



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

“PROBLEMAS DE LA PRUEBA PERICIAL EN EL PROCESO PENAL”

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

Cristián Cheyre Moraga

Nicolás Tomic Pascal.

Profesor guía
Jonatan Valenzuela Saldías

Santiago, Chile

2018

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	P.p. 4
Capítulo I: Consideraciones Previas.	P.p. 6
1. Concepto.	P.p. 6
2. Regulación en nuestro sistema.	P.p. 9
3. Rol de la Ciencia en la prueba pericial o científica.	P.p. 10
Capítulo II: Admisibilidad y valoración de la prueba pericial en el proceso penal.	P.p. 13
1. Admisibilidad de la prueba pericial.	P.p. 13
1.1 La información experta.	P.p. 17
1.2 La admisibilidad según el juzgador de los hechos.	P.p. 17
1.3 La admisibilidad según contexto en que se decide.	P.p. 17
1.4 La admisibilidad atendiendo al perito.	P.p. 18
2. Valoración en nuestro sistema.	P.p. 19
Capítulo III: Problemas en relación a los valores del sistema.	P.p. 21
1.1. Introducción.	P.p. 21
1.2. Riesgo de la sustitución en la prueba pericial.	P.p. 22
1.3. Riesgo del error en la prueba pericial.	P.p. 24
2. Los errores y el Recurso de Revisión	P.p. 25
2.1. El recurso de revisión.	P.p. 25
2.2. Concepto.	P.p. 25
2.3. Fundamentación del recurso.	P.p. 26
2.4. Resoluciones en contra las que procede.	P.p. 27
2.5. Causales del Recurso de Revisión.	P.p. 27
3. Avances en nuestra legislación: Análisis de las pericias mas relevantes.	P.p. 31
3.1. Introducción Ley 19.970.	P.p. 31
3.2. Ley 19.970 y los problemas de la prueba pericial.	P.p. 32

4. La evaluación pericial psicológica de credibilidad de testimonio.	P.p. 35
4.1. Consideraciones Previas	P.p. 35
4.2. Hacia un sistema de evaluación de credibilidad.	P.p. 36
5. Casos relevantes.	P.p. 37
5.1. Proyecto Inocentes.	P.p. 37
5.2. Caso Fernando Vásquez Mamani.	P.p. 39
5.3. Caso Alonso Etcheverría Martínez.	P.p. 39
5.4. Caso C.P.P.F.	P.p. 41
5.5. Caso de Elías Cartes Parra.	P.p. 41
Conclusión.	P.p. 43
Bibliografía.	P.p. 46

INTRODUCCIÓN

Una de las principales formas para probar la veracidad de las afirmaciones de las partes es a través del denominado conocimiento científico, que se materializa generalmente a través de un perito o persona especialmente instruida en cierta materia o arte, que basándose en su conocimiento previamente aprendido emite una opinión ante el marco factico dado.

Cerda San Martín señala, en ese sentido, que el afán que mueve a las partes en procura de sus pretensiones y contra pretensiones y al juez, al momento de decidir, es eminentemente científico, epistemológico, de modo que en el fallo corresponde predicar la verdad o falsedad de su existencia.¹

En la misma línea Cerda San Martín cita al erudito italiano Michelle Taruffo quien ha dedicado parte de sus obras a desarrollar la prueba y sus diferentes alcances. En su libro señala que para Taruffo una decisión judicial justa requiere de tres condiciones, a saber: en primer lugar, que ella sea el resultado de un procedimiento justo aplicado correctamente, pudiendo sostener que es legítima desde el punto de vista formal; en segundo término, que los hechos que respaldan el caso hayan sido establecidos de manera adecuada afirmando que son verdaderos y, finalmente, que se haya efectuado una correcta aplicación de las reglas del derecho que gobiernan el caso particular; la norma aplicada debe adecuarse al caso y debe haber sido correctamente interpretada.²

Dicho lo anterior, en un juicio nos encontramos frente a un juez que, producto de la prueba aportada al proceso, debe decidir aplicando el derecho. Sin embargo ante cualquier decisión que se basa en la prueba pericial, es decir, de la opinión del experto, surgen inevitables cuestionamientos: ¿Es verídica la información en la que basó su decisión?, ¿Por qué decidió decantarse por esa opinión del experto X y no por el de Y?, ¿Cuáles son los requisitos de una prueba para influir de manera tal que lo lleve a decidir de tal manera?, ¿Es imparcial la opinión del perito?, ¿Existe margen de error en la opinión?

Otro elemento que se debe tener en consideración en relación a la situación antes descrita es la existencia de dos tipos de verdades que se enfrentan en un proceso judicial. Tenemos la verdad

¹Cerda San Martín, R. (2010). *Elementos fundamentales de la actividad probatoria*. Santiago: Librotecnia. Pp 21.

² Ídem.

material que es aquella de la que se habla fuera del proceso judicial, que se trata de un enunciado que depende de su correspondencia con el mundo, de la ocurrencia de los hechos cuya existencia se afirme, de la no ocurrencia de los hechos cuya existencia se niegue y en una verdad que se cree inalcanzable. Por otro lado tenemos la verdad formal que es aquella que se obtiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria y que puede coincidir o no con la verdad material. A esta se le atribuye el concepto de verdadera en base a los hechos probados realizada por el juez en la sentencia, tomando esa consideración por el hecho de ser pronunciada por la autoridad³. Dicho lo anterior ¿Existen los medios en Chile para lograr que la verdad material y la verdad formal idealmente coincidan? O más específicamente, y que es la pregunta que pretende responder el presente trabajo ¿Son suficientes en Chile los medios actuales que regulan la prueba pericial para establecer la verdad dentro del proceso judicial?

Obviamente sería irreal proponer que en el presente estudio se respondan las preguntas que se enunciaron anteriormente, sin embargo, nuestro objetivo es poner en la palestra un tema que ha sido poco desarrollado por la doctrina nacional y que tiene gran importancia dentro de cualquier proceso, como es la prueba pericial.

En la presente investigación, dentro del marco del proceso penal, sin perjuicio de ciertos alcances con los procedimientos civiles y de familia cuyos elementos son extensibles a las distintas áreas, donde entregaremos una visión general sobre lo que se entiende por Prueba Pericial, analizaremos el rol de la ciencia, su admisibilidad y valoración que en caso de ser aplicadas de forma óptima, entregan las herramientas y garantías necesarias para que el juez logre llegar al convencimiento y decisión correcta. Intentaremos identificar y desarrollar las principales problemáticas que se generan en torno a la aplicación de la prueba pericial, así como los avances y herramientas con las que cuenta nuestra legislación para hacer frente a esta situación

³Ferrer Beltrán, Jordi (2002) *Prueba y Verdad en el derecho*, Barcelona, Marcial Pons Pp 69.

CAPITULO I: CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Concepto.

Para poder definir de mejor manera lo que entendemos por prueba pericial es necesario, en primer lugar, analizar lo que la doctrina ha entendido por prueba.

Michelle Taruffo ha desarrollado el concepto de prueba no como un concepto cerrado sino que en sus obras intenta abarcar la prueba desde sus diversas acepciones y concepciones. Es por eso que es su literatura la podemos encontrar definida bajo distintos prismas. En primer lugar nos entrega una definición general y descriptiva entendiéndola como el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y de la cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos. Sin embargo el autor sostiene que la prueba judicial se concibe bajo dos concepciones fundamentales.

En primer lugar se concibe la prueba como un instrumento de conocimiento, ofreciendo de esta forma la prueba informaciones relativas a los hechos que deben ser determinados por el proceso como también la falsedad de ciertos enunciados. Por otro lado se concibe a la prueba como un instrumento de persuasión, entendiéndola como una forma de ayudar a establecer la verdad o falsedad de algún hecho específico, siendo por lo tanto, un elemento esencial en la conducción del camino y razonamiento que el juzgador realiza en el proceso. De esta forma se puede definir como verdadero el enunciado del cual el juez está persuadido pero sólo del hecho de que realmente lo este y afirme estarlo.

Para el autor ambas concepciones pueden ser objeto de críticas. Al entender la prueba como un instrumento de persuasión es entender el concepto de prueba parcialmente, entendiéndola del punto de vista del abogado que se presenta en un proceso. Sostiene el autor que ciertamente el juez debe persuadirse del algún modo pero que esa concepción no agota el problema del concepto de prueba. Por esta razón el autor se acerca a la idea de una prueba cognoscitiva, entendiendo que el juez debe fundar sus decisiones exclusivamente en pruebas admisibles que superen un control crítico de las fuentes de su convencimiento, las inferencias que formula de un enunciado fáctico a otro y por la fundamentación de las conclusiones que extrae. Esto

debido a que el juez debe necesariamente fundar sus decisiones bajo informaciones objetivamente controlables y de argumentaciones lógicamente válidas.⁴

Por su parte, la doctrina nacional la define como aquel conjunto de actos procesales que se realizan en el proceso para los efectos de permitir al tribunal alcanzar la verdad acerca de la existencia de ciertos hechos afirmados por las partes y cuyo conocimiento es necesario para la solución justa de un conflicto⁵.

A su vez, dentro del marco penal, la prueba es aquel conjunto de actos procesales que se realizan en el juicio oral, para los efectos de permitir al tribunal alcanzar su convicción fundada y más allá de toda duda razonable, acerca de la verdad en torno a la existencia de los hechos afirmados por las partes que permiten determinar el delito y la participación de un imputado en la sentencia definitiva e imponer, consiguientemente, la pena determinada en la ley.⁶

En relación a la prueba pericial en si misma, como medio de prueba, el profesor opta por abarcarlo en la forma que esta se produce en el proceso, es decir, a través del perito, o para ser más precisos, del informe de peritos. De esta manera señala que el informe de peritos consiste en la opinión escrita emitida en un proceso, por una que posee conocimientos especiales de alguna ciencia o arte, acerca de un hecho sustancial, pertinente y controvertido o de alguna circunstancia necesaria para la adecuada resolución de un asunto.

