacionadas con los hechos investigados, del ADN que accidentalmente y de manera ajena a los hechos, haya sido depositado sobre el indicio objeto de estudio.”²⁰⁵

La contaminación de la muestra dificulta o imposibilita la interpretación de un perfil genético. Así, los resultados obtenidos a partir del análisis de muestras contaminadas pueden ocasionar una interpretación errónea, reflejándose posteriormente en la reproducción de conclusiones equivocadas.

Un escenario especialmente grave de error en la interpretación del material genético dice relación con aquellos indicios que contienen una escasa cantidad o calidad de ADN.

²⁰³ Crespillo Márquez, M. et. Al. 2017. *La importancia de garantizar la calidad y minimizar los riesgos de contaminación en el análisis genético forense*. En: Revista Española de Medicina Legal. N°43(1): 20-25.

²⁰⁴ Tecnología que se emplea en los laboratorios que llevan a cabo análisis genéticos en sistemas de cuantificación de ADN con fines identificativos sobre la base del sistema de reacción en cadena de la polimerasa. KhanAcademy.org. *Reacción en cadena de la polimerasa (PCR)*. [en línea] <<https://es.khanacademy.org/science/biology/biotech-dna-technology/dna-sequencing-pcr-electrophoresis/a/polymerase-chain-reaction-pcr>> [consulta: 3 de septiembre 2018]

²⁰⁵ Crespillo Márquez, M. et. Al. 2017. *La importancia de garantizar la calidad y minimizar los riesgos de contaminación en el análisis genético forense*. En: Revista Española de Medicina Legal. N°43(1): 20-25.

Cuando el perfil genético correspondiente al componente contaminante prevalece de manera clara sobre cualquier otro perfil procedente del indicio, el laboratorio puede interpretar una falsa exclusión sobre la participación de una determinada persona investigada, al tenor de la falta de su contribución genética en el perfil de ADN obtenido y, de manera concatenada, la ficticia inclusión de otro participante en los hechos (el contaminante).

Por su parte, el posterior registro de perfiles genéticos erróneos a causa de contaminación puede generar asociaciones erróneas en las bases de datos de ADN, determinando por ejemplo responsabilidad de un sujeto en la investigación.²⁰⁶

La literatura ha reconocido que cuando la contaminación se produce en un momento posterior al de ocurrido los hechos, esta contaminación, aunque generalmente accidental, es evitable.²⁰⁷

En este sentido, de acuerdo a la norma ISO 18.385:2016²⁰⁸ (cuya rotulación en español podría interpretarse como “minimización del riesgo de contaminación de ADN humano en productos usados en la recolección, almacenamiento y análisis de material biológico para fines forenses”) ha sido posible reconocer que la contaminación inadvertida de los fabricantes de consumibles y reactivos involucrados en la manipulación de muestras de ADN en conjunto con la mayor sensibilidad de los métodos de testeo de ADN, interfieren cada vez más con los análisis forenses.

²⁰⁶ Según estadísticas del “Proyecto inocentes” durante el año 2017, 3.092 personas “estuvieron en prisión preventiva y posteriormente sus causas terminaron con absolución, facultad de no perseverar o sobreseimientos definitivos por inocencia o porque el delito no existió”. Proyectoinocentes.cl *Error pericial o ciencia limitada*. [en línea] <www.proyectoinocentes.cl/pag/17/344/error_pericial_o_ciencia_limitada/> [consulta: 4 de septiembre 2018].

²⁰⁷ Por ejemplo mediante método de recogida y embalaje inadecuado de las muestras; aportación accidental de material biológico por parte del personal implicado en la recogida o en el análisis de las evidencias; uso de material fungible contaminado con material biológico; metodología de análisis inadecuada; tocar sin guantes evidencias o material de laboratorio utilizado en los análisis; empaquetar varias evidencias con presencia de fluidos en el mismo envase primario; estornudar, toser e incluso hablar cerca de una evidencia.

²⁰⁸ International Standardization Organization. Online Browsing Platform (OBP). “ISO 18385:2016(en). *Minimizing the risk of human DNA contamination in products used to collect, store and analyze biological material for forensic purposes – Requirements*.” [en línea] <www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:18385:ed-1:v1:en> [consulta: 3 de septiembre 2018].

La ISO 18.385:2016 se generó con el objetivo de especificar requerimientos para la producción de productos utilizados en la recolección, almacenamiento y análisis de material biológico, a fin de estandarizar los requisitos exigidos para sus fabricantes, en orden a minimizar el riesgo de contaminación del ADN humano nuclear con los productos utilizados por la comunidad forense mundial.

Esta norma resulta útil en la estandarización y orientación de la ciencia forense específicamente en el trabajo con material biológico, lo que incluye el desarrollo de estándares que pertenecen a las técnicas y metodologías de investigación forense de laboratorio y campos de áreas generales como la detección y recolección de evidencia física, el análisis e interpretación subsecuentes de la evidencia y el informe de resultados y hallazgos que sirve para promover la estandarización internacional y el intercambio de información.²⁰⁹

Así, se ha descrito que la ISO 18.385:2016 requiere que los fabricantes de productos utilizados en la manipulación de material genético de evidencia cuenten con un sistema de calidad, una política definida de detección de contaminación del personal y evaluaciones de riesgos involucrados en contaminación humana potencial. También requiere la implementación de procedimientos de monitoreo ambiental, programas de tratamiento de post-producción de productos de laboratorio que no afecten su utilidad o desempeño, e individualización de lotes de productos liberados que no son tratados.²¹⁰

En concreto, la estandarización de los procesos que regula la norma 18.385, ha sido puesta a prueba en diversas compañías fabricantes de productos científicos. Entre ellas la compañía mundial Promega, dedicada a al soporte técnico e industrial en el campo científico mediante la fabricación y distribución de productos de uso químico y biológico, entre cuyas pautas de producción en materiales de identificación genética conforme a los requerimientos de la norma ISO 18.385 se encuentra el contar

²⁰⁹ Soria, M. L. 2017. *La ciencia forense en proceso de transición*. En: Revista Española de Medicina Legal. N°44(3): 108-114. Pp. 111.

²¹⁰ Stollberg, C. on Ishinews.com. *ISO 18385: The Creation of a "Forensic Grade" Standard*. [en línea] <<http://www.ishinews.com/iso-18385-the-creation-of-a-Forensic-Grade-Standard-2/>> [consulta: 3 de septiembre 2018].

con personal especializado en la elaboración de productos forenses, el control de materia prima desde la fabricación de los componentes hasta la producción de los reactivos, incluyendo la síntesis de oligonucleótidos y colorantes utilizados; la separación de espacios físicos de laboratorio, habilitando el acceso a las salas de pre amplificación de material genético sólo a personal capacitado, requiriendo para ello el uso de batas, anteojos de seguridad, mascarillas y guantes en todo momento, separando a su vez la distribución de las salas conforme a los distintos procedimientos que se lleven a cabo.

Se promueve también el control de calidad de los productos, evaluando el ingreso de las materias primas utilizadas en la fabricación de productos de análisis forense, testeando la calidad de los productos manufacturados intermedios y publicando su calificación antes de su uso y posterior venta en kits.

También se especifican los esfuerzos por minimizar la contaminación por consecuencia del eventual contacto humano con el producto y/o del contacto entre productos a través del requerimiento de uso de vestidos, mascarillas, la dispensación de reactivos en espacios ambientalmente controlados, y la propia automatización de los procesos de dispensación. El trabajo implica asimismo la separación de la “escalera alélica” de los otros componentes de los kits (o productos finales), sellando sus envoltorios mediante calor a prueba de manipulación antes de su empaque final.

Por último, cabe destacar que entre las pautas elaboradas para asegurar la calidad de la prueba pericial a través de la minimización de la contaminación de los indicios genéticos, y a fin de promover la autenticidad de los resultados finales y la veracidad de las conclusiones emitidas en el dictamen, la norma ha reconocido criterios de distribución y diseño de los laboratorios orientados a promover la separación física existente entre las zonas “post-PCR” y “pre-PCR”, evitando de este modo la transmisión de material manipulado entre dichas zonas, garantizando espacios físicos separados para el procesado y análisis de muestras dubitadas e indubitadas, evitando la simultaneidad espacial o temporal en el procesado y análisis de muestras con alto y bajo contenido de ADN. Asimismo, se ha recomendado el trabajo con bases de datos de descarte que contengan perfiles genéticos procedentes

del personal tanto del laboratorio como de otro que eventualmente pueda acceder al área de trabajo y que haya podido estar en contacto con las muestras (servicios de limpieza, mantenimiento o seguridad), a fin de confirmar cualquier contaminación detectable a causa de la transferencia del material.

5.4.1.c) Peritajes informáticos e ISO/IEC 27.037:2012.

Según describe el libro “peritajes informáticos”, las consecuencias jurídicas de los avances tecnológicos son de tal magnitud que “vienen a influir en todas las ramas del derecho”. Así, encontramos que en el intercambio social tecnológico resultan implicados una serie de derechos, por ejemplo a través de la proliferación de contratos mercantiles, del comercio electrónico y del ciber dinero, del pago electrónico de impuestos, por los riesgos a las normas de propiedad intelectual, por las diversas formas de delincuencia a través de la red como el terrorismo, el crimen organizado o la pornografía infantil, con el ataque a derechos fundamentales como la intimidad, en la utilización de redes con fines electorales, etc.²¹¹

Según se ha definido, el análisis digital forense consiste en la aplicación de técnicas científicas y analíticas especializadas que permiten identificar, preservar, analizar y presentar datos que sean válidos dentro de un proceso legal conforme a los márgenes de investigación que permita cada país.²¹²

La ISO/IEC 27.037:2012 “*Information technology — Security techniques — Guidelines for identification, collection, acquisition and preservation of digital evidence*” o “guías para la identificación, recolección, adquisición y preservación de evidencia digital”²¹³ se gestó a fin de proporcionar criterios estandarizados para actividades que impliquen el tratamiento de evidencia digital o evidencia digital potencial.

²¹¹ Peso Navarro, E. & Fernández Sánchez, C.M. 2001. *Peritajes Informáticos* (2ª. Ed.) Madrid. Díaz de Santos. Pp. 110-111.

²¹² Roatta, S., et. Al. *El tratamiento de la evidencia digital y las normas ISO/IEC 27037:2012*. Argentina. [en línea] <<http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/50586>> [consulta: 9 de agosto 2018].

²¹³ International Standardization Organization. Online Browsing Platform (OBP). *ISO/IEC 27037:2012(en). Information technology – Security techniques – Guidelines for identification, collection, acquisition and preservation of digital evidence*. [en línea] <<https://www.iso.org/obp/ui/es/#iso:std:iso-iec:27037:ed-1:v1:en>> [consulta: 21 de junio 2018].

Elo por cuanto los procesos de identificación, colección, adquisición y preservación de evidencia digital requieren de una metodología aceptable para obtener una prueba que contribuya a su admisibilidad, por ejemplo, en la motivación de acciones legales. Conforme reconoce la Organización internacional para la estandarización, debido a la fragilidad de este tipo de evidencia, resulta necesario llevar a cabo una metodología aceptable para garantizar la integridad y la autenticidad de la evidencia digital y la evidencia digital potencial.

La evidencia digital y la potencial evidencia digital a que refiere este estándar puede provenir de diferentes tipos de dispositivos digitales. Entre ellos los medios de almacenamiento digital utilizados en computadoras estándar como discos duros, flexibles, ópticos y magneto ópticos, teléfonos móviles, asistentes personales digitales, dispositivos personales electrónicos, tarjetas de memoria, sistemas móviles de navegación, cámaras de video digitales, computadoras estándar con conexiones de red, redes basadas en TCP/IP (protocolo de control de transmisión/protocolo de internet) y protocolos digitales afines, y en general dispositivos de redes y bases de datos con similares funciones.²¹⁴

Con todo, cabe señalar que el objetivo de la norma es asistir en el análisis de datos que ya se encuentran contenidos en formato digital, descartando aquellos datos que precisan de conversión de formato analógico a digital.

El estándar 27.037 también permite informar a los responsables en la toma de decisiones que necesiten determinar la confiabilidad de la evidencia digital que se les ofrece. En este sentido, la norma es aplicable a organizaciones que necesiten proteger, analizar y presentar potencial evidencia digital, y a órganos normativos que crean y evalúan procedimientos relacionados con la evidencia digital como parte de un conjunto más amplio de pruebas.

²¹⁴ Reydes.com. *Introducción a ISO/IEC 27037:2012* [en línea] <[http://www.reydes.com/d/?q=Introduccion a ISO IEC 27037 2012](http://www.reydes.com/d/?q=Introduccion+a+ISO+IEC+27037+2012)> [consulta: 11 de agosto 2018]. Se trata de sistemas de protocolos que hacen posible interfaces de comunicación entre ordenadores que no pertenecen a una misma red, como puede ser por ejemplo el e-mail.