Mauricio Duce define al perito como aquellas personas que cuentan con una experticia especial en un área de conocimiento derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes y del ejercicio de determinado oficio⁷. Por su parte Maturana sostiene que el perito se define como aquella persona natural que, con motivo del ejercicio de una función pública o a raíz del ejercicio de su actividad privada, es llamado a deponer en el juicio sobre hechos relativos a su ciencia, arte o practica para ilustrar en mejor forma a los jueces en materias ajenas a su conocimiento jurídico, respecto de los cuales ha emitido un informe o dictamen previo.

⁴Taruffo, Michelle (2009). *La prueba: Artículos y Conferencias*. Editorial Metropolitana. Santiago. Pp 59.

⁵Maturana Miquel, Cristian- Montero López, Raúl, (2010). *Derecho Procesal Penal*. Legal Publishing: Santiago. Pp 759.

⁶ Ibidem Pp 769.

⁷Duce, Mauricio. (2013). "La prueba pericial" Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot. Pp 29

Por último, y con el objeto establecer este concepto para así poder diferenciarlo del testigo es necesario observar un paralelo confeccionado por los profesores Cristián Maturana y Raúl Montero en su manual de Derecho Procesal Penal, en el cual mencionan los siguientes puntos diferenciadores:

1. *“El testigo para serlo requiere no estar afectado por alguna inhabilidad en materia civil. El perito además de no estar afectado por alguna inhabilidad requiere, además, poseer algún conocimiento de ciencia, arte o técnica y no estar afectado por alguna causal de implicancia o recusación.*
2. *El testigo conoce los hechos con anterioridad al juicio; el perito los conoce con motivo del juicio. En este sentido se dice que los testigos no son fungibles, al no poder ser reemplazados por cualquier otra persona en cuanto al conocimiento que posee de los hechos. En cambio, los peritos son fungibles, puesto que ellos conocen de los hechos con motivo del proceso, por lo que el informe que se les requiere puede ser emitido por cualquier otra persona que posea los conocimientos científicos o técnicos para apreciarlos.*
3. *El juramento que presta uno y otro es diferente. El testigo jura decir la verdad de lo que se le va a preguntar; en cambio, el perito jura desempeñar fielmente el cargo que se le ha encomendado.*
4. *El testigo nunca declara acerca del derecho. En cambio, el perito puede efectuar informes acerca del derecho extranjero.*
5. *Finalmente, se señala que la nota diferencial entre el testimonio y la pericia ha de buscarse no en la estructura sino en la función; el testigo tiene en el proceso una función pasiva y el perito, activa; el testigo está en 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 a servirse del que encuentra”⁸.*

Por último, el profesor Mauricio Duce señala que lo que distingue al perito de un testigo es que el perito es llamado al juicio para declarar algo para lo cual su experticia es un

⁸ Maturana Miquel, Cristian- Montero López, Raúl, (2010). *Derecho Procesal Penal*. Legal Publishing: Santiago., p. 1031-1032.

aporte y le permite dar opiniones y conclusiones relevantes acerca de diversas cosas. El perito es alguien que comparece en el juicio para aportar conocimiento científico experto que se encuentra más allá del conocimiento del juzgador y que es considerado necesario para decidir el caso. La experticia que detenga el perito es lo que hace que las opiniones y conclusiones que él entrega, en el área de su experticia, sean admitida allí donde el testigo común y corriente no se le permite dar opiniones por regla general⁹.

2. Regulación en nuestro sistema.

En diversas situaciones la necesidad de un apoyo experto es vital para el buen desenvolvimiento del proceso, es por eso que *“en todo proceso y especialmente en el proceso penal se suscitan cuestiones de la más variada índole, muchas de las cuales escapan no sólo al ámbito jurídico, sino también a los límites de la observación y deducción comunes, de manera que, frente a ellos, son inoperantes las observaciones de los testigos o las que pueda realizar el juez por sí mismo. En estos casos será necesaria la participación de otra persona que, teniendo los conocimientos especializados necesarios, asesore al juez sirviendo de intermediario entre él y una realidad inaccesible a la persona que carece de estos conocimientos”*¹⁰. Esta otra persona de conocimientos especializados se manifiesta dentro del proceso a través de la prueba pericial.

La prueba pericial en el ámbito penal se encuentra regulada en el Código Procesal Penal en los artículos 33, 139, 182, 198, 199, 259, 280, 303, 314-322, 325, 329-333, 393, 396, 464, 465 y 491.

Lo relevante e importante, tanto del perito en particular como de la prueba pericial en el proceso penal, hace necesaria la existencia de una completa regulación de este tipo de medio de prueba, regulación presente en los artículos mencionados anteriormente. Estos artículos son los encargados de asegurar las garantías, entregar los lineamientos y proporcionar los

⁹ Duce, Mauricio. (2013). *“La prueba pericial”* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot. Pp 29.

¹⁰ Ramos Pavlov, Bernardo (2013) *Proyecto de actividad formativa equivalente a tesis magister en derecho, mención en derecho penal “Regulación, Admisibilidad y Valoración de la Prueba Pericial Penal en el Derecho Nacional”*. Escuela de Postgrado Universidad de Chile., p. 8.

elementos que permitan la adecuada implementación y funcionalidad de la prueba pericial en el derecho penal.

La prueba pericial, y la participación de los peritos ha ido evolucionando con el tiempo. “*La reforma al procedimiento penal, modificó los principios en que se sustentaba el proceso penal antiguo, eliminando el sistema inquisitivo y reemplazándolo por uno adversarial y con libertad de prueba y su apreciación conforme a la sana crítica y ello necesariamente cambio la forma como se admite y valora la prueba pericial, dado que se eliminó la inhabilidad como causal, no son designados por el juez sino por las partes, debe comparecer el perito y no presentarse por escrito, -salvo excepciones expresamente señaladas-, su valor probatorio quedó sujeto a la sana crítica y su admisibilidad a consideraciones propias del caso particular sin que exista obligatoriedad de presentar prueba pericial*”¹¹, elementos y situaciones que iremos explicando en los capítulos posteriores, las cuales se plasman y regulan en el Código Procesal Penal tal como mencionamos anteriormente.

3. Rol de la ciencia en la prueba pericial o científica.

La Ciencia y el proceso son dos conceptos que van de la mano en el ámbito judicial, toda vez que muchas veces es la ciencia quien es la llamada a resolver o aclarar ciertos puntos relevantes dentro de cualquier juicio, particularmente aquellos que requieren de la actuación de elementos especializados en casos específicamente complejos.

De esta manera la ciencia es una herramienta útil dentro de la decisión judicial para resolver un asunto contencioso o no. Esto ocurre porque el juez utiliza las nociones científicas, los conocimientos aprendidos y legitimados mediante las investigaciones y experimentos para resolver, para poder determinar, establecer e interpretar las circunstancias de hecho.¹² Y lo anterior también se puede aplicar a la inversa, donde las decisiones judiciales son averiguadas y valoradas según la ciencia.

Porque es innegable el valor que tienen las opinión de los expertos, y no solo en materia científica, sino que tanto a nivel de las artes o el mismo derecho, donde aquellas personas que

¹¹ Ídem., p. 9.

¹² Taruffo, Michelle. (2009). *La prueba. Artículos y Conferencias*. Editorial Metropolitana: Santiago.

dedicaron su vida a cierta materia, son capaces, de acuerdo a sus experticia y sus métodos, a inclinar la balanza para decantarse por una decisión o la otra y es así como entendemos que lo científico es viable, confiable que es sinónimo de conocimiento garantizado¹³.

Sin embargo, nos encontramos frente al primer problema. ¿Qué es ciencia y que no es ciencia? ¿Qué parámetros o requisitos debe cumplir un conocimiento científico para ser reconocido como verdadero?

La respuesta viene fácil al señalar que podemos determinar cómo ciencias verdaderas la medicina o la misma informática. Sin embargo la respuesta ya pierde convicción cuando se nos propone la lectura del tarot, la acupuntura u otras medicinas alternativas. Entonces ¿Cómo se determina lo que es “buena ciencia” de lo que es “mala ciencia”?¹⁴ O incluso el problema se hace más grave cuando queremos comparar las “buenas ciencias” como por ejemplo la prueba de paternidad y las pruebas psicológicas dentro de un proceso dentro del derecho de familia.

Para remitirnos al primer intento de definición de ciertos parámetros o requisitos que debe detentar cualquier prueba pericial dentro de un proceso judicial es necesario investigar en la jurisprudencia estadounidense, específicamente el caso “Daubert v Merrell Dow Pharms” donde dentro del marco de un proceso civil que busca la indemnización de perjuicios por los supuestos efectos secundarios que producía un fármaco, la corte suprema estadounidense fijo las condiciones que debían cumplir.

De acuerdo al fallo de la Corte Suprema Estadounidense se indicaron los siguientes factores de científicidad para admitir dentro del proceso una determinada prueba pericial¹⁵:

- a) Si la teoría o técnica puede ser (y ha sido) sometida a prueba, lo que constituiría un criterio que comúnmente distinguiría a la ciencia de otro tipo de actividades humanas.
- b) Si la teoría o técnica empleada ha sido publicada o sujeta a la revisión de pares.
- c) El rango de error conocido o posible, si se trata de una técnica científica, así como la existencia de estándares de calidad y su cumplimiento durante su práctica.

¹³ Vázquez Rojas, María del Carmen. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Buenos Aires Marcial Pons.

¹⁴ Óp. Cit.

¹⁵ Vázquez Rojas, María del Carmen. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial* .Buenos Aires Marcial Pons.

- d) Si la teoría o técnica cuenta con la aceptación general de la comunidad científica relevante.

En nuestra legislación, y como vamos a desarrollar más adelante, lo anteriormente expuesto no se encuentra regulado específicamente. En ninguna parte se señalan los requisitos sustanciales de una prueba judicial, dejándolo todo en este estándar de convicción que debe lograr todo juez para poder fallar en un determinado juicio, a través de la sana crítica.

CAPITULO II: ADMISIBILIDAD Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN EL PROCESO PENAL.

1. Admisibilidad de la prueba pericial.

Para comenzar este capítulo, es necesario hablar primeramente de la admisibilidad de la prueba en el derecho penal donde no basta el simple cumplimiento de los requisitos legales respecto de un determinado medio de prueba, sino que es necesario además que esta prueba sea útil y pertinente para la consecución de lograr acreditar un hecho específico dentro del proceso.

De lo anterior se desprende claramente la intención del legislador, la cual fue evitar la presentación de prueba irrelevante dentro del proceso para así no generar dilaciones innecesarias.

Respecto de la pertinencia, el inciso 1° del artículo 276 del Código Procesal Penal menciona que *“el juez de garantía luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos público y notorios”*. De esta manera, y tal como indicamos anteriormente, el juez en este caso busca encausar la prueba presentada a aquella relacionada directamente con los puntos de prueba que se busca acreditar, y particularmente de hechos que hayan sido expuestos por las partes dentro del procedimiento, de manera que la impertinencia correspondería tanto a aquellos hechos no introducidos o presentados dentro del proceso, como también aquellos hechos sobre los que no existe controversia.

Respecto de la utilidad, la forma más clara de entenderla se desprende de las normas del Código Procesal Penal, particularmente de sus artículos 276 inciso 2° y del 316 inciso 1° donde la primera norma nos señala que *“si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubiere sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guarden pertinencia sustancial con la materia que se someterá a su conocimiento del tribunal del juicio oral en lo penal”*

Mientras la segunda norma nos indica que *“El tribunal admitirá los informes y citará a los peritos cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, considerare que los peritos y sus informes otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo. Con todo, el tribunal podrá limitar el número de informes o de peritos, cuando unos u otros resultaren excesivos o pudieren entorpecer la realización del juicio”*.

De lo anterior se desprende, que a pesar de que tanto la prueba testimonial, documental y pericial busca probar hechos controvertidos e introducidos en el proceso por las partes, si estos medios de prueba mencionados se presentan de forma masiva, significando una “sobrepoblación” de medios que caen en la reiteración, estos finalmente no serán considerados útiles, puesto que reproducirán lo señalado por otro medio de prueba presentado en el juicio de manera idéntica, y por la tanto podrán ser limitados por el juez a fin de evitar la dilatación del proceso.

Otro ejemplo de prueba que no es útil existe *“cuando el medio probatorio no es adecuado para verificar con él las afirmaciones de hecho que pretenden ser probadas por la parte, esto es, cuando el medio es inadecuado respecto del fin que persigue. Esto sucede si se propone el medio de reconocimiento judicial para probar la calidad de los materiales usados en la construcción de un edificio y su correspondencia con el proyecto de la obra, pues entonces se precisa de conocimientos científicos especializados para llegar a una conclusión; o si se propone la prueba testifical para que una persona sin cualificación técnica emita un juicio y no una mera declaración de conocimiento, o cuando se propone la prueba pericial para que un jurista informe al juez sobre la correcta interpretación de una norma jurídica.”*¹⁶

En conclusión, en el proceso penal los medios de prueba que en general se presentan, deben tener directa relación con los hechos a probar dentro del juicio y no caer en reiteraciones, dilaciones o simplemente no guardar relación alguna con lo que se busca probar.

Continuando ahora con la admisibilidad de la prueba pericial en el derecho penal, y situándonos particularmente en este medio de prueba, Bernardo Ramos nos señala que *“la admisibilidad de una prueba pericial dice relación con la idoneidad del perito, con la*

¹⁶ Maturana Miquel, Cristian- Montero López, Raúl, (2010). *Derecho Procesal Penal*. Legal Publishing: Santiago., p. 868

*necesidad del peritaje y con la confiabilidad como pericia científica de la misma, en este sentido los peritajes deben ser idóneos y que impliquen un aporte al juicio y no una prueba que tienda a confundir o reemplazar la decisión judicial*¹⁷, siendo por lo tanto varios los factores que hay que tomar en consideración y en consecuencia necesarios, de manera tal de ir de la mano con el cumplimiento de varios requisitos de admisibilidad que permitan filtrar de manera precisa las situaciones y casos en los que la prueba pericial no es necesaria o se ha realizado con vulneración de garantías.

Los primeros requisitos de admisibilidad son los comunes a toda prueba y que mencionamos anteriormente, particularmente relacionados con la pertinencia y utilidad, donde los peritos serán citados, siempre y cuando la prueba sea pertinente, no tenga por objeto acreditar hechos públicos y notorios, y será excluida si proviene de diligencias que han sido declaradas nulas o que han vulnerado garantías constitucionales.

El artículo 316 del Código Procesal Penal nos dice que *“El tribunal admitirá los informes y citará a los peritos cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, mencionadas anteriormente, considerare que los peritos y sus informes otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo. Con todo, el tribunal podrá limitar el número de informes o de peritos, cuando unos u otros resultaren excesivos o pudieren entorpecer la realización del juicio”*.

“Esta exigencia es necesaria aun cuando los jueces puedan conocer de la materia por conocimientos privados que hayan adquirido de forma particular (por ejemplo un juez que años anteriores se haya dedicado a informática), pues en tal caso, de todas formas es necesario que se practique la pericia por el principio de contradictoriedad de la prueba y sociabilidad del convencimiento judicial, que dice relación con la posibilidad de controlar lo que ingresa como prueba y la posibilidad que la sociedad pueda controlar la decisión judicial, conociendo los motivos de la decisión lo que supone que en el interrogatorio la

¹⁷ Ramos Pavlov, Bernardo (2013) *Proyecto de actividad formativa equivalente a tesis magister en derecho, mención en derecho penal “Regulación, Admisibilidad y Valoración de la Prueba Pericial Penal en el Derecho Nacional”*. Escuela de Postgrado Universidad de Chile., p.13.

información aportada por el perito sea clara para todo ciudadano de una formación medianamente académica”¹⁸.

La única posibilidad de exclusión de la prueba en esta situación se da si evidentemente la prueba pericial no es necesaria, como es en los casos de público conocimiento u hechos notorios.

Respecto a la procedencia del informe de peritos, el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal nos señala que *“El ministerio público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar que éstos fueren citados a declarar al juicio oral, acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito.*

Procederá el informe de peritos en los casos determinados por ley y siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio.

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

Por lo que es necesario su idoneidad, confiabilidad y la necesidad y pertinencia de la prueba pericial.

Respecto de la admisibilidad de la prueba pericial y como mencionábamos anteriormente, tiene relación con demostrar ciertos hechos que solo pueden ser clarificados con la declaración de una persona experta en el tema, centrándonos en esta tesina particularmente en lo que respecta a este perito de parte.

La tesis de María del Carmen Vásquez Rojas nos explica de manera clara y completa en elementos separados las razones para excluir o admitir la prueba pericial en relación a la información experta que se presenta; al juzgador de los hechos; al contexto en el que se toma la decisión; y finalmente al perito.

¹⁸Ídem., p. 37

1.1 La información experta:

Respecto de la admisibilidad de la prueba pericial en razón de la información experta, esta tiene que ver principalmente con la consideración en relación a la calidad de la misma, en el sentido de poder demostrar empíricamente que la prueba presentada en juicio sea capaz de arrojar datos ciertos respecto de su real calidad, de modo tal que si no podemos tener una demostración acerca de la calidad de la prueba pericial que se presenta, es necesario declararla inadmisibile, puesto que en caso de ser admitida, estaríamos introduciendo al proceso informes de perito sin a lo menos tener un indicio de que el nivel de la prueba tiene un estándar cierto de calidad.

1.2. La admisibilidad según el juzgador de los hechos.

Este punto dice relación directa con la capacidad cognitiva del juzgador para analizar, procesar y entender la prueba pericial que se le está presentando, por lo que la formación del juzgador es fundamental, particularmente y teniendo presente, que las partes dentro del proceso presentarán pruebas periciales que evidentemente busquen contradecir a uno del otro, por lo que la capacidad que tenga el juez para apreciar y valorar la prueba es clave. En el caso de que el juzgador no tenga un mínimo conocimiento que le permitiere entender a lo menos de manera general la prueba pericial que se le presente, está debiera de primeras no ser admitida, puesto que su valoración va a ser establecida desde el desconocimiento absoluto.

1.3. La admisibilidad tomando en cuenta el contexto en que se decide.

El contexto en que se decide tiene que ver con el conjunto de restricciones formales e informales que regulan la interacción en un contexto determinado. En este sentido podemos entender como elementos que afectan el contexto, el tema de la economía procesal, que como hablábamos anteriormente, la admisibilidad de una prueba pericial dentro del proceso puede estar muchas veces supeditada a que no se haya presentado dentro del mismo otras pericias sobre una misma cuestión, de manera que le otorgue a esta el carácter de reiterativa, esto con el objeto de buscar una dilación innecesaria del proceso, por lo que en el contexto en que se haya presentado pruebas reiterativas se puede declarar como inadmisibile la prueba pericial.

1.4. La admisibilidad atendiendo al perito.

En este punto, lo principal es establecer la seriedad y profesionalismo del perito, de manera de lograr establecer la expertise del mismo. Por lo mismo el perito y particularmente las *“partes deben satisfacer al menos una de las siguientes condiciones para presentar a un sujeto como su experto:*

- a. Credenciales formales que certifiquen que un individuo ha acreditado los estudios correspondientes en una determinada área de conocimiento, reconocida por la institución otorgante y/o*
- b. Que dicho individuo acredite que cuenta con experiencia en determinado tipo de saber: una especie de credencial informal”¹⁹*

Es en este contexto donde el Código Procesal Penal nos entrega una regla de incapacidad para ser perito en su artículo 317, señalando que *“no podrán desempeñar las funciones de peritos las personas a quienes la ley reconociere la facultad de abstenerse de prestar declaración testimonial”*, buscando de alguna forma garantizar la imparcialidad del perito dentro del proceso, evitando que personas, debido a la cercanía con alguna de las partes, presente informes periciales sin la debida objetividad.

Como complemento a lo mencionado respecto a la inhabilidad del perito es lo señalado por el artículo 318 del Código Procesal Penal, el cual señala que *“los peritos no podrán ser inhabilitados. No obstante, durante la audiencia del juicio oral podrán dirigírseles preguntas orientadas a determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones. Las partes o el tribunal podrán requerir al perito información acerca de su remuneración y la adecuación de ésta a los montos usuales para el tipo de trabajo realizado.”* De esta forma, y durante la audiencia del juicio oral será posible determinar el grado de cercanía mencionado anteriormente, con el fin de evitar la subjetividad, buscando por sobre todo la imparcialidad que debe tener el perito dentro del proceso.