De acuerdo con la norma, la evidencia digital es gobernada por tres principios fundamentales: la relevancia, la confiabilidad y la suficiencia. Estos tres elementos definen la formalidad de cualquier investigación basada en evidencia digital.²¹⁵

Por su parte, los principios básicos de la norma vienen dados por la aplicación y observación de métodos (evidencia adquirida del modo menos intrusivo posible, tratando de preservar la originalidad de la prueba), proceso auditable (mediante la validación y contraste de los procedimientos seguidos y la documentación generada, proporcionando trazas y evidencias de lo realizado) y proceso reproducible (verificables, argumentables y de respaldo a nivel técnico, mencionando las herramientas utilizadas en cada actuación).²¹⁶

La norma ISO/IEC 27.037 proporciona guías para los individuos responsables en la ejecución los procesos de investigación digital a fin de garantizar que estas personas gestionen la evidencia digital en formas aceptables para todo el mundo, de manera imparcial, y preservando su integridad y autenticidad, con el objetivo de facilitar investigaciones que involucren dispositivos digitales y la evidencia digital.

Entre estos individuos figuran el *digital evidence first responder*, o especialista en evidencia digital de primera intervención y los *digital evidence specialist* o especialistas en evidencia digital, especialistas en respuestas a incidentes y directores de laboratorios forenses.²¹⁷

Un caso comparado de aplicación del estándar se llevó a cabo en la provincia Argentina de Santa Fe, respecto a la evidencia encontrada en la comisión del delito de almacenamiento de material pornográfico infantil. En esta clase de delitos intervienen principalmente herramientas tecnológicas tanto de software como de hardware, de modo que la lógica de estas investigaciones hace fundamental el registro de domicilio de los eventuales imputados para asegurar la evidencia digital útil para realizar el

²¹⁵ Roatta, S., et. Al. *El tratamiento de la evidencia digital y las normas ISO/IEC 27037:2012*. Argentina. [en línea] <<http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/50586>> [consulta: 9 de agosto 2018]

²¹⁶ Peritoit.com. *ISO/IEC 27037:2012. Nueva norma para la recopilación de evidencias*. [en línea] <<https://peritoit.com/2012/10/23/isoiec-270372012-nueva-norma-para-la-recopilacion-de-evidencias/>> [consulta: 11 de agosto 2018]

²¹⁷ Roatta, S., et. Al. *El tratamiento de la evidencia digital y las normas ISO/IEC 27037:2012*. Argentina. [en línea] <<http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/50586>> [consulta: 9 de agosto 2018]

informe forense. Según el análisis del caso real, este tipo de abordaje requiere particular atención por parte de los especialistas, tanto en la preservación del entorno inmediatamente después del acceso al lugar, como durante la requisa.

Debido a que se hallaron numerosos documentos con inscripciones varias, el aporte de los especialistas en informática forense se hizo indispensable, pudiendo detectar contraseñas de encriptación, códigos y procedimientos minuciosamente documentados en cuadernos, hojas sueltas, revistas, posters y otros trozos de papel almacenados en grandes cantidades en la habitación del imputado, logrando individualizar material de importancia trascendental para iniciar nuevas investigaciones originadas en la intervención expuesta, concluyendo que acceder al lugar del suceso siguiendo lo aconsejado por normas y estándares internacionales como el ISO 27.037 representa asegurar el éxito de la investigación.

Por último, cabe señalar que la norma no sustituye los requisitos legales específicos de cada jurisdicción en cuyo territorio reciba aplicación. Por el contrario, la aplicación de esta norma exige el cumplimiento de las leyes, normas y reglamentos nacionales, sirviendo como una guía práctica para cualquier especialista en la investigación, contribuyendo de paso en el intercambio de evidencia digital estandarizada entre distintas jurisdicciones.

5.5 La imparcialidad.

Mientras que en España la ley de enjuiciamiento criminal establece en su artículo 468 causales de recusación de peritos fundadas en la existencia de vínculos de consanguinidad o afinidad con el querellante o reo, interés directo o indirecto en la causa o en otra semejante, y amistad íntima o enemistad manifiesta, en Chile, la vía para determinar el grado de parcialidad con que el perito se presenta en la causa para la que se le requiere ha sido vinculada -en materia penal²¹⁸- al artículo 318 del código procesal penal.

²¹⁸ En materia civil, encontramos que se contempla la posibilidad de inhabilitar a un perito en orden a no considerar su informe en tanto exista alguna circunstancia que afecte su imparcialidad. Al respecto, cabe remitirse

Dicha norma habilita a los intervinientes para dirigir preguntas a los peritos durante el desarrollo de la audiencia de juicio oral. Lo anterior se establece a objeto de determinar la imparcialidad e idoneidad de los peritos, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones. Sin perjuicio de ello, la disposición citada comienza reconociendo que no procederá la inhabilitación de los peritos.

5.5.1 Imparcialidad objetiva y subjetiva.

Al establecer la procedencia de los informes periciales, el artículo 314 del código procesal penal sugiere la necesidad de llevar a cabo un control de imparcialidad ex ante a la rendición de estos. Ello por cuanto dispone que estos informes deberán ser emitidos con imparcialidad, ateniéndose a los principios de la ciencia o reglas del arte u oficio que profesare el perito. Este análisis deberá efectuarse en la etapa de proposición, al examinar su admisibilidad.

La norma del artículo 314 hace referencia a una imparcialidad que pudiéramos caracterizar como objetiva. Objetiva por cuanto luego de establecer en su inciso tercero que los informes deberán emitirse con imparcialidad, exige que entre el dictamen y los principios de la disciplina que lo fundamentan, ya se trate de una ciencia, un arte o un oficio, se verifique una correspondencia lógica. De esta manera, la imparcialidad se apreciará a partir del contenido del informe y la conformidad que su elaboración exhiba con los principios que lo sustentan.

Por el contrario, una imparcialidad personal o subjetiva implica requisitos de diversa índole. Estos pueden ser comprendidos a la luz de la concepción de imparcialidad como garantía de la función jurisdiccional.

Según Maturana y Montero, la imparcialidad entendida como atributo esencial de la función jurisdiccional (como característica relativa a la función que ejerce la persona del juez) se concibe como “una imagen y un estado de ánimo del juzgador,

a las causales de recusación previstas en el artículo 199 del código orgánico de tribunales en conformidad con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 113 del código de procedimiento civil.

una actitud que nos muestra que éste juzga sin interferencias ni concesiones arbitrarias a una parte”.²¹⁹

En el mismo sentido se ha sostenido que la interpretación de la imparcialidad como garantía de un proceso justo implica no desdibujar “en el ánimo del juez su carácter de tercero, evitando que concurra a resolver un asunto si existe la mera sospecha de que, por determinadas circunstancias, favorecerá a una de las partes, dejándose llevar por sus vínculos de parentesco, amistad, enemistad, interés en el objeto del proceso o estrechez en el trato con uno de los justiciables, sus representantes o sus abogados”.²²⁰ De ahí que la imparcialidad no sea “una característica abstracta de los jueces y magistrados” sino que, por el contrario “hace referencia concreta a cada caso que se somete a su decisión”. Conforme a ello, la doctrina nacional ha concluido que “la ley tiene que establecer una lista cerrada de situaciones objetivas que conviertan a los jueces en sospechosos”.²²¹

No obstante que las referencias reseñadas se adscriben a la persona del juez en el ejercicio de su función jurisdiccional, éstas resultan útiles para caracterizar la imparcialidad en su dimensión subjetiva. Esto es, aquella actitud o imagen que debe demostrar un sujeto.

En nuestro caso, la actitud imparcial se analiza en la persona del perito como sujeto encargado de elaborar el dictamen necesario para esclarecer un hecho que requiere de su conocimiento especializado. A mayor abundamiento, y según se ha sostenido en la doctrina nacional, la exigencia de un actuar imparcial se hace extensiva a todo aquel que de una u otra forma intervenga en el proceso.²²²

²¹⁹ Maturana, Cristian. 2009. *Los órganos jurisdiccionales*. Colección de apuntes. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago. Pp. 29.

²²⁰ Aguirrezabal Grünstein, M. 2011. *La imparcialidad del dictamen pericial como elemento del debido proceso*. Revista Chilena de Derecho (38)2. Pontificia Universidad Católica de Chile.

²²¹ Núñez Ojeda, R. 1998. *La imparcialidad objetiva del juzgador penal y el principio acusatorio (el caso español)*. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. N°1, T. XCV. Pp. 4

²²² Aguirrezabal Grünstein, M. 2011. *La imparcialidad del dictamen pericial como elemento del debido proceso*. Revista Chilena de Derecho (38)2. Pontificia Universidad Católica de Chile.

5.5.2 Imparcialidad del perito.

En este sentido, cabría suponer que la mayor proximidad o vinculación existente entre un perito (ya actúe éste en forma individual o colegiado al interior de una institución) y el interviniente que requiere su pericia pudiera llegar a generar situaciones que lidian con la imparcialidad y objetividad que el rol del perito en el proceso penal debe representar.

En el ámbito nacional, Mauricio duce ha expuesto sobre las influencias que las estructuras institucionales ejercen sobre los analistas de los laboratorios forenses que dependen funcionalmente de aquellas. El autor ha evidenciado que los peritos pertenecientes a instituciones forenses que prestan servicios a entidades jerárquicamente superiores podrían verse expuestos de manera inadvertida a sesgos importantes por cuanto su trabajo se asocia “muy directamente a ser empleados de la institución requirente”. Debido a ciertos sesgos cognitivos, los peritos serían adicionalmente influenciados por fenómenos psicológicos que determinarían consciente o inconscientemente sus percepciones. Es el caso, por ejemplo, de los laboratorios de criminalística de las policías, cuyos especialistas “creen que por atrapar a un culpable están haciendo justicia” (sin importar la proporción de los medios de que se haya valido para hacerla)²²³.

En este mismo sentido, Carmen Vásquez, citando a Deidre Dwyer, ha evidenciado que el perito sufre de “sesgos estructurales” desde que las partes en un proceso judicial han de presentar un informe pericial sólo si les es favorable para sustentar su versión de los hechos.²²⁴

²²³ El autor considera ilustrativo el actuar del Laboratorio de Carabineros en el caso “Operación Huracán”. En esta investigación se llevaron a cabo escuchas telefónicas que habrían sido motivadas por el interés particular de quien requirió su producción, dejando a entrever que los peritos del laboratorio de criminalística que analizaron los aparatos de los teléfonos celulares incautados habrían presentado resultados preliminares de sus hallazgos a los superiores de su propia institución e incluso a los propios fiscales antes de elaborar los informes finales, vulnerado la confiabilidad de la prueba allegada, la cual habría estado influenciada por observaciones de los requirentes, situación que comprometería la esencia de la función pericial en los sistemas de justicia. Sobre la “operación huracán”: Ciperchile.cl “Operación huracán: la casa secreta donde se hacían centenares de escuchas telefónicas ilegales”. 05 de abril de 2018. [en línea] <ciperchile.cl/2018/04/05/operacion-huracan-la-casa-secreta-donde-se-hacian-centenares-de-escuchas-telefonicas-ilegales/> [consulta: 12 de agosto de 2018].

²²⁴ Vásquez Rojas, M. 2014. *La prueba pericial. Entre la deferencia y la educación*. Tesis doctoral. Universitat de Girona. Pp.176

Sin perjuicio de ello, la legislación nacional contiene ciertas normas que aparecen como determinantes de la actitud del perito en orden a morigerar la eventual inclinación que su participación en juicio pudiera acarrear.

Según dispone el artículo 329 del código procesal penal, en la audiencia de juicio oral, el presidente de la sala deberá identificar al perito y ordenarle que preste juramento o promesa de decir la verdad.²²⁵ Lo dispuesto se relaciona con la norma del artículo 306, según la cual todo testigo, antes de comenzar su declaración, debe prestar juramento o promesa de decir verdad sobre lo que se le preguntare, sin ocultar ni añadir nada de lo que pudiere conducir al esclarecimiento de los hechos.

Luego, el mismo artículo establece que, previo a declarar, los peritos no podrán comunicarse entre sí, ni ver ni oír, ni ser informados de lo que ocurriere en la audiencia, lo que en la práctica se traduce en que luego de iniciado el juicio oral, y una vez presentadas las acusaciones que deberán ser objeto del debate, el presidente de la sala “dispondrá que los testigos y peritos que se hallaren presentes en la sala de audiencia se retiren de la misma”.²²⁶

Ambas reglas se insertan como requisitos formales en la ordenación del desarrollo del juicio oral. Cabe concluir que en ambos casos lo que se busca es inhibir la inclinación del perito a una determinada teoría del caso, impidiendo inducir con su informe en favor o en contra de las alegaciones de un interviniente.

Por último, en cuanto al contenido del informe pericial, cabe identificar como actos que menoscaban la credibilidad del dictamen configurando una imparcialidad de tipo objetiva al fundar dudas en torno a la imparcialidad de sus observaciones el descarte injustificado de determinados resultados, la presencia de conclusiones que

²²⁵ No obstante, cabe señalar que la doctrina ha distinguido entre la formalidad del juramento o promesa de decir la verdad del juramento o promesa de desempeñar fielmente el cargo. Maturana Miquel, C. & Montero López, R. 2010. *Derecho procesal penal. Tomo II.* (1ª. Ed., Derecho y proceso). Santiago, Chile: Abeledo Perrot-Legal Publishing. Pp. 1032.