¹⁹Vázquez Rojas, María del Carmen. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Buenos Aires, Marcial Pons.

De esta forma, y cumpliendo tanto lo señalado por el Código de Procedimiento Penal, como ciertos estándares mínimos de confianza y seriedad, el perito y la prueba pericial debiera ser admitida en juicio.

2. Valoración en nuestro sistema.

La valoración de la prueba en nuestro sistema es fundamental. El Código Procesal Penal no estableció un sistema de reglas que regulen el valor probatorio de la prueba pericial en el derecho penal. Si se ha impuesto la obligación de fundamentar de manera clara y explícita las razones que han motivado la valoración de la prueba, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencias y los conocimientos científicamente afianzados, por lo que debe haber una lógica y racionalidad envuelta en la decisión del juez, la cual tiene que ceñirse dentro de los parámetros establecidos, los cuales otorgan los elementos necesarios para el buen desenvolvimiento del proceso, debiendo contener el fallo una línea argumentativa que nos permita entender el razonamiento utilizado por el juez para llegar a sus conclusiones finales.

En los procesos penales generalmente se acompañan y presentan variados medios de prueba, los que tienen como finalidad ir entregando al juez los elementos necesarios para que este llegue a una convicción respecto a la verdad de los hechos controvertidos en el proceso. Vásquez nos menciona que, *“normalmente no será un solo elemento de juicio el que deba ser considerado para la toma de decisión, sino un conjunto de éstos. En este sentido, se pasa de la valoración de un elemento concreto a la valoración del conjunto de elementos de prueba que han sido admitidos y practicados durante el proceso judicial. Finalmente, el paso siguiente, una vez determinado el grado de corroboración de cada uno de las hipótesis en conflicto, es la adopción de la decisión sobre los hechos probados.”*²⁰

Para llegar a adoptar una decisión sobre los hechos probados se le ha entregado al juzgador variados sistemas de valoración de la prueba, los cuales han ido evolucionado, cambiando, y desde nuestro punto de vista, mejorando con el fin de ir otorgando a las partes dentro del

²⁰Ídem., p. 333.

proceso mayores garantías y seguridad jurídica, todo esto sustentado principalmente a partir de la obligación de fundamentación de la sentencia.

Los sistemas de valoración de la prueba pueden clasificarse en prueba legal tasada y los de libre valoración. Dentro del sistema de libre valoración nos encontramos con la íntima convicción y la sana crítica, siendo este último el que recoge el proceso penal chileno, el cual se encuentra incorporado en el artículo 297 del Código Procesal Penal.

Como mencionábamos, es necesario que el juez le dé un valor a la prueba presentada dentro del proceso, y en este contexto aparecen los sistemas probatorios anteriormente mencionados, los cuales han cumplido roles diferentes a lo largo del tiempo, evolucionando desde sistemas más arcaicos y conservadores a sistemas adecuados al mundo de hoy como es el sistema probatorio utilizado hoy en día en el proceso penal.

Respecto de los sistemas de valoración de la prueba podemos distinguir tres, cada uno con características particulares bien diferenciadoras uno de otro. Estos sistemas probatorios o de valoración de la prueba son el de la libre convicción, la prueba legal o tasada y finalmente el de la sana crítica, sistema actualmente utilizado en nuestro proceso penal.

CAPITULO III: Problemas en relación a los valores del sistema.

Como hemos podido apreciar del desarrollo de la presente investigación, el uso de la prueba pericial como herramienta dentro del proceso de resolución de conflictos se ve expuesto a la generación de diferentes problemas.

En primer lugar podemos identificar que ante el masivo uso de la prueba pericial en las diferentes partes del proceso ha traído como consecuencia la sustitución del papel de los jueces, quienes son los únicos llamados a ejercer la jurisdicción en nuestro territorio nacional. Al no existir una clara delimitación del alcance de los informes y testimonios que entregan dentro de un juicio, muchas veces se llega a la altura de que es el mismo perito el que se pronuncia sobre la inocencia o culpabilidad del imputado.

En segundo lugar, y en profunda relación con el punto anterior, los jueces se ven expuestos a los razonamientos de los expertos, sin preparación previa anterior en la materia, haciendo de esta manera dificultosa la capacidad de poder identificar los posibles errores o debilidades de las teorías mantenidas por los peritos.

A continuación desarrollaremos estos dos problemas, junta con repasar la principal arma con la que cuenta nuestro ordenamiento jurídico para combatir estos problemas, para luego terminar con la enunciación de los principales casos a nivel jurisprudencial que han debido afrontar estos problemas relacionados con la prueba pericial.

1.1.Introducción.

Para poder aventurarnos en los errores del sistema a nivel de la prueba pericial, consideramos conveniente, en primer lugar, desarrollar someramente los errores a nivel del sistema en general y que traen consigo sentencias erróneas.

Es importante considerar que hablamos a nivel de errores del sistema y no de los jueces propiamente tal, sino que este problema abarca mucho más allá de la preparación o decisión de los jueces.

Se trata pues de un problema de suma importancia, pues, la condena de un inocente es prácticamente el error paradigmático y deslegitimador de cualquier ordenamiento jurídico, además de existir obviamente el impacto personal en la vida del inocente²¹.

Como dice el profesor Duce, en Chile no existen investigaciones que de manera sistemática arrojen información acerca de condenas erróneas, sus causas y la probabilidad o porcentaje de casos en los que se podría condenar a inocentes. La falta de información ha impedido que se haya instalado en nuestro país un debate importante en relación a este problema.²²

Pese a lo anterior, la doctrina nacional ha identificado seis principales factores que impulsan a los jueces a condenar erróneamente²³:

- (i) Problemas con la identificación ocular de imputados por parte de las víctimas o testigos.
- (ii) Uso de prueba pericial de baja calidad o confiabilidad;
- (iii) Uso de confesiones falsas.
- (iv) Uso de testigos mentirosos o poco confiables;
- (v) Mal trabajo de las agencias de persecución penal; y
- (iv) Inadecuada representación legal de los condenados.

1.2 El riesgo de la sustitución en la prueba pericial.

Como señala el profesor Duce, el primer riesgo deriva cuando la opinión experta comienza a utilizarse crecientemente para sustituir el trabajo de razonamiento y construcción de la verdad procesal.²⁴

²¹ Duce, Mauricio, (2013) “¿Deberíamos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile? Antecedentes comparados y locales para el debate”, Revista Ius et Praxis, Año 19, pp 78.

²² Ídem, Pp 83

²³ Duce, Mauricio. (2015) “La condena de inocentes en Chile: una aproximación empírica a partir de los resultados de los recursos de revisión acogidos por la Corte Suprema en el periodo 2007-2013”. Pp 175.

²⁴ Duce, Mauricio. (2013). “La prueba pericial” Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot.. Pp 44.

En el mismo sentido señala que los jueces son los llamados a la toma de decisión sobre algún asunto sometido a su competencia, evaluando la veracidad de las situaciones de hecho que una de las partes propone en el juicio. Este juicio se encuentra resguardado por una serie de elementos y principios que aseguran de la mejor manera posible, una decisión justa tomada de manera imparcial.

Sin embargo un uso excesivo o poco controlado de la misma podría llevar al problema, si es que no lo ha hecho ya, de que muchas veces el fallo del tribunal sea tomado en base a la opinión del experto, apreciándolo como suficiente para justificar una decisión.

De por sí, el hecho de tomar como base para una sentencia la opinión del perito para la posterior definición de la contienda, no es de por sí un error o un vicio del sistema, sino que es el hecho del poco control que tiene la prueba lo que decantaría en la falta de legitimidad del proceso. Como dice Duce en su libro, en relación al ejemplo de un perito psiquiátrico que declara sobre la inimputabilidad del acusado por problemas mentales haciendo juicios sobre éste. Típicamente el juicio de imputabilidad le corresponde al juez en base al estándar normativo entregado al juez por las leyes chilenas, mismas leyes que le entregaron la jurisdicción para resolver los problemas jurídicos y que cuenta con una serie de mecanismos, atribuciones y garantías. De esta manera el perito solo está llamado a aportar antecedentes para el juicio pero no le corresponde resolverlo.²⁵

Otro ejemplo paradigmático de este problema es aquel de los peritajes psicológicos de credibilidad, donde el perito se pronuncia sobre el peso de la prueba otorgándole él el peso dentro de la decisión judicial, cosa que corresponde, y como hemos dicho anteriormente, única y exclusivamente sobre los jueces.

Una de las formas de solución, según lo que planteamos en los capítulos anteriores, es lo que el profesor Duce cita en su libro a Michelle Taruffo, que sostiene que el juez debe actuar como *perito peritorum*, es decir, perito de los peritos para que sea el juez quien fiscalice y sopesa los métodos y conclusiones del perito, para que sea él y no el juez el encargado de resolver el conflicto²⁶. Volveremos a este punto en las conclusiones de la presente investigación.

²⁵ Ídem Pp 45.

²⁶ Ídem Pp 46.

1.3 El riesgo del error en la prueba pericial.

Como segundo problema a nivel de la prueba pericial encontramos el riesgo del error, que si bien se encuentra relacionado con el problema de la sustitución, difieren en ciertos elementos.

Según lo expuesto anteriormente, la forma y el procedimiento de evaluación del peritaje siempre es complejo. Ya sea por el poco conocimiento científico del juez sobre cierta materia o arte, la poca rigurosidad del método empleado o la existencia de peritajes opuestos pueden llevar al juez a tomar su decisión en base a hechos o consideraciones erradas.

Una de las principales razones de este error proviene principalmente de las ciencias que no han llegado a su apogeo de desarrollo, o también donde la “*junk science*” o ciencia chatarra, es decir, aquellos conocimientos que no otorgarán un grado de certeza razonable para poder ser tomadas como base en la decisión final.

En Inglaterra es conocido el caso de Sally Clark que fue condenada como autora de homicidio de dos hijos lactantes. En dicho caso la defensa alegó que los hijos sufrieron de muerte súbita, sin embargo los acusadores presentaron un perito que sostenía que dicha situación, que dos hijos de una misma familia murieran por muerte súbita sólo se podría dar en Gran Bretaña una vez cada cien años. Años después, otro perito estableció que la verdadera estadística de que un hecho como aquel sucediese, era de más de un caso en Gran Bretaña al año. Finalmente Sally Clark fue exonerada en un segundo proceso de apelación.²⁷

Otro ejemplo de los errores del sistema en el uso de la prueba pericial, se da en la aplicación del uso del ADN. Según una investigación en Inglaterra, demostró que es bastante común que los peritos presenten testimonios inválidos desde el punto de vista de la ciencia y que lleguen a conclusiones debido a errores en la información empírica, dejando además a las defensas tengan muy poca capacidad para confrontar a dichos peritos.²⁸

Por lo tanto, es evidente que muchas veces los jueces no tienen ni la capacidad, los medios o las herramientas para poder identificar cuando un peritaje de desarrolla sobre una base errónea, cayendo de esta forma en decisiones erróneas que minan la legitimidad del sistema.

²⁷ Ídem Pp 47.

²⁸ Ídem Pp 48.

2. Los errores y el Recurso de Revisión.

Ya una vez planteados los principales problemas que puede presentar la prueba pericial en el proceso penal es necesario desarrollar cual es a priori el principal medio, a nuestro juicio, para corregir la decisión tomado por el juez.

Sin embargo es necesario destacar que como todo recurso, es una reacción ante una decisión de un juez y no es una forma de evitar el error, que es lo que se desarrollará en los párrafos siguientes.

2.1 El recurso de Revisión.

Como dijimos anteriormente, uno de los posibles remedios que podemos encontrar dentro de nuestra legislación, es el llamado Recurso de Revisión. “Este recurso ha sido establecido para invalidar sentencias firmes o ejecutoriadas que han sido ganadas fraudulenta o injustamente en casos expresamente señalados por la ley. Se ha polemizado sobre si resulta aceptable la posibilidad de una modificación de algo que se encuentra jurídicamente firme, esgrimiéndose al respecto razones diversas. Lo cierto es que el conocimiento de casos de graves errores judiciales, de los que la historia cuenta, ha llevado al arbitrio de este medio excepcional dirigido, precisamente, a dejar una puerta abierta a favor del condenado y también de la verdad real.”²⁹, este medio a favor del condenado y “protector” de la verdad real lo analizaremos a continuación.

2.2. Concepto.

El profesor Maturana ha definido el recurso de revisión como aquella acción declarativa exclusiva y excluyente de una sala de la Corte Suprema, que se ejerce para invalidar

²⁹ Mardones, Fernando, “El recurso de revisión, una mezquina protección al inocente”. Revista 93 N°6 de la Defensoría Penal Pública, disponible www.dpp.cl/pag/190/409/revista_93_n6. (Última visita 20 de junio de 2017)

sentencias firmes o ejecutoriadas que han sido ganadas fraudulenta o injustamente en casos expresamente señalados por la ley.³⁰

Si bien el recurso de revisión es generalmente estudiado en conjunto con los recursos procesales, se ha entendido que más que un recurso, se trata de una acción que tiene por objeto enervar el cumplimiento de una sentencia firme y ejecutoriada, lo que explica su regulación en la Ejecución de las Sentencias en el Código Procesal Penal.

Una vez declarado admisible el recurso de revisión, “la Corte Suprema tiene tres posibilidades: i) dar por fehacientemente acreditada la inocencia del condenado, ii) entender que la inocencia no se ha acreditado fehacientemente, o iii) concluir que la inocencia del condenado no fue probada.

2.3. Fundamentación del Recurso.

Según el mismo profesor Maturana, lo que se persigue es justamente que la justicia prime por sobre la seguridad jurídica configurada por la cosa juzgada. De esta manera el legislador entiende que la justicia debe primar cuando el asunto hubiera sido resuelto de manera injusta, aun cuando con ello se sacrifique una institución básica del cualquier estado de Derecho como es la figura de la cosa juzgada³¹.

Estos errores consistentes en condenas erróneas o de personas inocentes son mucho más comunes de lo que se piensa y por ende se hace necesaria la existencia de una herramienta que permita enfrentas estas injusticias, sin embargo debemos mencionar que aún la noble misión que tiene la referida acción, quedó limitada a causales muy estrictas y sólo de ciertas resoluciones, las que revisaremos a continuación.

³⁰Mosquera, Mario- Maturana, Cristián. (2010). “*Los recursos procesales.*” Santiago: Editorial Jurídica. Pp 573.

³¹Ídem Pp 574.

2.4. Resoluciones en contra las que procede.

En materia penal la revisión procede sólo respecto de las sentencias condenatorias de crimen o simple delito, aun cuando fueran pronunciadas por la Corte Suprema.

De acuerdo al artículo 473 del Código Procesal Penal, la Corte Suprema podrá revertir una sentencia en las que se hubiera condenado a alguien por crimen o simple delito, de esta manera, deja fuera del ámbito de aplicación a aquellas sentencias penales absolutorias y las condenatorias por faltas.

2.5. Causales del Recurso de Revisión.

Según el artículo 473 del Código Procesal Penal la Corte Suprema podrá rever extraordinariamente las sentencias firmes en que se haya condenado a alguien por un crimen o simple delito, para anularlas, en los casos siguientes:

- a) Cuando, en virtud de sentencias contradictorias, estén sufriendo condena dos o más personas por un mismo delito que no hay podido ser cometido más que por una sola;
- b) Cuando esté sufriendo condena alguno como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se compruebe después de la condena;
- c) Cuando alguno esté sufriendo condena en virtud de sentencia que se funde en un documento o en el testimonio de una o más personas, siempre que dicho documento o dicho testimonio haya sido declarado falso por sentencia firme en causa criminal.
- d) Cuando con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurriere o se descubriere algún hecho o pareciere algún documento desconocido durante el proceso, que sean de tal naturaleza que basten para establecer la inocencia del condenado.
- e) Cuando la sentencia condenatoria hubiere sido pronunciada a consecuencia de prevaricación o cohecho del juez que la hubiere dictado o de uno o más de los jueces que hubieren concurrido a su dictación, cuya existencia hubiere sido declarada por sentencia judicial firme.

Si analizamos las causales establecidas en la legislación chilena nos podemos dar cuenta que el legislador no previó, de forma clara e inequívoca un posible error en las pericias. Sin embargo, dada la calidad y naturaleza del perito en el proceso penal, es posible atacar una sentencia firme y ejecutoriada que fue pronunciada en base a una prueba pericial poco fundamentada o derechamente falsa o errada bajo las causales del artículo c) y d) del artículo 473 del Código Procesal Penal.

En este contexto vale la pena recordar lo mencionado anteriormente respecto a que en la práctica, Mauricio Duce, luego de investigar los resultados de recursos de revisión entre los años 2007 y 2013, llegó a la conclusión de que los principales factores que incidirían en la producción de condenas erróneas serían seis. Estos incluirían: (1) problemas con la identificación ocular de imputados por parte de víctimas y testigos; (2) uso de prueba pericial de baja calidad o confiabilidad; (3) uso de confesiones falsas; (4) uso de testigos mentirosos o poco confiables; (5) mal trabajo de las agencias de persecución penal; e, (6) inadecuada representación legal de los condenados. De esta enumeración resultante de pruebas empíricas, podemos observar en su número segundo el uso de prueba pericial de baja calidad o confiabilidad, lo que tal como mencionábamos anteriormente se puede enmarcar en las causales C y D del artículo 473 del Código Procesal Penal.

En el derecho comparado como ejemplo, y tomando en cuenta específicamente la causal D del artículo 473 del Código Procesal Penal, a diferencia de Chile, donde “la norma posibilita rever extraordinariamente las sentencias firmes en que se hubiere condenado a alguien por un crimen o simple delito, para anularlas cuando, con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurriere o se descubriere algún hecho o apareciere algún documento desconocido durante el proceso, que fuere de tal naturaleza que bastare para establecer la inocencia del condenado”³², generando un estándar de prueba al condenado extremadamente difícil de cumplir, en Alemania y Francia la aplicación de esta causal *propter nova*, constituye en la práctica el elemento o fundamento de revisión de mayor relevancia a favor de los condenados. “En Alemania, por ejemplo, el tribunal competente debe verificar si los nuevos hechos o pruebas permiten esperar una sentencia más favorable para el acusado en un nuevo juicio oral, es decir,

³² Mardones Fernando, “*El recurso de revisión, una mezquina protección al inocente*”. Revista 93 N°6 de la Defensoría Penal Pública disponible en www.dpp.cl/pag/190/409/revista_93_n6 (Última visita 21 de junio de 2017)

si la renovación del examen de la causa terminara favoreciendo al acusado. En el caso francés la situación es bastante similar, ya que sólo se exige que el hecho nuevo haga nacer una duda sobre la culpabilidad del condenado. Esta redacción del Código Francés no entrega de manera clara su postura respecto al tema, ya que la ley francesa revela el espíritu de la norma al establecer la revisión penal, al no requerir objetivamente la prueba de una absoluta inocencia, sino la existencia de una duda eficiente para que se revise la sentencia condenatoria y se investiguen mejor los hechos por el juez de reenvío.”³³

Sin embargo, y como mencionábamos anteriormente, a diferencia de lo que sucede en el derecho comparado, en Chile el Recurso de Revisión es un recurso muy restrictivo y de poca acogida por la Corte Suprema, principalmente al solicitar antecedentes que deben ser lo suficientemente contundentes como para establecer la inocencia del condenado, como dice la Corte Suprema en su fallo Rol N° 1.537-96, “de tal entidad que baste para establecer la inocencia del condenado. El tenor y contenido de dichos documentos no permiten, por sí solos, ni en unión a los otros antecedentes probatorios agregados al proceso, tener por establecidas causales de atipicidad, justificación o exculpabilidad que eliminen la existencia del delito de asociación ilícita”, así como también ha resuelto en otros casos Rol 40-2010, Rol 6211-2010 y Rol 6367-2010 “que sin embargo, las declaraciones juradas que sirven de sustento al recurso no dan cuenta de hechos nuevos ni tienen la entidad suficiente para afirmar, con su sólo mérito, la inocencia del sentenciado, o que tales afirmaciones no tienen el mérito suficiente para establecer la inocencia del condenado, entendida aquella como la comprobada falta de participación culpable, las pruebas con que se pretenden demostrar tampoco reúnen las características requeridas por la causal de revisión invocada, todo lo cual impide dar lugar a la tramitación del presente arbitrio, o que los antecedentes nuevos invocados por el recurrente referidos a declaraciones juradas de testigos de cargo en las que se retractan de la acusación realizada contra la condenada, un informe criminalístico y otro psicológico, no resultan de la entidad suficiente como para establecer la inocencia del acusado, motivo por el cual no será admitido a tramitación”.³⁴

³³ Ídem Pp 3.