²²⁶ Sobre las dificultades materiales para cumplir con esta disposición en cuanto a que el código no exige la *presencia física* continua del perito, sino solo su *disponibilidad*, y el riesgo correlativo respecto a que estos sean informados de lo que ocurre en la audiencia con anterioridad a que presten declaración, los autores Horvitz y López se remiten a las facultades de dirección del tribunal sobre el desarrollo del juicio oral teniendo en cuenta los antecedentes aportados y al orden de las declaraciones: Horvitz Lennon, M.I, & López Masle, Julián. 2004. *Derecho procesal penal chileno – Tomo II.* Editorial Jurídica de Chile. Pp.263.

no aparecen apoyadas en datos derivados de las operaciones periciales y, en lo relativo a la unidad lógica que supone el dictamen, la fragmentación del resultado científico, sacando de contexto las afirmaciones del experto, tanto para la fundamentación de la sentencia, como para constituir un argumento de las partes a la hora de impugnar la valoración judicial del examen.²²⁷

5.5.3 Vinculación medico paciente.

La jurisprudencia nacional ha sostenido que la verificación de un especial compromiso subjetivo generado con ocasión de los vínculos no profesionales que la relación entre un médico tratante y su paciente pudiera implicar impediría descartar en la persona del médico el riesgo de no haber sido este totalmente imparcial en sus dichos en relación al paciente.

En proceso penal seguido ante el Tribunal oral de San Felipe por el delito de femicidio²²⁸, el médico psiquiatra que fue citado a deponer en audiencia en calidad de perito trató medicamente al imputado por un largo tiempo. En los hechos, el perito psiquiatra fue médico tratante informal y luego oficial del imputado, durante su estadía en la cárcel, en un policlínico y finalmente en hospital psiquiátrico.

El informe pericial del perito psiquiatra sugirió la configuración de inimputabilidad del acusado en razón de la enajenación mental que lo afectaba al momento de cometer el crimen. Sostuvo que a raíz del consumo de un compuesto tóxico el imputado sufrió alteración de sus funciones básicas, de conciencia y perceptivas, así como en su juicio de realidad y en sus facultades cognitivas.

Al valorar la prueba rendida en juicio, los jueces del tribunal oral consideraron que el informe técnicamente no cumplía con los requisitos de un peritaje psiquiátrico. Se sostuvo que “las apreciaciones clínicas del perito respecto del acusado obedecen más bien a su relación con dicho encausado como su médico tratante informal en un primer momento y luego como su médico tratante formal definitivo, resultando de esta

²²⁷ Sánchez Rubio, A. 2016. *Ciencia y proceso penal*. Universidad Pablo de Olavide. Sevilla, España. Pp. 574

²²⁸ Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe, de fecha 2 de agosto de 2013, en causa Rit O-39-2013.

manera emocionalmente comprometido con su paciente” (como expresamente admitió) impidiendo a los jueces descartar un mínimo riesgo de afectación en su imparcialidad, al sostener que “más allá del objetivo profesionalismo con que el perito pueda haber actuado, igualmente nos imposibilita descartar del todo el riesgo de no haber sido totalmente imparcial en sus dichos en relación al paciente”.

El fallo fue confirmado ante la corte de apelaciones de Valparaíso²²⁹, la que sostuvo que si bien el perito cuestionado evacuó su informe cumpliendo técnicamente con los requisitos de un peritaje, no se puede “dejar de considerar que el aludido facultativo ha sido el médico tratante del imputado, lo que les permite dudar sobre su imparcialidad”, desestimando la fuerza probatoria del informe pericial en razón de su cuestionable imparcialidad, y descartando la inimputabilidad o imputabilidad disminuida del acusado en virtud de contra-peritajes, que fundaron en definitiva el rechazo del recurso de nulidad intentado por la defensa.

Según el tribunal de alzada las observaciones del perito se ajustaron a los parámetros de su ciencia. No obstante, por haberse desempeñado como médico tratante del acusado por un largo periodo de tiempo, el tribunal sostuvo que su actitud personal en la causa no superó un estándar de imparcialidad suficiente para estimar que el médico haya estado capacitado para actuar como perito.

Lo expuesto permite evidenciar la incidencia de la actitud anímica de la persona experta en los resultados de su informe. Según el fallo impugnado tal circunstancia impide descartar el riesgo de no haber sido totalmente imparcial en sus dichos con relación al paciente.

En este mismo sentido se ha pronunciado la doctrina médica, al reconocer que “el medico asistencial está condicionado por una mayor contaminación que un perito: el interés personal del evaluado o el tratado”²³⁰.

²²⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 25 de septiembre de 2013. ROL: 1153-2013 REF.

²³⁰ Soria Verde, M.A., et. Al. 2010. *El médico como testigo-perito: de la citación a la testificación en el juicio*. En: Revista Medicina Clínica (Barc). 137(10). (464-467) Pp.465.

5.5.3.a) Imparcialidad en exámenes de salud mental. Resolución exenta S.M.L. N°10.655.

La prueba pericial psiquiátrica ha sido definida como el documento científico basado en el estudio de la condición mental de un individuo determinado.²³¹

Esta se estructura en dos aspectos. Por una parte, la dimensión biológico-psíquica, interpretada por el especialista, y por otra parte el aspecto normativo-valorativo, cuya competencia radica en el órgano enjuiciador.

Sin perjuicio de que la doctrina²³² ha evidenciado las diferencias que se derivan de los resultados obtenidos entre peritajes producidos por artefactos e instrumentos altamente tecnológicos y aquellos resultados que son fuertemente dependientes de la intervención de un agente humano, sosteniendo que estos últimos no arrojan los mismos grados de confiabilidad al estructurarse sobre la constatación personal e inmediata del testimonio y la salud mental de un individuo examinado²³³, a fin de contar con una reglamentación técnica que permita homologar y uniformar la actuación de los peritos y profesionales de la salud que practiquen exámenes médico legales de salud mental en las áreas de psiquiatría y psicología forense, el año 2009 el Servicio Médico Legal dictó la resolución exenta N°10.655.

Se trata de un acto administrativo de interés general emanado de un servicio público dependiente del Ministerio de Justicia y exceptuado del trámite de toma de razón²³⁴, dictado a fin de dar vigencia al imperativo legal que instruye al Servicio Médico Legal a ejercer la tuición técnica de los organismos y personal que participen en la realización de peritajes medico legales.

²³¹ Gualda, S. 2017. *La pericial psiquiátrica en el procedimiento penal*. En: Anales de Derecho. Vol.35 N°1. Universidad de Murcia, España.

²³² Coloma, R., & Agüero, C. 2014. *Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba*. En: Revista Chilena de Derecho. Vol.41. N°2. (673-703) Pontificia Universidad Católica de Chile.

²³³ Latorre, A. 2011. *Peritajes psicológicos en violencia de género*. En: Revista de psicología. Vol.1 N°2. Universidad de Viña del Mar.

²³⁴ En resguardo de la eficiencia administrativa, la Contraloría General de la Republica queda facultada para exceptuar del trámite preventivo de control de legalidad (toma de razón) respecto de aquellos actos considerados no esenciales según la resolución N°1600 del año 2008. Cordero Vega, L. 2015. *Lecciones de derecho administrativo* (1ª. ed.) Legal Publishing Thomson Reuters. Santiago, Chile.

Dicho documento se organiza sobre la exposición del fundamento y marco normativo que lo motiva, el establecimiento de consideraciones generales (como definiciones y caracterización del peritaje psiquiátrico), el desarrollo de las etapas generales del procedimiento pericial y el establecimiento de directrices en torno a la definición de su estructura ideal.

Específicamente en cuanto a la imparcialidad con que debe actuar el perito en la elaboración del peritaje psiquiátrico el documento citado contiene recomendaciones expresas.

En este sentido, al tenor de lo dispuesto en su ítem 4.4 se sostiene que el perito “debe actuar con independencia, imparcialidad, honestidad profesional y rigurosidad científica, favoreciendo el estudio bibliográfico, la investigación necesaria para la integración de todos los antecedentes recopilados, con el fin de dar respuesta a la pregunta médico-legal y psico-legal establecida.”

Así, en cuanto la imposibilidad de efectuar una pericia, el documento instruye a los peritos a manifestar su imposibilidad de efectuar un peritaje en las situaciones en que su imparcialidad e independencia respecto de la persona peritada se vea menoscabada.

De modo que, al no contar en el ordenamiento nacional con una norma legal que permita garantizar la objetividad de la actitud y ánimo de los peritos en salud mental, la normativa citada resulta útil a fin de determinar los motivos por los cuales su imparcialidad se ve afectada.

Así, entre las causales que fundamentan el deber del perito psiquiatra de abstenerse a efectuar un peritaje encontramos 1) El parentesco por afinidad o consanguinidad dentro del cuarto grado inclusive; 2) el interés directo o indirecto en la causa, o vinculación mutua a una institución política o social en el caso que reste imparcialidad al perito; 3) la amistad o enemistad con alguna de las partes involucradas; 4) la relación o dependencia laboral que reste imparcialidad al perito; 5) el haber actuado o estar en calidad de terapeuta o profesional tratante; 6) el haber

oficiado de perito de la contraparte y 7) Cualquier otra circunstancia que reste imparcialidad al perito.

Cabe recordar que la resolución citada constituye una guía normativa en forma de documento técnico de orientación básica y aplicación general dirigido al personal que se desempeña en salud mental forense, tanto en dependencias del Servicio Médico Legal como en las demás instituciones públicas o privadas que realicen este tipo de peritaje a solicitud de un órgano jurisdiccional o de investigación en el marco de un proceso judicial o de una investigación criminal, previniendo a su respecto la actuación en calidad de peritos de aquellos especialistas en salud mental que vean inclinada su actitud disposicional por alguna de las causales citadas.

CAPITULO V.

EL ACCESO AL PERITO. UNA CONSIDERACIÓN DESDE EL DEBIDO PROCESO.

1. LA DUALIDAD FUNCIONAL DE LA PRUEBA DE TARUFFO. RIESGOS EN LA RECONSTRUCCIÓN FÁCTICA.

Al admitir la naturaleza del informe pericial como medio de prueba resulta posible analizar los riesgos que implica la disponibilidad para las partes de un medio probatorio -a priori- de autoridad.

Ello a la luz de los conceptos que sobre la naturaleza de la prueba judicial ha ofrecido Michele Taruffo, autor que ha distinguido entre dos concepciones fundamentales de la prueba judicial, determinadas según la función que cumplen en juicio.

A grandes rasgos, esto se refiere a si el fin del medio probatorio es ofrecer una reconstrucción de hechos en el proceso judicial o bien constituir un instrumento de persuasión en el estado psicológico del juez.

1.1 La prueba como instrumento de conocimiento.

Según una primera concepción, la prueba es esencialmente un instrumento de conocimiento.

Conforme a ello la prueba ofrece informaciones relativas a los hechos que deben ser determinados en el proceso.

De esta manera la prueba da a conocer información sobre el contenido y la circunstancia sobre que versa un enunciado (con la consecuencia que el enunciado mismo puede considerarse verdadero o falso sobre la base de las pruebas que a él se refieren), posibilitando el conocimiento del hecho sobre la base de las pruebas que demuestran su mayor o menor grado verdad.

1.2 La prueba como instrumento de persuasión.

De acuerdo con una segunda concepción, la prueba no sería más que un instrumento de persuasión.

En este ámbito la prueba no ofrece información, sino elementos de persuasión. De manera que en el juicio no se *conocen* los hechos, agotando el proceso en los discursos y narraciones que se hacen en él, erigiéndose como verdadero aquél enunciado del cual el juez simplemente está persuadido.

De esta forma cualquier cosa que el juez piense estando persuadido de ella queda probada y se puede considerar verdadera a los efectos del proceso, constituyendo prueba cualquier elemento que se hubiese aportado para los efectos de arribar a ese estado psicológico.²³⁵

1.3 La función persuasiva en el contexto adversarial.

En su “Derecho probatorio a la deriva”²³⁶, el autor Mirjan Damaska ha expuesto acerca de los rasgos característicos que distinguen un sistema adversarial.

Entre ellos, el autor pone especial énfasis en cuanto al dominio que le cabe a los litigantes en la determinación de los hechos mediante el control de los medios probatorios.

Así, señala que el sistema adversarial se trata de una forma de enjuiciamiento en que el desarrollo del proceso es controlado por las partes. En este, el juez se mantiene esencialmente pasivo, y serán los litigantes y sus abogados quienes decidirán qué hechos serán objeto de prueba, encargándose además de la búsqueda del material probatorio, preparándolo para su uso en el juicio y presentándolo al tribunal.