³⁴ Ídem Pp. 4.

“Este comportamiento estricto y formalista de la Corte no sólo podría estar dejando casos de condenas erróneas sin esclarecerse por problemas de admisibilidad o formales, sino además generar un fuerte desincentivo a personas condenadas para utilizar este mecanismo. A esto habría que sumar los casos en que se condena a un inocente y que no son objeto de recurso de revisión por la existencia de diversas dificultades y barreras de acceso que emanan de la falta de representación legal de los condenados, la escasa información que disponen sobre este mecanismo, la inexistencia de evidencia exculpatoria nueva, entre otras. En consecuencia, es razonable pensar que la cifra negra de condenas de inocentes es mucho mayor a los casos que son acogidos por la Corte Suprema.”³⁵

De lo anterior, y respecto al carácter restrictivo que se le da a la aplicación de la norma, consideramos al igual que Fernando Mardones que la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema está equivocada, si estimamos que la causal del art. 473 D) del Código de Procedimiento Penal debe ser interpretada de modo que todas las normas que regulan la revisión guarden la debida correspondencia y armonía. En este sentido, no se puede derivar del hecho nuevo la inocencia absoluta para dar base al procedimiento de revisión, debiendo bastar una duda eficiente.

Al respecto, se debe tener presente que en la discusión parlamentaria se señaló que la revisión debe tener cierta amplitud, porque se trata de reparar eventuales errores judiciales que pueden producirse. Asimismo, de los artículos 478 y 479 del Código Procesal Penal se desprende que si la Corte Suprema acoge la solicitud de revisión – cualquiera sea la causal, no se hace distinción -, declarará la nulidad de la sentencia y ordenará el reenvío para la realización de un nuevo juicio oral.

El tribunal de revisión, por consiguiente, por regla general, no da la última palabra, no resuelve definitivamente el caso, sino que sólo se pronuncia acerca de si existe un hecho nuevo que arroje duda acerca del fundamento de la condena. De esta manera, para proceder a la anulación del fallo por propter nova, el nuevo hecho o la nueva prueba no necesariamente debe establecer la inocencia del condenado. Basta que plausiblemente se pueda esperar una sentencia más favorable para el acusado en un nuevo juicio oral.

³⁵ Duce, Mauricio. (2015). *“La condena de inocentes en Chile: una aproximación empírica a partir de los resultados de los recursos de revisión acogidos por la Corte Suprema en el periodo 2007-2013”*. Pp 165.

Finalmente, en cuanto a ser el recurso de revisión la solución para los problemas que pueda generar la aplicación de la prueba pericial, es aún más complejo, ya que tal como lo mencionamos anteriormente, nuestra legislación no especifica de manera literal dentro de sus causales la deficiente o errónea aplicación de la prueba pericial en derecho penal, además de solicitar estándares de prueba muy elevados a quienes presentan esta acción, transformando la posibilidad de accionar de revisión favorablemente en una herramienta casi sin aplicación y sus requisitos prácticamente imposibles de cumplir con el fin de refutar la sentencia.

3. Avances en nuestra legislación: Análisis de las pericias más relevantes.

En los puntos 3 y 4 del presente capítulo analizaremos dos de las pericias más relevantes y que son constantemente usadas en las causas penales, como son la prueba de ADN, generalmente ocupada en casos de violación u homicidios y; la prueba pericial psicológica de credibilidad de testimonio, a la que se recurre frecuentemente en caso de abuso de menores.

En estos párrafos analizaremos ambas pruebas, desarrollaremos la actual legislación que las regula y identificaremos los principales focos de conflicto que presentan.

3.1 Introducción Ley 19.970.

En el año 2004 se publicó en el Diario Oficial la ley 19.970 que Crea El Sistema Nacional de Registros de ADN, la cual comenzó a regir con la publicación de su reglamento el día 25 de noviembre de 2008.

El registro consiste en una base de datos de huellas genéticas determinadas u obtenidas con ocasión de una investigación criminal. Señala la ley que la obtención de la huella genética se realizará por profesionales y técnicos que se desempeñen en el Servicio Médico Legal, o en instituciones públicas o privadas que se encontraren acreditadas para tal efecto ante dicho servicio.

Para efectos de este trabajo, se hace necesario realizar un análisis a la mencionada ley y su reglamento, toda vez que dentro de sus regulaciones, establece los procedimientos para la

obtención y custodia de las huellas obtenidas así como las sanciones en caso de inobservancia de sus disposiciones.

3.2. La ley 19.970 y los problemas de la prueba pericial.

Con el fin de asegurar un estándar confiable a la prueba de ADN tanto la ley como su reglamento establecen obligaciones para todos los actores llamados a participar tanto en su obtención como en su custodia.

Es así que la ley dispone que las muestras biológicas sean tomadas en dependencias del Servicio Médico Legal, hospitales, clínicas y establecimientos de salud semejantes, sean públicos o privados, en laboratorios acreditados o clínicos, en recintos policiales, en establecimientos penitenciarios o aquel que determine la autoridad competente. A su vez sostiene que el rotulado de los contenedores de las muestras biológicas se efectuará al momento de ser tomadas, de manera de asegurar una correlación unívoca entre la muestra biológica y la persona de la cual se obtiene. Las muestras biológicas deberán ser embaladas a través de medios resistentes, los que deberán sellarse de manera que impidan su acceso sin romper el sello por terceros no autorizados, con el fin de evitar la contaminación de las mismas.

Se establece una cadena de custodia que señala que la persona que tome la muestra biológica u obtenga la evidencia, dará inicio a la cadena de custodia. Para tal efecto, cada muestra biológica o evidencia irá acompañada del formulario de cadena de custodia, en el que deberá constar la individualización de todas las personas que han tenido la muestra biológica o evidencia a su cargo, ya sea para tomarla u obtenerla, según sea el caso, trasladarla, custodiarla o periciarla.

En términos más sustantivos, sobre la prueba misma, el artículo 22 del reglamento indica que la determinación de la huella genética se hará por análisis de la o las regiones no codificantes, repetitivas y polimórficas del genoma humano. La amplificación de los fragmentos de longitud polimórfica, denominados repeticiones cortas en tándem o STRs del ADN nuclear, se realizará usando la técnica de amplificación conocida como reacción en cadena de la

polimerasa o PCR. Esto sin perjuicio de las nuevas técnicas comunes que determine el Servicio Médico Legal, respaldadas por estudios de validación realizados por la comunidad forense internacional. El mismo artículo establece un control de calidad de la prueba obtenida señalando que para la ejecución de la técnica PCR deberán considerar las pruebas de (i) Control positivo de amplificación con ADN humano conocido; (ii) Control negativo de amplificación; y (iii) Control blanco de reactivos de extracción.

El organismo que hubiere determinado una huella genética deberá evacuar el informe que dé cuenta de la pericia y lo remitirá al fiscal del Ministerio Público o al tribunal respectivo, según proceda. Cuando corresponda, el referido informe deberá expresar las posibles causas que expliquen por qué no se pudo determinar una huella genética. Las instituciones públicas o privadas acreditadas para determinar huellas genéticas deberán remitir al Servicio Médico Legal la totalidad del material biológico y restos del ADN extraído, la copia del informe señalando el método de extracción, cuantificación amplificación y análisis utilizado y los demás antecedentes que determine el Servicio Médico Legal mediante resolución de su director.

Por último el reglamento establece que como última etapa el Servicio Médico Legal procederá a practicar el peritaje de cotejo de la huella genética en cuestión contrastándola con las demás huellas contenidas en uno o más registros del sistema. Practicado el cotejo, el Servicio Médico Legal enviará al fiscal del Ministerio Público o al tribunal, según correspondiere, el informe que dé cuenta de la pericia y sus resultados. Dicho informe deberá contener la firma del profesional responsable del examen y del jefe de laboratorio. Los resultados se expresarán como (i) Inclusión, cuando exista correlación alfanumérica exacta y completa entre los marcadores genéticos analizados de dos o más huellas genéticas y (ii) Exclusión cuando no exista correlación alfanumérica entre dos o más marcadores genéticos analizados de dos o más huellas genéticas.

En términos de sanciones la ley 19.970 tipifica dos conductas. La primera, que sanciona el acceso, divulgación y uso indebido de la información genética. Se entiende que se comete este delito cuando se interviene en alguno de los procedimientos regulados en la ley en razón de su cargo o profesión, permitieren el acceso a los registros o exámenes a personas no autorizadas, o los divulgaran o usaren indebidamente serán sancionados con presidio menor en sus grados

mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. La segunda conducta sancionada es la obstrucción a la justicia, esto es, el que altere las muestras biológicas que debieren ser objeto del examen de ADN; falseare el resultado de dichos exámenes o la determinación de la huella genética; faltare a la verdad en el informe pericial de examen o cotejo, o adulterare su contenido, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Ahora bien, es importante destacar que las reglas antes expresadas se encuentran principalmente consagradas en el reglamento del Registro Nacional de ADN. De acuerdo a lo expresado por la Defensoría Penal Pública³⁶, la infracción de estas reglas permitiría a la defensa la posibilidad de alegar la integridad de la prueba obtenida, y sostener que el imputado no está obligado a soportar esta inobservancia. De esta manera el juez se vería en la obligación de desechar la prueba presentada o no dar por probado el hecho, aduciendo que no cumple con los estándares mínimos para acreditar una determinada huella genética. Sin embargo se sostiene que el efecto jurídico es aún mayor, en razón que las reglas de custodia y mantención que mencionamos anteriormente, constituyen una garantía para el imputado. Si bien son normas establecidas a nivel de reglamento, suscribimos a la posición de María Inés Horvitz y Julián López, en el sentido que la figura de la nulidad procesal no sólo es aplicable cuando se ve atacada una norma de rango constitucional o legal, sino que la exigencia del perjuicio se vería cumplida al configurar una desventaja para el imputado en relación al Ministerio Público, dado que el artículo 159 del Código Procesal Penal, en caso alguno hace mención al rango de la norma³⁷.

³⁶Fernández, José Manuel, (2008) “*Minuta: Algunas consideraciones relativas a la aplicación de la ley N°19.970 sobre ADN y su reglamento*”. Departamento de Estudios Defensoría Nacional. Pp 22 disponible en www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/3862.pdf (última visita 21 de diciembre 2017.)

³⁷ Horvitz, María Inés - López, Julián, (2004) “*Derecho Procesal Penal Chileno*”, Tomo II, Santiago: Editorial Jurídica. Pp 397.

4. La evaluación pericial psicológica de credibilidad de testimonio.

4.1 Consideraciones previas.

Como se ha sostenido a lo largo del presente trabajo, las opiniones de los expertos son fundamentales al momento de otorgar elementos para los jueces al momento de dictar una sentencia. Especial relevancia cobran estos expertos en materias por ejemplo de abuso infantil, donde la víctima por diferentes motivos de desarrollo o trauma, sus relatos y por sobre todo la veracidad de los mismos, son difíciles de conseguir y de calificar. De esta manera desempeñan un papel de apoyo a la administración de justicia, actuando en base a su objetividad e imparcialidad³⁸.

Dicho lo anterior, no sólo es necesario que los psicólogos o los psiquiatras sean personas altamente preparadas para desempeñarse en un proceso judicial sino que también es de suma importancia el procedimiento por el cual obtienen el testimonio de la víctima o supuesta víctima.

Pese lo señalado anteriormente, nuestra legislación no se hace cargo de esta necesidad abarcándola en su aspecto formal y no el fondo de la pericia. Esto porque como señalamos anteriormente el artículo 314 del Código Procesal Penal consagra la procedencia de la prueba pericial cuando por circunstancias relevantes fueren necesarios o convenientes. Por su parte el artículo 315 del mismo cuerpo legal indica los contenidos que debe tener el informe sosteniendo que *sin perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar ante el tribunal acerca de su informe, éste deberá entregarse por escrito y contener: a) La descripción de la persona o cosa que fuere objeto de él, del estado y modo en que se hallare; b) La relación circunstanciada de todas las operaciones practicadas y su resultado, y c) Las conclusiones que, en vista de tales datos, formularen los peritos conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio. No obstante, de manera excepcional, las pericias consistentes en análisis de alcoholemia, de ADN y aquellas que recayeren sobre sustancias estupefacientes o psicotrópicas, podrán ser incorporadas al juicio oral mediante la sola presentación del informe respectivo. Sin embargo, si alguna de las partes lo solicitare fundadamente, la comparecencia del perito no podrá ser substituida por la presentación del informe.*

³⁸ Revista Ministerio Público N°34 “Evaluación Pericial Psicológica de credibilidad de testimonio” (2008). Pp. 221 Disponible en <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=370&pid=36&tid=1&d=1>.

Pese a lo anterior, la legislación nacional presenta un vacío importante, dejando al juez solo en el intento de establecer y de incorporar la pericia como prueba relevante en un determinado proceso judicial. Es así, por ejemplo, que cualquier profesional psicólogo o psiquiatra puede ser llamado como perito o testigo a exponer en un juicio oral, sin necesidad que una institución o entidad especializada invista de poder o legitimidad para actuar en un determinado proceso. Es deber del juez valorar la idoneidad del experto en el mismo juicio por medio de la valoración que este haga de los exámenes y contra exámenes de la fiscalía, el defensor y el propio tribunal³⁹

4.2. Hacia un sistema de evaluación de credibilidad.

Como señalábamos anteriormente la necesidad del juez de recurrir a un experto en cierta materia viene dada por la necesidad de del juez de valorar aspectos que van más allá de lo jurídico. De esta manera el informe pericial psicológico debe estar debidamente fundado y carecerá de eficacia probatoria si este no fuese claro o sus explicaciones deficientes, debiendo de esta forma bastarse así mismo, otorgando todos los elementos de juicio necesario para que el juez, dentro de su libertad para valorar la prueba, la considere como válida y suficiente para establecer como probado el hecho objeto de la pericia⁴⁰.

Es por esto que se ha intentado generar parámetros y estándares universales para establecer la veracidad de las pericias realizadas. Un primer intento es el denominado “Análisis de validez de contenido” que se trata de un instrumento psicométrico usado en el ámbito forense que evalúa la credibilidad de las declaraciones de los menores abusados sexualmente analizando el contenido de sus relatos⁴¹ que nace de la integración de variados estudios y sistemas de evaluación que consta en un protocolo de entrevista; un análisis del contenido Basado en Criterios (conocidos como CBCA) y una lista de validez. Los criterios abarcan entre otras cosas la estructura lógica del relato, la presencia de detalles en el relato, la descripción de interacciones, asociaciones externas, admisiones de falta de memoria, entre otros criterios.

³⁹ Ídem.

⁴⁰ Ídem Pp 222.

⁴¹ Gaceta Internacional de Ciencias Forenses. “Sistema de análisis de validez de las declaraciones (protocolo SVA en un caso de abuso sexuales entre menores. Descripción de criterios y su aplicación.” (2014). Disponible en https://www.uv.es/gicf/5C3_Presentacion_GICF_12.pdf (Última visita 7 de febrero de 2018)

Luego por medio del análisis de los criterios se establece una valoración de los mismos que arroja como resultado la opinión del perito clasificando el relato del menor.

Sin embargo todo lo anteriormente expuesto no forma parte de nuestro sistema legal, dado que el SAV como los CBCA son elementos propios del área de la psicológica que del área legal, delegando única y exclusivamente en el criterio del juez, basado en la opinión del experto la determinación de si la pericia es considerada prueba suficiente para acreditar el hecho en cuestión.

Pese a lo anterior queda de manifiesto que este procedimiento no es suficiente y que además no es desconocido para los jueces, ya que por ejemplo el Tribunal De Juicio Oral en lo penal de Chillan, 2007, en causa RIT 101-2007, la cual es desarrollada en el siguiente capítulo, donde el tribunal desestima un peritaje realizado por un perito que cataloga un testimonio como altamente creíble al cumplir con la mayor parte de los criterios CBCA pero que, a juicio del tribunal fueron omitidas importantes circunstancias externas al relato, que a juicio del tribunal, influyen de manera sustancial en el testimonio mismo.

De esta manera resulta manifiesto que es importante estandarizar y establecer un sistema de evaluación, no sólo a nivel de menores, sino que un sistema global, donde no sólo confluyan los elementos psicológicos basados en criterios aceptados por los expertos, sino también medidas aptas y optimas de obtención de los relatos.

5. Casos relevantes.

5.1. El proyecto inocentes.

Desde hace un tiempo, este problema ha sido foco de preocupación por parte de la doctrina nacional. Pese a no contar con estadísticas claras que nos permitan visualizar de manera concreta el problema, han surgido diferentes organizaciones que tienen por objeto sacar a la luz y poner el tema sobre la mesa.

Es así como nace el “Proyecto Inocentes”, proyecto impulsado por la Defensoría Penal Pública, que tiene por objeto imponer nuevos desafíos, mejorar ciertas prácticas, hábitos, rutinas de trabajo de los principales actores del sistema judicial.⁴²

Dentro de sus objetivos, señalan que el proyecto busca alertar al público general los problemas a los que se enfrentan los imputados, a través de casos concretos, y demostrar que fueron perseguidos por errores del sistema de persecución penal. *“La finalidad de este proyecto es desarrollar una transformación ligada a la noción de cambios que propicio la reforma procesal penal chilena respecto de algunas instituciones y procedimientos, promoviendo la discusión -a través de la descripción y análisis de las causas frecuentes que inciden en la privación de libertad de personas inocentes sometidas a prisión preventiva como resultado de investigaciones viciadas- y abriendo el debate acerca de los métodos utilizados en los procesos de reconocimiento o interrogatorio, sobre acceso a pruebas de ADN, preservación de la evidencia y sobre reparaciones e indemnizaciones a personas que fueron privadas de libertad y sobre las cuales se comprobó su total inocencia”*.⁴³

Es así como la Defensoría Penal Pública a través de este proyecto pretende “contribuir a incrementar el conocimiento de la realidad chilena a partir del examen detallado de casos de condenas erróneas”.

De acuerdo al proyecto, se han podido identificar varios casos paradigmáticos donde la prueba pericial en un cominezo fue mal aplicada. Son cuatro casos en los que el imputado ha sido perseguido de manera injusta, por problemas en el procedimiento pericial, donde las pericias carecen de estándares científicos suficientes o de peritos que exceden su área de conocimiento.

Con estos cassos podemos ilustrar que la realidad de los errores no es ajena en nuestro sistema penal sino que se trata un problema recurrente, del cual lamentablemente no tenemos certeza de su real envergadura, ya que si bién se han identificado estos cuatro casos, perfectamente podría afectar muchos otros porcedimientos. Según lo anterior es importante recordar que el recurso de revisión, que es la forma a través del cual es posible revisar las sentencias firmes, la tasa donde se acoge es muy menor.

⁴² Véase www.inocentes.cl (última visita 21 de junio de 2017)

⁴³ Ídem.

A continuación enumeramos los casos, y reproducimos los considerandos relevantes que se refieren a la prueba pericial en particular.

5.2. Caso Fernando Vásquez Mamani.⁴⁴

Este caso que se dio en el año 2003 en la región de Tarapacá. Se trató de un ciudadano boliviano que ingresó a Chile por un paso no habilitado.