²³⁵ Taruffo, M. & Pinochet Cantwell, F. 2009. *La prueba, artículos y conferencias*. (Monografías jurídicas Universitarias). Santiago de Chile. Editorial Metropolitana. Pp. 60-62

²³⁶ Damaska, M. 2015. *El derecho probatorio a la deriva (Proceso y derecho)*. (Trad. Picó i Junoy, J.) Madrid. Marcial Pons.

Resulta importante destacar que el autor reconoce que en un contexto procesal así caracterizado “el litigante está motivado para presentar sólo aquellas pruebas que le sean favorables: si un elemento de información (o método probatorio) se le antoja desfavorable para sus intereses, intentará mantenerlo fuera de los tribunales, incluso si su relevancia para la búsqueda de la verdad es indiscutible.

1.4 El riesgo de la prueba persuasiva.

Tomando en consideración los conceptos reseñados, y situados ante un contexto procesal hipotético adversarial²³⁷, sometido al influjo de una valoración subjetiva e irracional de la prueba fundada en reacciones psicológicas y emotivas del juez, resultaría posible proyectar un escenario propicio para la producción de material probatorio efectivo, en tanto apto para conformar su persuasión, pero de dudosa calidad en términos de las limitaciones referidas a la legalidad, admisibilidad y licitud de su rendición.

Ello por cuanto los incentivos de un sistema así caracterizado no estarían dirigidos a fines cuyo objetivo sea la aproximación a mayores grados de aceptabilidad en torno a bases cognitivas de reconstrucción de hechos, sino que, por el contrario, favorecerían el desarrollo de actuaciones destinadas estratégicamente a generar la conformación de un estado de persuasión psicológico en el juez, correspondiente con una determinada teoría del caso.

Dicho fenómeno relegaría la función objetiva de la prueba como método de información, en tanto su ofrecimiento se destinaría a provocar el mayor grado de

²³⁷ Como el caracterizado por Mirjan Damaska en “el derecho probatorio a la deriva”. El autor expone acerca de los rasgos que definen el sistema adversarial, señalando que se trata de un sistema de enjuiciamiento en el que el desarrollo del proceso es controlado por las partes y el juez se mantiene esencialmente pasivo. En este sentido son los litigantes y sus abogados quienes deciden qué hechos serán objeto de prueba, encargándose además de la búsqueda del material probatorio, preparándolo para su uso en el juicio y presentándolo al tribunal en la medida de sus intereses. De este modo, el autor pone especial énfasis en cuanto al dominio que le cabe a los litigantes en la determinación de los hechos mediante el control de los medios probatorios, observando que “el litigante está motivado para presentar sólo aquellas pruebas que le sean favorables: si un elemento de información (o método probatorio) se le antoja desfavorable para sus intereses, intentará mantenerlo fuera de los tribunales, incluso si su relevancia para la búsqueda de la verdad es indiscutible”. Damaska, M. 2015. *El derecho probatorio a la deriva (Proceso y derecho)*. (Trad. Picó i Junoy, J.) Madrid. Marcial Pons. 83-127

inclinación posible en el estado psicológico del juez acerca de una determinada versión de los hechos.

Como consecuencia de ello, y en cuanto a la calidad del material probatorio ofrecido a juicio, cabría suponer que aumentan virtualmente las posibilidades de proposición de prueba de contenido inadmisibles debido a su impertinencia, superabundancia, ilicitud o (específicamente en lo relativo a la prueba pericial) disconformidad con la debida correspondencia que los informes técnicos deben exhibir con los principios y reglas de la disciplina que los sustentan.

En este sentido, según explica el propio Taruffo, aunque la función persuasiva de la prueba no la vuelve totalmente falsa, sí la vuelve absolutamente parcial, ya que “se corresponde típicamente con el punto de vista del abogado”.²³⁸

De este modo, al incentivarse una función de prueba persuasiva, se relega la búsqueda de correspondencia entre los enunciados vertidos en juicio y la reconstrucción cognoscitiva de los hechos, objetiva y ajustada a los límites de la actividad probatoria.

Por el contrario, se incentiva la producción de instrumentos probatorios comprometidos con una determinada teoría del caso e indiferentes de las reglas de que constriñen su admisibilidad²³⁹, en tanto se asume que “el objetivo fundamental que persigue el abogado no es el de descubrir la verdad, o de tratar que el juez la descubra, sino el de ganar el caso”.²⁴⁰

²³⁸ Taruffo, M. & Pinochet Cantwell, F. 2009. *La prueba, artículos y conferencias*. (Monografías jurídicas Universitarias). Santiago de Chile. Editorial Metropolitana. Pp. 63

²³⁹ Una revisión relativa a aquellos casos que dentro de un sistema probatorio significan un impedimento para la utilización de un medio de prueba en: Maturana Miquel, C. & Montero López, R. 2010. *Derecho procesal penal. Tomo II*. Capítulo VII. Específicamente en lo que respecta a la prueba pericial, los criterios atienden a la correspondencia entre el dictamen y las reglas y principios de la ciencia, arte u oficio que desempeña el perito, así como los factores de idoneidad, seriedad y profesionalismo que represente el experto.

²⁴⁰ Taruffo, M. & Pinochet Cantwell, F. 2009. *La prueba, artículos y conferencias*. (Monografías jurídicas Universitarias). Santiago de Chile. Editorial Metropolitana. Pp. 63

1.5 Mercado privado de expertos y realidad nacional.

Como se sostuvo, un escenario hipotético así caracterizado favorece las condiciones para exhibir una estructura funcional de la prueba de carácter persuasivo, en desmedro de su fin cognoscitivo o de reconstrucción de verdad.

A propósito de la entrada de “*junk science*” al proceso, Taruffo ha confirmado la idea de que son las partes, y no el juez, quienes deciden qué pruebas presentar, incluyendo las pruebas científicas. El autor ilustra elocuentemente la situación esbozada, al señalar que en este contexto “las partes eligen a sus expertos, en un amplio e incontrolado “mercado de expertos”, y les pagan para que digan aquello que les conviene.”²⁴¹

En este contexto, el propio autor italiano ha descrito que los medios de prueba “no servirían para establecer la verdad o falsedad de enunciado alguno y, por tanto, tampoco para proporcionar conocimiento acerca de nada, sino que servirían sólo para persuadir al juez, para convencerlo de lo fundado o infundado de un enunciado fáctico”.²⁴²

Virtualmente podríamos deducir que dicho escenario resulta propicio, por ejemplo, para la producción y ofrecimiento masivo de prueba.

Las pericias o “*expert witnesses* de parte”²⁴³, también serían masivamente requeridas, en virtud de la presumible credibilidad que, como ya se ha expuesto, se les atribuye.

Ante ello, cabría esperar que el masivo requerimiento por prueba pericial desarrollada en un sistema privado de expertos incentivaría el mal uso de la ciencia forense, propiciando el desarrollo de prueba pericial de dudosa calidad en tanto parciales, comprometidas con los enunciados alegados por los intervinientes, e

²⁴¹ Taruffo, Manríquez, Ferrer Beltrán, & Manríquez, Laura E. 2008. *La prueba* (Filosofía y derecho). Madrid; Barcelona; Buenos Aires. Marcial Pons [Ediciones Jurídicas y Sociales]. Pp.291.

²⁴² Taruffo, M. & Pinochet Cantwell, F. 2009. *La prueba, artículos y conferencias*. (Monografías jurídicas Universitarias). Santiago de Chile. Editorial Metropolitana. Pp. 62

²⁴³ Taruffo, Manríquez, Ferrer Beltrán, & Manríquez, Laura E. 2008. *La prueba* (Filosofía y derecho). Madrid; Barcelona; Buenos Aires. Marcial Pons [Ediciones Jurídicas y Sociales]. Pp.291.

indiferentes de su función informativa de reconstrucción histórica y objetiva sobre los hechos.

A modo de ejemplo, el “*Innocence Project*”, grupo internacional de organizaciones independientes que “libera y apoya inocentes, y corrige las causas de condenas erróneas” ha advertido acerca de la mala aplicación (o “*missapplication*”) de la ciencia forense en los procesos penales como el segundo factor más común de convicciones judiciales erradas que motivaron la condena de sujetos inocentes.

Cabe destacar que entre las posibles causas de la mala aplicación de la ciencia forense se ha reconocido la mala conducta de los analistas o peritos, quienes fabrican resultados, esconden evidencia exculpatoria o informan resultados sobre prueba que no fue realizada.²⁴⁴

Respecto a la situación nacional actual en torno a la producción privada de peritajes, Mauricio Duce ha evidenciado que resulta posible observar “cómo el mercado comienza a reaccionar a este escenario [contar con más y mejores recursos humanos que permitan responder eficazmente a las demandas por conocimiento experto].

En autor ha detectado “una floreciente oferta para la formación de peritos de diversa índole a niveles de pre y post grado por parte de entidades de educación superior”, identificando como ejemplo la impartición de nuevas carreras como perito criminalístico, técnico perito forense, o postítulos de psicología y psiquiatría jurídica forense, que son dictadas por universidades e institutos profesionales en nuestro país.²⁴⁵

En fin, cabe llamar la atención acerca de la masiva oferta de “servicios privados de peritaje” que es posible encontrar a través de plataformas de redes sociales en la actualidad, donde existe oferta de informes probatorios socioeconómicos, de

²⁴⁴ Innocenceproject.org. *Unvalidated or Improper Forensic Science*. [en línea] <www.innocenceproject.org/causes/unvalidated-or-improper-forensic-science> [consulta: 5 de septiembre 2018].

²⁴⁵ En el sentido contrario: Duce Julio, M. 2005. *La Prueba pericial y su admisibilidad a juicio oral en el nuevo proceso penal*. En: Revista Procesal Penal N°35. 11-45. Lexis Nexis. Santiago. Pp.17

evaluación de habilidades parentales, de daños, caligráficos, peritajes médicos, entre otros.

2. EL ACCESO A LA PRUEBA COMO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO.

Como derivación del derecho al debido proceso es posible encontrar el derecho fundamental a la prueba.

2.1 El debido proceso.

El artículo 19 n°3 de la Constitución Política de la República establece que esta asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

El inciso quinto del numeral tercero del mencionado artículo agrega que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”, reconociendo al legislador la facultad de “establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

No obstante que el debido proceso no sea un concepto que encuentre definición positiva en nuestra legislación, tanto en doctrina como en jurisprudencia ha sido vinculado a la disposición contenida en el numeral citado. Se trata entonces de un concepto que reconoce una amplitud de definiciones, desde que se evidencia su resistencia a constituirse como un concepto exhaustivo²⁴⁶.

Así, la doctrina nacional lo ha caracterizado como “el vehículo para entender incorporadas a las declaraciones de derechos garantías específicas que no aparecían explícitamente reconocidas de manera autónoma”²⁴⁷.

²⁴⁶ Ello no implica que el debido proceso se trate de una declaración formal. Por el contrario, tal como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en opinión consultiva N°18/03 “la proclamación de derechos sin la provisión de garantías para hacerlos valer queda en el vacío (...) Por ello es preciso establecer garantías que permitan reclamar el reconocimiento de los derechos, recuperarlos cuando han sido desconocidos, restablecerlos si fueron vulnerados y ponerlos en práctica cuando su ejercicio tropieza con obstáculos indebidos”.

²⁴⁷ Horvitz Lennon, M.I., & López Masle, J. 2004. *Derecho procesal penal chileno – Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 70.

Ello resulta claro desde que se tiene presente que los conceptos utilizados en su redacción son genéricos, precisamente a fin de evitar la dificultad de señalar su contenido específico e incurrir en alguna omisión.

2.2 El acceso a la prueba.

Sin perjuicio de ello, los propios miembros de la comisión redactora de la Constitución Política de la República coincidían en reconocer que entre las garantías mínimas de un racional y justo proceso es posible permitir el derecho a “un oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba que correspondiere.”²⁴⁸

Así, en cuanto a las derivaciones del derecho al debido proceso, encontramos el derecho fundamental a la prueba.

Según se ha explicado, el rango fundamental del derecho a la prueba deriva de su carácter inherente al ser humano desde que “la condición humana está íntimamente ligada al uso que de la prueba se haga y de la justicia de la decisión sobre la existencia de los hechos por parte del juez”, considerando que “la dignidad humana en gran medida depende de la virtud de la convicción que sobre los hechos se ha formado el juez”, a la vez que se reconoce que su grado de importancia es reforzado mediante mecanismos de tutela.²⁴⁹

De este modo, el acceso a la prueba se fundamenta en una “necesidad de demostración, de verificación o investigación de la verdad de aquello que se ha afirmado en el proceso”²⁵⁰.

En este sentido, el derecho a la prueba ha sido definido como “aquél que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso.”²⁵¹

²⁴⁸ Comisión redactora de la Constitución Política de la República de Chile. Sesión N°103, del 16 de enero de 1975.

²⁴⁹ Ruiz Jaramillo, L.B. 2007. *El derecho a la prueba como un derecho fundamental*. En: Estudios de Derecho. Vol.64 N°143. Universidad de Antioquia. Medellín, Colombia. Pp.190

²⁵⁰ Díaz de León, M. A. 1991. *Tratado sobre las pruebas penales*. 3ª ed. Editorial Porrúa. México. Pp. 28-29.

²⁵¹ Picó i Junoy, J. 1996. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: José María Bosch. Pp. 18-19

Desde el análisis de las garantías y facultades que le asisten al imputado en el desarrollo del proceso penal, la jurisprudencia nacional ha sostenido que “es exigencia asimismo de un procedimiento penal racional y justo que el imputado pueda presentar pruebas de descargo o exculporias, bien sea para desvirtuar la existencia del hecho punible o para demostrar su inocencia, pues negarle o restringirle indebidamente la producción de las pruebas que le favorezcan significa hacer depender su absolución o condena de la actividad probatoria del Ministerio Público y del querellante, si los hubiere”²⁵²

La jurisprudencia de la Corte Suprema coincide al respecto, cuando resuelve que el derecho a producir prueba es un elemento fundamental del debido proceso, y “en materia penal se traduce, usualmente, en la facultad de la defensa de generar probanzas de descargo para enfrentar la imputación que formula el Ministerio Público, que por ser el organismo encargado de llevar adelante la pretensión punitiva estatal tiene el deber de rendir evidencias para hacer efectivo el castigo del ilícito penal”.²⁵³

Conforme dispone el artículo 261 del Código Procesal Penal, en cuanto a la facultad de ejercicio de los derechos que el proceso penal habilita para el querellante, encontramos que éste interviniente puede ofrecer la prueba que estimare necesaria para sustentar su acusación, expresando en su escrito todos los medios de prueba de que piensa valerse a fin de probar las imputaciones que deduce.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema también ha reconocido que el debido proceso garantizado por el artículo 19 N°3 inciso 5° resulta vulnerado desde que se le impide al querellante rendir la prueba ofrecida en su querrela.²⁵⁴

Con todo, debemos tener en cuenta que, como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, el derecho a producir pruebas no es absoluto y encuentra sus restricciones entre las normas que limitan la libertad probatoria. De modo que todo

²⁵² Sentencia N°2628 del Tribunal Constitucional, de fecha 30 de diciembre de 2014. Considerando onceavo.

²⁵³ Sentencia de la Segunda Sala de la Corte Suprema, de fecha 15 de marzo de 2016. ROL: 171-2016. Considerando cuarto.

²⁵⁴ Sentencia de la Segunda Sala de la Corte Suprema, de fecha 11 de mayo de 2005. ROL: 312-2005. Considerando séptimo.

aquello que es ofrecido como medio de prueba no necesariamente habrá de ser acogido, toda vez que la legislación reconoce causales de exclusión.

Al respecto, la jurisprudencia nacional ha sostenido que “si bien el derecho a probar constituye una garantía mínima de un procedimiento racional y justo, lo que se tiene realmente es la facultad de proponer prueba y a que sobre ésta se pronuncie el órgano judicial, bien admitiéndola, bien rechazándola de manera motivada”, concluyendo posteriormente que “no se está ante un derecho que faculte para exigir la admisión judicial de cualquier clase de prueba que las partes puedan ofrecer”.²⁵⁵

3. EL ACCESO A LA PRUEBA PERICIAL.

Si bien el derecho a la prueba considera entre sus facultades la posibilidad de los intervinientes de proponerla (u ofrecerla, conforme se expuso sobre las fases de la actividad probatoria), las posibilidades de producirla distan de ser equivalentes al analizar los medios probatorios disponibles para los intervinientes.

Especialmente en lo que respecta a la prueba pericial, anteriormente se trató acerca de los costos asociados a su producción, reconociendo que la prueba pericial se caracterizaba por tratarse de una de tipo costosa.

En otros términos, se expuso que éste medio probatorio requería recursos suficientes (generalmente elevados), tanto para producir el conocimiento experto, como para aprehenderlo (o introducirlo) y resolverlo en el contexto judicial.

3.1 Problemáticas en torno a los auxiliares de la función investigadora.

Conforme se ha expuesto a lo largo de este trabajo, en la dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delito, el Ministerio Público, conforme lo faculta el artículo 321 del Código procesal penal, está habilitado para presentar como

²⁵⁵ Sentencia de la Segunda Sala de la Corte Suprema, de fecha 15 de marzo de 2016. ROL: 171-2016. Considerando onceavo.

peritos a los miembros de los organismos técnicos que le prestaren auxilio en su función investigadora.

El propio código reconoce que estos organismos auxiliares pueden pertenecer a la policía, al propio Ministerio Público o a otros organismos estatales especializados en tales funciones.

Entre los organismos auxiliares del Ministerio Público que pueden proporcionar conocimientos especializados de una determinada ciencia, arte u oficio, es posible reconocer al Servicio Médico legal, los Servicios de Asistencia Pública, el Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones de Chile, el Laboratorio de Criminalística de Carabineros, el GOPE o Grupo de Operaciones Especiales de Carabineros, el centro de Atención de Víctimas de Atentados Sexuales, el Instituto de Criminología y las respectivas unidades especializadas pertenecientes a la Policía de Investigaciones.

En Chile, entre las agencias públicas que cumplen la función de aportar prueba pericial a los procesos penales se ha reconocido que los recursos técnicos para la realización de las pericias son insuficientes.²⁵⁶

Entre los factores que explicarían la falta de recursos técnicos entre las instituciones auxiliares del Ministerio Público se ha indicado la falta de insumos, el equipamiento precario de algunos laboratorios (haciendo necesario derivar ciertas diligencias a otros laboratorios de capitales regionales) y la necesidad de mejora de los sistemas de informática.²⁵⁷

Por su parte, la dotación de personal de las instituciones auxiliares de investigación, así como la falta de especialización y la fuga de profesionales tanto a

²⁵⁶ Chile. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2016. *Evaluación de la Reforma Procesal Penal a diez años de su implementación en todo el país. Informe Final*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Pp. 120 y siguientes. [en línea] [<biblioteca.digital.gob.cl/bitstream/handle/123456789/660/inf.%20Final_Est.%20Evaluación%20RPP.pdf?sequence=1&isAllowed=y>](http://biblioteca.digital.gob.cl/bitstream/handle/123456789/660/inf.%20Final_Est.%20Evaluación%20RPP.pdf?sequence=1&isAllowed=y) [consulta: 10 septiembre 2018]

²⁵⁷ Mediante entrevista efectuada a operadores de la Policía de Investigaciones de Antofagasta se logró recabar relatos que reconocían la situación en los siguientes términos: ““nosotros tenemos un laboratorio, pero es un laboratorio que no cuenta con todas las secciones y eso nos obliga a mandar evidencia a Iquique y La Serena que son laboratorios más completos””. Ibid. Pp. 120.

otras especialidades como al sector privado por falta de incentivos de permanencia también constituye un problema para el curso de los requerimientos por pericias, atendida la alta demanda por pronunciamientos técnicos existente en nuestro sistema.²⁵⁸

En una nota de prensa del año 2014 se entrevistó al entonces presidente de la asociación de funcionarios del Servicio Médico Legal, quien señaló que “para tener un perito, un psiquiatra, un psicólogo, un perito que venga a trabajar, necesitas aumentarle las remuneraciones, porque un perito acá, en el Servicio, gana un millón 200 mil pesos y afuera saca 4, 5 millones, ¿adónde irías tú?, afuera, entonces no incentivas al perito a que entre acá.”²⁵⁹

Factores como los expuestos constituyen de ordinario un retraso importante en el plazo para cumplir con el requerimiento pericial²⁶⁰, especialmente teniendo en cuenta que, conforme a estadísticas del Centro de estudios de justicia de las Américas, en nuestro país existe un porcentaje considerable de ofrecimiento de prueba pericial,

²⁵⁸ De acuerdo a estadísticas, durante el año 2015 las instituciones policiales produjeron un total de 61.680 dictámenes periciales, carabineros de Chile un total de 25.728, el servicio médico legal un total de 238.246, y los institutos de salud pública, 27.737. Duce Julio, M. 2018. *Una aproximación empírica al uso y prácticas de la prueba pericial en el proceso penal Chileno a la luz de su impacto en los errores del sistema*. En: Revista de Política Criminal. Vol. 13. N°25.

²⁵⁹ Radio.Uchile.cl “Falta de recursos y de personal complican al Servicio Médico Legal”. 20 de junio de 2014. [en línea] <www.radio.uchile.cl/2014/06/20/falta-de-recursos-y-de-personal-complican-al-servicio-medico-legal> [consulta: 6 de septiembre 2018].

²⁶⁰ Según evaluación del CEJA, en el caso de la Bioquímica, la duración promedio de tiempo de espera de los resultados de las pericias en el año 2006 era de 11,23 días, mientras que en el año 2015 incrementó a 34,9. Cabe reconocer que en materias de tanatología, lesionología, sexología, genética y psiquiatría, los tiempos de demora han demostrado bajas, no obstante la generalizada demora que representan, hecho que constituye un problema en el avance de los procesos investigativos, en el desarrollo de las audiencias y en la vigencia de derechos fundamentales como el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable. En este último sentido se ha pronunciado Mauricio Duce, indicando que de acuerdo a informes de Carabineros, el promedio en días que tomó la elaboración de peritajes de informática fue de 115 días, en delitos de incendio 97 y en genética y biología forense 95; por su parte, según la PDI los tiempos de demora en la producción de pericias en la Región Metropolitana fueron de 155 para info-ingeniería, 126 en bioquímica y biología, 94 en paisajismo y urbanismo, y 74 en dibujo y planimetría, mencionando como dato aparte el caso de peritajes psicológicos sobre niños, que han demostrado una tardanza de cerca de dos años. Duce Julio, M. 2018. *Una aproximación empírica al uso y prácticas de la prueba pericial en el proceso penal Chileno a la luz de su impacto en los errores del sistema*. En: Revista de Política Criminal. Vol. 13. N°25. Pp. 86, y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2016. *Evaluación de la Reforma Procesal Penal a diez años de su implementación en todo el país. Informe Final*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

observando que el Ministerio Público se valió de este medio en un 28% de los casos muestreados.

Considerando la naturaleza pública de las instituciones colaborativas del Ministerio Público, la problemática asume un carácter político, implicando consideraciones presupuestarias en torno a la focalización de los recursos fiscales.

Por su parte, otra situación más preocupante consiste en la discriminación reconocida a nivel de Fiscalías respecto a los requerimientos de producción de prueba pericial.

Según se ha evidenciado²⁶¹, entre los requerimientos de prueba pericial formulados por el Ministerio Público existiría una focalización prioritaria en aquellos delitos que afecten bienes de alta connotación pública o de mayor relevancia por la gravedad de estos.

Dicha circunstancia implicaría el riesgo de que los criterios de requerimiento y producción de prueba pericial queden “a merced de las presiones mediáticas o de ciertos grupos con capacidad de influir significativamente en el rumbo de las investigaciones”.²⁶²

En este contexto se abrirían serios márgenes para la configuración de eventuales vulneraciones a derechos constitucionalmente consagrados en el marco del justo y debido proceso penal.

Ello teniendo presente que la función persecutoria en nuestro país es llevada a cabo de manera exclusiva y centralizada por el Ministerio Público, motivada por el

²⁶¹ Ibid. Pp. 126

²⁶² Sobre este punto, Jaime Winter ha evidenciado la constatación práctica relativa a que, a nivel nacional, una investigación en materia penal se inicia principalmente debido a la presión pública. El autor ilustra su afirmación citando los casos de colusión de farmacias y lucro en la educación como ejemplos de aplicación de criterios selectivos en torno a la investigación conforme a la “mediatización” de sus resultados. Respecto a investigaciones iniciadas por “lucro en la educación superior” el autor señala la persecución de hechos que, no obstante desmerecer sanción penal, sí implicaban una presión mediática que motivaba la persecución sobre otros ilícitos alejados de los hechos centrales de la investigación, a objeto de contar con alternativas penales para satisfacer a la opinión pública, como son el fraude al fisco, el lavado de activos o la comisión de delitos tributarios. Winter Etcheberry, J. 2013. *Derecho Penal e Impunidad Empresarial en Chile*. En: Revista de Estudios de la Justicia N°19. Universidad de Chile.

principio de legalidad, que por regla general obliga al ente persecutor a promover y proseguir la acción. Por el contrario, la aplicación de criterios selectivos o derechamente discriminatorios en el requerimiento de pericias conforme a estándares mediáticos vedaría de la posibilidad de recurrir a este medio de prueba a intervinientes en casos de menor repercusión social o quantum de sanción involucrado en los hechos, incidiendo en la capacidad de defensa de derechos tanto de víctimas como de imputados en la investigación de delitos que no susciten una probable exposición mediática.

3.2 Artículo 314 C.P.P. Desigualdad de armas y de *expertiz*.

En una carta publicada en medios nacionales²⁶³, los padres de un menor fallecido a causa de hipocalcemia (trastorno del metabolismo producido por una baja concentración de potasio en la sangre), refiriéndose al actuar de los jueces de instancia que no tuvieron por acreditada la relación causal entre el consumo del suplemento alimenticio “ADN Nutricomp” y la muerte de su hijo, expresaron:

“¿cuáles fueron los criterios utilizados por los jueces para ser incapaces de relacionar la causalidad entre el consumo de los productos defectuosos y la muerte y enfermedad de las personas? (...) lo que resulta evidente para la comunidad científica médica, incluido el Ministro de Salud y la sociedad chilena en su conjunto, no lo fue para los cuatro jueces. Además de ser un atentado contra la salud pública lo antes expuesto es un atentado contra la inteligencia y formación de muchos connacionales expertos, incluyendo [al] Presidente del Colegio Médico de Chile, quienes testificaron voluntaria y gratuitamente respecto a la directa causalidad entre el consumo de dichos productos y los problemas antes expuestos, validando, por el contrario, la opinión de un par de expertos extranjeros, traídos a Chile y financiados por el propio Laboratorio B. Braun”

²⁶³ Theclinic.cl. “Caso ADN: carta abierta de los padres del menor fallecido Maximiliano Trey Pérez”. 5 de Julio de 2012. [en línea] <www.theclinic.cl/2012/07/05/caso-adn-carta-abierta-de-los-padres-del-menor-fallecido-maximiliano-trey-perez> [consulta: 11 de septiembre 2018].

A pesar de haberse acreditado que el producto citado no tenía la cantidad de potasio que debía tener y que anunciaba, que muchas personas que lo consumieron presentaron hipocalemia, y que varias de esas personas murieron, en el fallo del recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia²⁶⁴, la Corte Suprema (tal como el tribunal de instancia) descartó la existencia de causalidad entre el consumo del ADN defectuoso y la hipocalemia de que padecieron las víctimas.

Conforme con la incorporación de 75 informes periciales de más de 880 páginas ofrecidos por la defensa de 5 imputados dependientes de la empresa laboratorista, la Corte determinó que existía en las víctimas la preexistencia de condiciones y causas “no precisadas” que desencadenaron la enfermedad, condenando en definitiva a los dependientes de la empresa fabricante del producto por un delito de peligro en contra del bien jurídico salud pública, y no por causar la muerte (dolosa o culposamente) de las víctimas.

El caso indicado puede ser descriptivo de varios de los puntos examinados en este trabajo.

A lo largo de su desarrollo se ha sostenido que el artículo 314 del código procesal penal, junto con incorporar la procedencia del informe de peritos al desarrollo del proceso penal, primero por la vía de su ofrecimiento ante el juzgado de garantía y, posteriormente por su rendición -eventual- ante el tribunal oral en lo penal conforme a las reglas del juicio oral, reconoce la naturaleza del dictamen pericial como medio probatorio, en tanto instrumento disponible a los intervinientes a fin de probar un punto, a su costa.

Al respecto se han advertido las maniobras de control que sobre los medios probatorios les cabe a las partes en los sistemas procesales de tipo adversarial, propiciando cierta utilización estratégica de los elementos de prueba disponibles para ser ofrecidos a juicio.

También se ha reconocido que la magnitud de contenido técnico obtenido a través realización de un peritaje necesariamente habrá de implicar la inversión de una

²⁶⁴ Sentencia de la Segunda Sala de la Corte Suprema, de fecha 27 de diciembre de 2012, en causa Rol: 6831-2012.

gran cantidad de recursos a fin de solventar los gastos en que se incurra tanto en su producción como en su incorporación a juicio. Esta “elitización” de la prueba pericial ha sido observada por Javier Hernández García, a propósito del rol que desempeña el juez que se enfrenta a la prueba científica en la determinación y traslación social de un conocimiento atrapado por una elite social conformada exclusivamente por científicos y por las empresas o grupos económicos que patrocinan las investigaciones.²⁶⁵

Por último, es posible advertir que la concurrencia de factores de valoración individual en el especialista encargado de llevar a cabo el dictamen, tales como su reconocimiento profesional, certificación o método utilizado, podrían llegar a incrementar los costos asociados a su acceso.

Teniendo ello presente, intuitivamente es posible deducir que la capacidad de defensa que cada interviniente detente especialmente en juicios donde se ventilen conocimientos de tipo experto puede ser condicionada a la suficiencia de los recursos disponibles para costear la producción de una prueba pericial de calidad.

Reconociendo la problemática expuesta anteriormente en torno a la capacidad estatal disponible para solventar el acceso a la producción de pericias mediante la participación de los organismos auxiliares del Ministerio Público, resulta válido llamar la atención acerca de los eventuales niveles de desigualdad que el acceso a la prueba pericial represente, en términos de reconocer cuáles son las posibilidades concretas de costear la realización de peritajes por cada interviniente en juicio (o, en términos privados, de “contratar un perito”).

Acerca de la comisión de delitos “de cuello blanco”, en Estados Unidos, el sociólogo estadounidense Edwin Sutherland ha descrito que “mientras que los crímenes de la clase baja son manejados por policías, fiscales, y jueces, con sanciones penales, en forma de multas, prisión y muerte, los crímenes de las clases altas no resultan en ninguna acción oficial, o resultan en demandas por daños en cortes civiles, o son manejados por inspectores y por juntas administrativas o comisiones, con

²⁶⁵ Hernández García, J. 2005. *Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y como puede valorarse por los jueces?* En: Revista Jueces para la Democracia. N°54. Madrid, España.

sanciones penales en forma de advertencias, órdenes de cese y desistimiento, ocasionalmente la pérdida de una licencia, y sólo en casos extremos en multas o penas de prisión.”²⁶⁶ Pues bien, la capacidad de acceso que detenten los intervinientes del proceso frente a los medios de prueba disponibles para conformar un determinado grado de convencimiento en el juez puede constituir una causa de dicha reflexión.

La doctrina ha aludido al concepto “igualdad de armas” para caracterizar las limitantes procesales fundadas en la condición de desigualdad que se manifiestan “tanto en las restricciones para acceder a la justicia como en los problemas que encuentran los contrincantes al litigar, ya sea en el soporte técnico de su diferencia debido a la asistencia letrada o al costo de llevar adelante determinadas pruebas, o, simplemente, por estar colocadas en una objetiva desventaja.”²⁶⁷

El problema puede ser formulado conceptualmente, atendiendo a los principios que inspiran la conformación de los sistemas procesales. En esta línea, la doctrina procesal²⁶⁸ ha reconocido que su rama de estudio se ocupó tanto de resguardar y proteger el bien denominado libertad, en todas sus formas y expresiones, que olvidó que muchas veces este ideal no alcanza cuando las partes que son beneficiadas por él no se encuentran en igualdad de condiciones, olvidando, incluso, que lo libre, lógico, razonable e incluso justo, puede no ser equitativo.

Así, se ha argumentado que la igualdad de armas no demanda que se otorgue a las partes una igualdad aritmética, sino una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de su derecho de acción y defensa.²⁶⁹

Considerando que el proceso se constituye como un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia, la Corte Interamericana

²⁶⁶ Sutherland, E. 1940. *White Collar Criminality*. En: “American Sociological Review”. Vol.5 N°1. American Sociological Association.

²⁶⁷ Oteiza, E. 2009. *La carga de la prueba*. En: “La prueba en el proceso judicial”. Rubinzal Culzoni. Santa Fé. Pp. 195-196.

²⁶⁸ Lepore White, I. 2005. *Cargas probatorias dinámicas*. En: “Cargas Probatorias Dinámicas”. Director Jorge W. Peyrano. Buenos Aires, Argentina Pp. 143.

²⁶⁹ Couture, E. 2010. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4ª ed. Editorial Metropolitana. Pp. 152.

de Derechos Humanos ha sostenido que el principio de igualdad de armas debe reconocerse entre los elementos integrantes de la garantía del debido proceso legal.

Ello por cuanto durante el proceso es frecuente que “la disímil situación social o económica de las partes litigantes impacte en una desigual posibilidad de defensa en juicio”.²⁷⁰

Tras reconocer la entidad del principio, la Corte Interamericana ha postulado que la presencia de condiciones de desigualdad obliga a los Estados a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.

Esto pues, de no existir esos medios de compensación, “difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”.²⁷¹

De lo expuesto cabe concluir que la serie de desventajas que se manifiestan en la obtención de ciertos medios de prueba, y particularmente en la producción de prueba pericial altamente calificada, obligan a cuestionar la igualdad de medios con que cuentan los intervinientes en procesos que involucren un alto componente técnico, desde que se asume que su incorporación a juicio, a diferencia de otros medios de prueba, puede resultar altamente costosa.

Ello por cuanto al establecerse una lógica de pertenencia de los medios de prueba para cada interviniente (como la dispuesta por el código procesal penal al hacer procedente el ofrecimiento de peritos “de confianza” de los intervinientes), “son las

²⁷⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2007. *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*. En: Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos. [en línea] <https://www.cidh.oas.org/countryrep/AccesoDESC07sp/Accessodesciv.sp.htm#_ftn131> [consulta: 12 septiembre 2018].

²⁷¹ Ídem.

partes las que deciden si quieren llevar o no a un perito a juicio y a qué perito concreto”.²⁷²

Dicha iniciativa queda -en todo caso- sujeta a los recursos con que los intervinientes cuentan para producir el conocimiento experto e incorporarlo a juicio.

La problemática puede tornarse más seria si se considera la existencia de desigualdades en los criterios de selección de producción de prueba pericial formulados a los organismos colaboradores del órgano persecutor, careciendo en definitiva de un parámetro sistemático, uniforme y objetivo capaz de estructurar un orden prelativo para la realización de pericias.²⁷³

Conforme a ello, sería útil reflexionar acerca de la deseabilidad de la integración de criterios de equidad a la ordenación de los procesos probatorios, a fin de alcanzar cierto equilibrio en torno al acceso a los instrumentos -y específicamente la prueba pericial- disponibles para la acreditación de hechos, permitiendo equiparar las “armas” con que podrá contar cada interviniente en juicio.

3.3 Morigeración del perito de parte. Beneficios de un sistema pericial coadyuvante.

Mirjan Damaska ha reconocido al fenómeno de asimetría cognoscitiva existente entre un perito y un operador jurídico como un problema de relación entre dos culturas.²⁷⁴

Ello por cuanto la imposibilidad de contar con un juez “epistémicamente ideal”²⁷⁵, especialista en cada disciplina que se ventile en el proceso, implicaría que el sistema procesal requiera de asesoría técnica especializada a fin de proporcionar a

²⁷² En el sentido contrario: Duce Julio, M. 2005. *La Prueba pericial y su admisibilidad a juicio oral en el nuevo proceso penal*. En: Revista Procesal Penal N°35. 11-45. Lexis Nexis. Santiago. Pp. 22

²⁷³ Chile. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2016. *Evaluación de la Reforma Procesal Penal a diez años de su implementación en todo el país. Informe Final*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Pp. 126

²⁷⁴ Damaska, M. 1997. *Evidence law adrift*. New Heaven-London. Pp. 33 y siguientes.

²⁷⁵ En España, Vázquez Sotelo ha ilustrado la idea del juez ideal señalando que el juez ideal del proceso que se trate de envenenamiento, debería ser un experto en toxicología, en el caso que se trate de falsificación, debería ser un experto en grafología, al paso de que si se trata de los daños de un edificio, debería ser un experto arquitecto o ingeniero. Vázquez Sotelo, J. L. 1984. *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*. Barcelona: José María Bosch.

sus operadores las condiciones epistemológicas mínimas para examinar la validez científica y la seguridad del medio probatorio a que se enfrentan.

Sobre dicha “relación problemática” (decisión judicial y ciencia), Hernández García ha sostenido que entre los factores que favorecerían las posibilidades del juez para incorporar aquellos esquemas racionales que le permitan desarrollar adecuadamente su papel de gatekeeper respecto a la ciencia que pretende acceder al proceso, se encuentra la promoción institucional por la búsqueda de espacios de reflexión pluridisciplinar que permitan, por un lado, el descubrimiento por parte de los jueces y de los científicos de puntos de convergencia comunes y por otro, la superación de los problemas del lenguaje.²⁷⁶

En este sentido, y a fin de evitar la mala aplicación de la prueba científica en los procesos penales y asegurar la producción de una prueba forense estandarizada de certidumbre y calidad, en Estados Unidos el “*innocence Project*” ha apoyado la creación de una entidad de tipo científica, federal e independiente, que promueva la realización de estudios e investigaciones especializadas con el objeto de establecer el grado de validez y confiabilidad de las disciplinas científico-forenses utilizadas en los procesos judiciales, generando un estándar normativo que garantice su uso adecuado.²⁷⁷

En el mismo sentido, a propósito de las posibilidades epistémicas con que cuentan los jueces legos en disciplinas especializadas, Carmen Vásquez ha sostenido que “las propias comunidades expertas deberían decirnos más sobre cómo nuestros jueces pueden obtener mayor información sobre la calidad de las diversas pruebas periciales”, agregando la conveniencia de promover un trabajo colaborativo entre los operadores jurídicos y las sociedades científicas evidenciando que una cuestión indispensable para una adecuada valoración de las disciplinas especializadas en los

²⁷⁶ Hernández García, J. 2005. *Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y como puede valorarse por los jueces?* En: Revista Jueces para la Democracia. N°54. Madrid, España. Pp.76

²⁷⁷ Innocenceproject.org. *Getting it Right: Forensics. Missapplication of Forensic Science*. [en línea] <www.innocenceproject.org/causes/misapplication-forensic-science/> [Consulta: 10 de septiembre 2018]

procesos judiciales es “el acercamiento entre las comunidades expertas (...) en diversos escenarios que permitan un dialogo fructífero entre ambas”.²⁷⁸

Las reflexiones reseñadas coinciden en torno a la promoción de un trabajo en conjunto entre jueces y comunidades expertas que permita proveer los elementos cognoscitivos necesarios para evaluar la calidad de información que reviste un peritaje como elemento de prueba.

Dicho proyecto permitiría a su vez equiparar los estándares con que son evaluados tanto los informes periciales como las garantías que ofrezca el experto que los produce.

En el ámbito nacional, y atento especialmente a los riesgos de parcialidad y sesgos estructurales involucrados en los requerimientos de prueba pericial a instituciones vinculadas jerárquicamente a los órganos de persecución penal, Mauricio Duce ha recomendado la posibilidad de contar con agencias autónomas y especializadas encargadas del trabajo forense que no dependan de las instituciones auxiliares del Ministerio Público.

Según el autor, los órganos encargados de la producción de pericias deberían constituirse deseablemente como sistemas independientes, altamente especializados y coordinados con las comunidades académicas y científicas a fin de asegurar mayores niveles de autonomía, posibilitando el establecimiento de un estándar de calidad equivalente para todos los peritajes que se le encarguen.²⁷⁹

De su propuesta resulta posible concluir que la alternativa de contar con una institución auxiliar, ajena a los intereses de cada litigante en juicio e independiente del órgano persecutor, contribuiría a lograr mayores grados de imparcialidad en términos de garantizar que los testimonios expertos ofrecidos en el proceso no quedarán

²⁷⁸ Vásquez Rojas, C. 2014. *Sobre la cientificidad de la prueba científica en el proceso judicial*. En: Anuario de psicología jurídica. Vol. 24. N°1. Pp. 72.

²⁷⁹ Duce Julio, M. “Laboratorios independientes”. Carta. El Mercurio Legal. 1 de Marzo de 2018. [en línea] <www.derecho.udp.cl/el-mercurio-legal-laboratorios-forenses-independientes-mauricio-duce/> [consulta: 6 de agosto 2018].

condicionados a los intereses de cada interviniente, atendidos los sesgos estructurales que pueden configurarse en torno a las actitudes del perito en juicio.

Bajo su análisis, tanto la aportación de peritos “de parte” como la participación de peritos auxiliares del Ministerio Público afectaría las garantías que la esencia de la función pericial exige. Por el contrario, la posibilidad de contar con una institución como pudiera ser el Ministerio de la Ciencia y Tecnología ofrecería mejores condiciones para llevar a cabo labor forense, permitiendo elaborar un estándar imparcial y equivalente para todos los peritajes que se le encarguen, idealmente menos expuesto a sesgos que incidan en los dictámenes que emitan.

Por su parte, la existencia de una institución técnica e independiente en calidad de asesora, a la vez que promueve la imparcialidad del dictamen pericial, tiende a favorecer la estandarización de los métodos aplicados en cada disciplina. Ello, por ejemplo, por la vía de mecanismos de control aplicados respecto de los procedimientos llevados a cabo por los sujetos u organismos productores de prueba pericial a través de certificación estatal, homologando el estándar de fiabilidad de los dictámenes periciales disponibles para ser ofrecidos a juicio.

A modo ejemplar, en España, la Comisión Nacional para el uso forense del ADN (*CNUFADN*), órgano regulador y coordinador adscrito al Ministerio de Justicia español y creado mediante Real Decreto N°1.977 del año 2008, anualmente lleva a cabo una recopilación de información relativa al estado de acreditación de todos los laboratorios españoles que desarrollan su actividad emitiendo dictámenes periciales a los tribunales de justicia en el ámbito de la genética forense. Así, tras la evaluación de la información aportada mediante la verificación de requisitos tendientes a la acreditación de la calidad y fiabilidad de los análisis (como la superación de ejercicios de control interlaboratorio organizados a nivel internacional y la certificación ante la entidad nacional de acreditación a fin de evaluar el cumplimiento del estándar ISO IEC 17.025) se dicta un catálogo público y virtualmente accesible, mediante el cual se informa acerca de las entidades que efectivamente cumplen con el acuerdo de “acreditación y control de calidad de los laboratorios de genética forense”, permitiendo de este modo

contar con una institución competente para conceder la acreditación estandarizada de análisis biológico para uso forense.²⁸⁰

Por último, Carmen Vásquez ha planteado derechamente la posibilidad de admitir la participación en audiencia de peritos de parte y de peritos asesores especializados del juez. Ello en consonancia con la participación de peritos que coadyuven de manera directa e imparcial al tribunal, posibilitando la realización de un contradictorio técnicamente adecuado.²⁸¹

En este sentido ha concluido la deseabilidad de la conformación de listados de peritos judiciales sujetos a un control selectivo previo (en desmedro de listas por sorteo o aleatorias), imponiendo la obligación a quien conforme el listado de controlar la calidad y promover la incorporación de los mejores expertos posibles.

En definitiva, conforme a su análisis, el perito más adecuado para satisfacer las necesidades epistémicas concretas habrá de ser seleccionado en conformidad a una valoración que le corresponderá realizar al juzgador, según lo exija el debate técnico suscitado en cada caso particular.

²⁸⁰ Alonso, A. 2014. *ADN y proceso penal en España. La labor de la comisión nacional para el uso forense del ADN*. En: La prueba de ADN en el proceso penal. Tirant Lo Blanch. Juan Luis Gómez Colomer (coord.)

²⁸¹ Vásquez Rojas, M. 2014. *La prueba pericial. Entre la deferencia y la educación*. Tesis doctoral. Universitat de Girona. Pp. 382-389

CONCLUSIONES

- La participación del experto en el contexto jurídico procesal ha existido desde los inicios de la civilización. Su intervención en el ámbito judicial ha evolucionado conforme con el desarrollo de la cultura y la sociedad en general.
- A nivel elemental, la característica esencial del perito dice relación con el mayor grado de sabiduría, práctica, experiencia y/o habilidad que detenta en una disciplina, bien sea esta una ciencia, un arte o un oficio.
- Dicho estándar superior de conocimiento fundamenta su participación en juicio respecto a aclaraciones acerca de hechos que requieran un pronunciamiento especial por cuanto exceden el acervo cultural del juez.
- En nuestro sistema procesal, la incorporación del experto a un entramado de reglas procedimentales tuvo lugar en un comienzo bajo el marco del antiguo código de procedimiento penal, donde el perito participaba en calidad de asesor intermediario del juez conforme a los principios de un sistema inquisitivo.
- Con el tiempo, su figura se erigió como un medio probatorio disponible para ser ofrecido por los intervinientes conforme a las reglas del nuevo código procesal penal, cuerpo legal inspirado bajo los principios de un sistema acusatorio.
- Con todo, la naturaleza de su participación a lo largo de las distintas fases de desarrollo del proceso penal nacional no puede pensarse de manera excluyente. No obstante, tanto en consideración de la práctica como de la evolución legal, se reconoce cierta inclinación en torno a la definición de su naturaleza como un medio probatorio.
- Conforme al alto grado de desarrollo científico y tecnológico actual, la prueba pericial científica constituye hoy en día un medio probatorio de uso frecuente en los sistemas procesales contemporáneos.

- Dicho fenómeno ha generado la masificación tanto de la producción de informes periciales como de su ofrecimiento a las audiencias de preparación de juicio oral.
- En aquellos sistemas procesales de tipo adversarial en que predomina la disponibilidad de medios probatorios como “propiedad” de quien los ofrece, se incentiva una utilización estratégica de los elementos de prueba, que determina su estructura funcional en torno a una función persuasiva, en desmedro de la función que vela por una objetiva reconstrucción cognoscitiva de los hechos.
- Atendida la autoridad que representa el discurso científico, el fenómeno de mayor demanda de informes periciales trae aparejado el riesgo de producción de ciencia basura, término acuñado por la doctrina comparada y que podemos definir como aquella que no satisface los estándares de objetividad y racionalidad mínimos para constituir el carácter de ciencia y en cuya producción no se verifican métodos de calidad y confiabilidad suficientes.
- Tanto el informe pericial como la declaración del perito pueden examinarse bajo factores de diversa índole. Una evaluación objetiva dirá relación con la sujeción a los procedimientos, reglas y principios de la disciplina sobre la cual versa el informe. En tanto que una apreciación subjetiva, particularmente importante respecto de la prueba pericial en tanto esta se caracteriza por ofrecer un componente de *expertise* profesional adicional, dirá relación con los factores que modulan la evaluación personal del experto.
- La evaluación personal del perito no encuentra regulación exhaustiva a nivel legal. El código procesal penal se limita a exigir comprobantes que acrediten garantías de su seriedad y profesionalismo.

- Entre los factores de evaluación personal del perito que modulan el valor de su participación en juicio es posible reconocer estándares de idoneidad, confiabilidad profesional, certificación e imparcialidad.
- El conocimiento experto es valorado conforme a los altos grados de especialización que detentan los peritos, quienes deben ser remunerados por el interviniente que ofrece su incorporación a juicio. Por su parte, la internalización de un conocimiento extrajurídico al contexto procesal implica un costo marginal adicional. En consecuencia, la producción de informes periciales se caracteriza por su alto costo.
- A raíz del alto costo que conlleva la producción de informes periciales, se constata cierto desequilibrio en torno el acceso de los litigantes al conocimiento de experto.
- Dicho fenómeno decanta en una desigual capacidad de acción y defensa disponible a cada interviniente en cuanto a las posibilidades de prevaler su asistencia letrada de un soporte técnico suficiente o debido al costo de llevar adelante determinadas pruebas. De este modo, la disímil situación social o económica de las partes litigantes impacta en una desigual posibilidad de defensa en juicio.
- La integración de criterios de equidad a la ordenación de los procesos probatorios, a fin de alcanzar cierto equilibrio en torno al acceso a los instrumentos probatorios, constituye una reflexión pendiente y necesaria para equiparar las armas con que cuenta cada interviniente en juicio.
- Con el propósito de resguardar la calidad de la prueba científica y pericial la doctrina comparada y nacional ha sugerido la promoción de un trabajo conjunto entre jueces y comunidades expertas que permita proveer los elementos cognoscitivos necesarios para evaluar la calidad de información que reviste un

peritaje como elemento de prueba. En el mismo sentido, se ha formulado la posibilidad de contar con una institución independiente capaz de elaborar estándares imparciales y equivalentes para todos los peritajes que se le encarguen, o bien capaz de funcionar como mecanismo de control respecto de los procedimientos llevados a cabo por otros sujetos u organismos productores de prueba pericial.

BIBLIOGRAFÍA.

A

- Accatino, D. 2011. *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de prueba penal*. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N°37. (483-511). Valparaíso, Chile.
- Agazzi, E., Artigas, M., & Radnitzky, G. 1986. *La fiabilidad de la ciencia*. En: Revista Investigación y Ciencia. Edición Española de Scientific American.
- Aguirrezabal Grünstein, M. 2011. *La imparcialidad del dictamen pericial como elemento del debido proceso*. Revista Chilena de Derecho (38)2. Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Aldunate Lizana, E., 2008. *Derechos fundamentales*. Thomson Reuters.
- Alonso, A. 2014. *ADN y proceso penal en España. La labor de la comisión nacional para el uso forense del ADN*. En: La prueba de ADN en el proceso penal. Tirant Lo Blanch. Juan Luis Gómez Colomer (coord.)
- Argüello, L. 2004. *Manual de Derecho Romano*. 3ª. Ed. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Aylwin Azócar, & Picand Albónico. 2005. *El juicio arbitral*. 5ª.ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- Asociación de Arquitectos Tasadores de Chile A.G. 2016. “¿Cómo tasar una obra de arte?”. [en línea] <www.asatch.cl/como-tasar-una-obra-de-arte/>

B

- Bamberger, A. “*Articles for Collectors: How to Collect Art. Articles and News*”. San Francisco, California. [en línea] <www.artbusiness.com/collectors.html>

- Bacon, F. 1985. *La gran restauración (Novum organum)*. (Trad. Miguel Granada). Ed. Alianza. Madrid.
- Baytelman, A. & Duce, M. *Litigación penal. Juicio Oral y Prueba*. Reimpresión. Grupo Editorial Ibáñez.
- Blanco, R. et. Al. 2005. *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*. 1ª.ed. Lexis Nexis. Universidad Alberto Hurtado.
- Bramley, R. 2002. *Quality in the laboratory*. En: Science & justice. Volume 43. N°2. (104-108)
- Bofill, J. 2002. *Preparación del juicio oral*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 29. N°2 (273-281). Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Bunge, M. 2013. *La ciencia: Su método y su filosofía*. 1ª ed. Biblioteca Bunge. Pamplona: Laetoli.

C

- Carme Sans, M. 1998. "Las normas ISO". En: Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales. N°129. Universidad de Barcelona.
- Cabezudo, M. J. 2014. "¿Es infalible la prueba pericial de ADN?: planteamiento de la cuestión." En: Revista de Derecho y Genoma Humano. Número extraordinario. Jornadas del XX aniversario. España.
- Carnelutti, F. 1982. *La Prueba Civil*. Depalma. 2ª. Ed. Buenos Aires, Argentina.
- Caselaw.com. Daubert. V. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. (1993). United States Supreme Court. Decided: June 28, 1993. [en línea] <<http://Caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/509/579.html>>

- Coloma, R. et. Al. 2010. “*Nueve jueces entran en diálogo con nueve hipótesis acerca de la prueba de los hechos en el contexto penal*”. En: Revista Ius et Praxis, año 16. N°2, (3-56). Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- Coloma, R., & Agüero, C. 2014. “*Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba*”. En: Revista Chilena de Derecho. Vol.41. N°2. (673-703) Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Cordero Vega, L. 2015. *Lecciones de derecho administrativo* (1ª. ed.) Legal Publishing Thomson Reuters. Santiago, Chile.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva N°18/03.
- Couture, E. 1958. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª. Ed. Buenos Aires: Depalma.
- Couture, E. & Sánchez Fontán. 1960. Vocabulario jurídico: Con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo. Montevideo: Bianchi Altuna.
- Couture, E. 2010. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4ª ed. Editorial Metropolitana.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2007. “*El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*.” En: Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos.
- Crespillo Márquez, M. et. Al. 2017. “*La importancia de garantizar la calidad y minimizar los riesgos de contaminación en el análisis genético forense*”. En: Revista Española de Medicina Legal. N°43(1): 20-25.
- Cristi, & Ruiz-Tagle Vial. 2006. *La república en Chile: Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*. 1ª. Ed. Ciencias Humanas. Santiago de Chile. LOM Ediciones.

D

- Damaska, M. 2015. *El derecho probatorio a la deriva (Proceso y derecho)*. (Trad. Picó i Junoy, J.) Madrid. Marcial Pons.
- Del Castillo, A.S., & Sardi, N. 2011. "Las normas ISO y el concepto de calidad aplicado a los servicios médicos en anestesiología." En: Revista Colombiana de Anestesiología. N°40(1) 14-16.
- Denti, V. 1972. *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. N°13-14. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México, México.
- Diaz de León, M. A. 1991. *Tratado sobre las pruebas penales*. 3ª ed. Editorial Porrúa. México.
- Duce Julio, M. 2005. *La Prueba pericial y su admisibilidad a juicio oral en el nuevo proceso penal*. En: Revista Procesal Penal N°35. 11-45. Lexis Nexis. Santiago.
- Duce, M. & Riego, C. 2007. *Proceso penal*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
- Duce Julio, M. 2018. "Una aproximación empírica al uso y prácticas de la prueba pericial en el proceso penal Chileno a la luz de su impacto en los errores del sistema". En: Revista de Política Criminal. Vol. 13. N°25.

E

- Estrampes, M.M. 2003. *La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación*. En: Revista Jueces para la Democracia. N°47. (54-66). Madrid, España.

F

- Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile. 2007. *Manual de Semiología*. [en línea] <<http://publicacionesmedicina.uc.cl/ManualSemiologia/025LaHistoriaClinica.htm>>

- Ferrajoli, L. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. 5ª ed. 2001. Editorial Trotta.

G

- García de Diego, V. 1964. *Diccionario Ilustrado latino-español español latino*. 6ª ed. Barcelona: Bibliograf.
- Gascón Abellán, M. 2010. *Prueba científica. Mitos y paradigmas*. En: Anales de la Cátedra Francisco Suárez, N°44. España.
- Gascón Abellán, M. "Validez y valor de las pruebas científicas: La prueba del ADN." [en línea] <www.uv.es/cefd/15/gascon.pdf>
- Guasp, J. 1968. *Derecho procesal civil*. 3ªed. Editorial de Estudios Políticos, Madrid. España.
- Guzmán, C., & Bonardi, F. 2011. *Manual de Criminalística*. 2ª. Ed. Ampliada y actualizada. Ed. Criminalística. Montevideo-Buenos Aires.
- Gualda, S. 2017. *La pericial psiquiátrica en el procedimiento penal*. En: Anales de Derecho. Vol.35 N°1. Universidad de Murcia, España.
- Gyarmati, G., & Pontificia Universidad Católica de Chile. Comisión Editorial. 1984. *Las profesiones: Dilemas del conocimiento y del poder*. Santiago, Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile.

H

- Hernández García, J. 2005. *Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y como puede valorarse por los jueces?* En: Revista Jueces para la Democracia. N°54. Madrid, España.
- Horvitz Lennon, M. I., & López Masle, J. 2004. *Derecho procesal penal chileno*. Editorial Jurídica de Chile.

- Horvitz Lennon, M.I. 2012. *Seguridad y garantías: Derecho penal y procesal penal de prevención de peligros*. En: Revista de Estudios de la Justicia. N°16. (99-118). Universidad de Chile.
- Hume, D. *“Tratado de la Naturaleza Humana”*. Edición electrónica (2001). Libros en la red. Servicio de publicaciones. Diputación de Albacete. [en línea] <www.dipualba.es/publicaciones/LibrosPapel/LibrosRed/Clasicos/Libros/Hume.pm65.pdf>

I

- Irarrázabal González, P. 2015. *Igualdad en las calles en Chile: el caso del control de identidad*. En: Revista de Política criminal. Vol. 10 N°19, Santiago.
- International Standardization Organization. Online Browsing Platform (OBP). *“ISO 18385:2016(en). Minimizing the risk of human DNA contamination in products used to collect, store and analyze biological material for forensic purposes – Requirements.”* [en línea] <www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:18385:ed-1:v1:en>
- International Standardization Organization. Online Browsing Platform (OBP). *“ISO/IEC 27037:2012(en). Information technology – Security techniques – Guidelines for identification, collection, acquisition and preservation of digital evidence.”* [en línea] <<https://www.iso.org/obp/ui/es/#iso:std:iso-iec:27037:ed-1:v1:en>>

L

- Latorre, A. 2011. *Peritajes psicológicos en violencia de género*. En: Revista de psicología. Vol.1 N°2. Universidad de Viña del Mar.
- Lucena Molina, J.J. Et. Al. 2011. *Elementos para el debate sobre la valoración de la prueba científica en España*. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje. N°2. España. [en línea] <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4403236.pdf>>

M

- Maturana, Cristian. 2009. *Los órganos jurisdiccionales*. Colección de apuntes. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago.
- Maturana Miquel, C. & Montero López, R. 2010. *Derecho procesal penal. Tomo II*. (1ª. Ed., Derecho y proceso). Santiago, Chile: Abeledo Perrot-Legal Publishing.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2016. “*Evaluación de la Reforma Procesal Penal a diez años de su implementación en todo el país. Informe Final*.” Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- Ministerio Público. 2008. *Evaluación pericial psicológica de credibilidad del testimonio*. Fiscalía Nacional. Documento de trabajo interinstitucional. [en línea] <www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=625&pid=60&tid=1>

N

- Núñez Vásquez, J. C. 2003. *Tratado del proceso penal y del juicio oral. Tomo 1*. 1ª.ed. Editorial Jurídica de Chile.
- Núñez Ojeda, R. 1998. *La imparcialidad objetiva del juzgador penal y el principio acusatorio (el caso español)*. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. N°1, T. XCV.

O

- Oteiza, E. 2009. *La carga de la prueba*. En: “La prueba en el proceso judicial”. Rubinzal Culzoni. Santa Fé.

P

- Palomo Rando, J. L., et. Al. 2008. *El médico en el estrado. Recomendaciones para comparecer como perito ante los tribunales*. En: Revista de Medicina Clínica. (Barc.) 2008:130(14).
- Pellegrini, A. 1995. *Pruebas ilícitas*. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 7, N°10. Costa Rica.

- Pérez Soto, C. 1998. *Sobre un concepto histórico de ciencia*. Lom Ediciones. Universidad Arcis.
- Peso Navarro, E. & Fernández Sánchez, C.M. 2001. *Peritajes Informáticos* (2ª. Ed.) Madrid. Díaz de Santos.
- Peyrano, J. W. 2007. “*Sobre la prueba científica*”. En: lus. La Revista. N°35. (108-113). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Picó i Junoy, J. 1996. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: José María Bosch.

R

- Reinerio Carranza, J. 2011. *La prueba pericial judicial en el proceso civil y mercantil*. Trabajo para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. El Salvador. Universidad del Salvador. [en línea] <ri.ues.edu.sv/1764/1/la_prueba_pericial_judicial_en_el_proceso_civil_y_mercantil.pdf>
- Roatta, S., et. Al. “*El tratamiento de la evidencia digital y las normas ISO/IEC 27037:2012*”. Argentina. [en línea] <<http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/50586>>
- Robledo, M.M. 2015. “*La aportación de la prueba pericial científica en el proceso penal*”. Universidad Complutense de Madrid. España. [en línea] <www.uv.es/gicf/2TA1_Robledo_GICF_15.pdf>
- Roxin, C. 2000. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires.
- Ruiz Jaramillo, L.B. 2008. *Valoración de la validez y de la eficacia de la prueba. Aspectos Epistemológicos y filosófico-políticos*. Estud. Derecho Vol. LXV N°146. Medellín, Colombia.

- Ruiz Jaramillo, L.B. 2007. *El derecho a la prueba como un derecho fundamental*. En: Estudios de Derecho. Vol.64 N°143. Universidad de Antioquia. Medellín, Colombia.

S

- Sánchez Rubio, A. 2016. *Ciencia y proceso penal*. Universidad Pablo de Olavide. Sevilla, España.
- Sentís Melendo, S. 1979. *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.
- Silva Melero, V. 1963. *La prueba procesal*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España.
- Soria Verde, M.A., Et. Al. 2010. "El médico como testigo-perito: de la citación a la testificación en el juicio". *Revista de Medicina Clínica (Barc)* 137(10); 464-467.
- Soria, M. L. 2017. *La ciencia forense en proceso de transición*. En: *Revista Española de Medicina Legal*. N°44(3): 108-114.
- Stein, F. 1999. *El conocimiento privado del juez*. Editorial Temis. Bogotá, Colombia.
- Stollberg, C. on Ishinews.com. "ISO 18385: The Creation of a "Forensic Grade" Standard." [en línea] <<http://www.ishinews.com/iso-18385-the-creation-of-a-Forensic-Grade-Standard-2/>>

I

- Taruffo, M. 2005. *Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial*. En: *Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal*. Colombia. Universidad de Medellín.
- Taruffo, Manríquez, Ferrer Beltrán, & Manríquez, Laura E. 2008. *La prueba (Filosofía y derecho)*. Madrid; Barcelona; Buenos Aires. Marcial Pons [Ediciones Jurídicas y Sociales]

- Taruffo, M. & Pinochet Cantwell, F. 2009. *La prueba, artículos y conferencias*. (Monografías jurídicas Universitarias). Santiago de Chile. Editorial Metropolitana.
- Taruffo, M. 2013. *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México.

V

- Valenzuela Saldías, J. 2014. “*Omisión de dar cuenta a la autoridad policial y negativa injustificada a someterse a exámenes corporales desde una perspectiva constitucional y procesal*”. En: Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal. Centro de Documentación. Defensoría Penal Pública. [en línea] <www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/9726-2.pdf>
- Vásquez, C. 2013. *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de Epistemología Jurídica*. Marcial Pons. Madrid.
- Vásquez, C. 2014. “*Sobre la científicidad de la prueba científica en el proceso judicial*.” En: Anuario de psicología jurídica. Vol. 24. N°1.
- Vásquez, C. 2014. *La prueba pericial. Entre la deferencia y la educación*. Tesis doctoral. Universitat de Girona.
- Vásquez, C. 2016. “*La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso Daubert*”. [en línea] <www.academia.edu/28305930/la_prueba_pericial_en_la_experiencia_estadounidense_el_caso_daubert>
- Vásquez Sotelo, J. L. 1984. *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*. Barcelona: José María Bosch.
- Viada Lopez-Puigcerver, C. *Naturaleza jurídica de la pericia*. Universidad de Madrid. España.

W

- Willis, S. 2013. "Accreditation - Straight belt or life jacket. Presentation to forensic science society conference. November 2013". En: Science and Justice N°54. (505-507).
- Winter Etcheberry, J. 2013. *Derecho Penal e Impunidad Empresarial en Chile*. En: Revista de Estudios de la Justicia N°19. Universidad de Chile.

Z

- Zabaleta Ortega, Y. 2017. "La contradicción en materia probatoria, en el marco del proceso penal colombiano". Rev. CES Derecho., 8(1), 172-190. [en línea] <www.scielo.org.co/pdf/cesd/v8n1/v8n1a10.pdf>