El ciudadano fue apresado luego de un control de identidad, en el cuál reconoció que ingreso al país de manera ilegal. Dentro de sus pertenencias, los agentes encontraron un medicamento para la tos, un champú y un talco para pies. Los agentes le realizaron un test de droga al talco aduciendo que este expelía olor a pasta base. Se le aplico un test de drogas al producto que arrojó negativo, sin embargo, de todas maneras el ciudadano boliviano fue apresado y llevado al cuartel donde una vez más se sometió la sustancia al test, donde si arrojó un resultado positivo.

En la audiencia de formalización la defensa argumentó que ante dos pruebas periciales que arrojen resultados disímiles, obviamente delata algún tipo de irregularidad o de defecto al momento de realizar la prueba. El Juez de Garantía aceptó el argumento de la defensa sin perjuicio de que decreto la prisión preventiva para Vásquez, la que se extendió por 61 días.

La muestra fue enviada al Instituto de Salud Pública donde se le realizo una tercera prueba la que arrojó un resultado negativo. De esta manera el tribunal, ante la pericia sobreseyó definitivamente a Vásquez, el cual paso aproximadamente dos meses privado de libertad.

5.3. Caso Alonso Etcheverria Martínez.⁴⁵

Es el caso de un ciudadano chileno acusado de autor del delito de abuso sexual en su grado de consumado. El imputado, al momento de la acusación trabajaba como auxiliar de un colegio.

⁴⁴ Más detalles en http://www.inocentes.cl/casos/detalle/10/fernando_vasquez-mamani (última visita 21 de junio de 2017)

⁴⁵ Más detalle en http://www.proyectoinocentes.cl/casos/detalle/8/alonso-etcheverria_martinez (última visita 21 de junio de 2017)

La denuncia provino de un menor que aseguraba que había tocado en reiteradas ocasiones por Etcheverría.

Una de las pruebas presentadas por la fiscalía fue el peritaje de una psicóloga que aseguraba que el relato del menor era altamente creíble. Sin embargo en el juicio oral, el tribunal desestimó la acusación aduciendo los cambios en el relato del menor. Además la sentencia desestima la prueba pericial presentada por el ministerio público señalando, los mismos jueces, que la metodología empleada como los posteriores procedimientos no se ajustaron a los estándares requeridos para formar la conclusión expuesta por el perito, según el considerando séptimo de la sentencia⁴⁶.

El acusado fue absuelto luego de pasar 123 días en prisión preventiva.

⁴⁶ “SEPTIMO: Respecto de la conclusión vertida por la perito sicóloga María Cecilia Guzmán Cáceres, referente a la credibilidad del relato del menor, el que ubica en el rango de altamente creíble, al estar presente 16 de los 19 criterios según el protocolo CBCA. Y luego, dimensionó el daño asociado a la experiencia narrada por el niño, concluyendo que hubo un evento vivido en el colegio, que presentaba un quiebre en la vivencia del niño, lo que generó un cambio total. Debe tenerse presente, que la perito indica que realizó la entrevista semiestructurada al niño, que tuvo acceso a documentos enviados por la Fiscalía, precisando que solo fue la declaración que hizo el menor, y tuvo conocimiento de lo sucedido, a partir de lo que el padre le relató. Pero, la profesional no hizo una descripción de la personalidad del niño ni consignó el hecho de haber realizado pruebas pertinentes a determinar el grado de sugestibilidad de éste, las que hubieran arrojado un antecedente importante, habida consideración que según lo expuesto por la perito, el menor develó la situación por la presión constante de la familia para que explicara el gran rechazo para ir al colegio. Tampoco, indica si se efectuaron evaluaciones de memoria, ni del contexto de interacción del menor.

Las razones se encuentran en la misma metodología del procedimiento que dijo que empleó, pues utilizando como fuente de información un estudio difundido por SENAME sobre los peritajes psicológicos en abuso sexual infantil, el tribunal se ha impuesto en orden a que el SVA referido es un set de técnicas que incluye la entrevista y procedimientos posteriores analíticos para obtener y evaluar las declaraciones. Así, la perito Guzmán realizó la entrevista semiestructurada del menor que le impone tal protocolo, luego también aplicó el análisis de contenido del relato basado en criterios (CBCA), sin embargo ninguna referencia realizó a la etapa final denominada “comprobación de su validez” que consiste en “la aplicación de la lista de control de validez (Raskin & Esplín, 1991) al cuerpo entero de datos recopilados a través de los medios legales y psicológicos pertinentes al caso. Esta lista se compone de cuatro categorías de información para ser analizada. 1) Las características psicológicas del niño/a: referido a su nivel lingüístico y cognoscitivo. 2) Características de la entrevista del niño o niña y el examinador. Se refiere a si la entrevista se realizó adecuadamente. 3) Factores motivadores pertinentes al niño o niña y otros involucrados en las alegaciones. Se refiere a si existen motivos para formular una falsa declaración y 4) Las preguntas investigativas con respecto a la consistencia y realismo del cuerpo entero de datos. Se refiere a cuestiones como evidencia externa e incuestionabilidad.

En una línea de desarrollo de temas particulares, por ejemplo, Bruck y CECI (1993/1995) destacan el modo en que la competencia de niños y niñas y la exactitud de información pueden ser saboteadas por los procedimientos de investigadores incompetentes y técnicas de entrevista inadecuadas. Por otra parte, Leonore Terr (1994) da énfasis a la exactitud de la memoria de niños/as, a la vez que Elizabeth Loftus (1994) sostiene la falibilidad de la memoria infantil. Estos dos últimos desarrollos son interesantes, dado que el juicio sobre la exactitud o no de la memoria infantil tiene como exigencia fundamental que el entrevistador utilice técnicas legítimas y ecológicamente válidas.” (Contenido en el documento de trabajo citado anteriormente). Por lo expuesto los sentenciadores no le darán valor alguno a este peritaje, por ser altamente incompleto y ambiguo. Sentencia Tribunal De Juicio Oral en lo penal de Chillan, 2007, causa RIT 101-2007, RUC 06004409190-4.

5.4. Caso de C.P.P.F.⁴⁷

Es el caso de un ciudadano chileno que fue acusado de abuso sexual y violación en contra de una menor.

La acusación se basó principalmente en el testimonio de la madre de la menor como de un diagnóstico realizado por un médico general que estableció la existencia de un delito. La defensa sostuvo como argumentos la retractación de la niña como un segundo examen, realizado por un especialista en ginecología y obstetricia, que concluyó que no presentaba ningún tipo de lesión atribuible a un abuso sexual.

El tribunal oral en lo penal de Coyhaique, absolvió al imputado señalando que no se pudieron configurar los delitos acusados por la fiscalía. El imputado fue puesto en libertad luego de permanecer 220 días en prisión preventiva.

5.5 Caso de Elías Cartes Parra⁴⁸.

Elías Cartes es un ciudadano chileno que fue acusado como autor del delito de homicidio del sacerdote Cristián Fernández Fleta, en la localidad de Chillan.

La fiscalía sostenía que el sacerdote fue encontrado muerto en el domicilio del acusado donde se tomaron muestras de sangre y vellos púbicos. Realizadas múltiples pruebas de ADN, el laboratorio informa que la sangre encontrada en el lavamanos, era una mezcla con la de la víctima, correspondía al perfil genético del acusado, como así también los vellos púbicos.

Sin embargo la defensa pudo desvirtuar las pruebas presentadas por la fiscalía sosteniendo que las muestras encontradas pertenecían a la víctima y un tercer sujeto pero que ninguna correspondía al perfil genético de Elías Cartes. Alegó la defensa que las pruebas periciales del Ministerio Público incumplían con el estándar exigido por la legislación chilena, por los que las conclusiones expuestas por los peritos debían ser consideradas como científicamente incorrectos o insuficientes.

⁴⁷ Más detalles en http://www.proyectoinocentes.cl/casos/detalle/26/c-p_p-f(Última visita 21 de junio 2017)

⁴⁸ Más detalles en http://www.proyectoinocentes.cl/casos/detalle/42/elias-cartes_para (Última visita el 21 de junio de 2017)

Los jueces orales decidieron absolver al acusado por la falta de rigor científico de la pericia presentada por la parte acusadora. Elías Cartes pasó 160 en prisión preventiva y 90 días con reclusión nocturna.⁴⁹

⁴⁹ “DECIMO: *Que, en efecto, el tribunal, apreciando con libertad la prueba rendida en la audiencia, sin contrariar lo principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, considera que la prueba incorporada al juicio no es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al acusado, establecida en la Constitución Política de la República, en los Tratados Internacionales vigentes suscritos por nuestro país, y recogida en el artículo 4° del Código Procesal Penal. En este caso el acusador tenía la imperiosa carga procesal de presentar en este juicio evidencias que, reuniendo las mínimas condiciones de congruencia y verosimilitud, permitieran al tribunal adquirir una plena convicción, más allá de cualquier duda razonable, de la existencia del hecho punible y de la culpabilidad del encartado. Tal imperativo no se cumplió en la causa, puesto que los antecedentes de cargo resultan insuficientes para establecer con certeza y fuera de toda duda la participación culpable que el persecutor atribuye al acusado.*

DECIMO CUARTO: ...Sí ha quedado acreditado que el vello púbico 29.4 encontrado en el piso en los alrededores cerca de la taza del inodoro de la casa de la víctima es, en una altísima probabilidad, del enjuiciado. Tal hecho ha sido establecido legalmente con los dichos del perito bioquímico Hans Guillermo Krautwurst Córdova, quien concluye una probabilidad única, considerando la población mundial, de que lo sea, lo que ha sido corroborado por la perito de la defensa, bioquímico forense Shirley Villouta Bustamante, quien llega la misma conclusión. No obstante, tal antecedente no permite ligar de manera certera al encartado con el homicidio, toda vez que ha resultado probado, como se ha dicho, que él habitó esa casa, en compañía de su polola, hasta aproximadamente una semana antes del crimen, de manera tal que no es posible concluir inequívocamente, sin vulnerar gravemente las reglas de la lógica, que tal vestigio orgánico provenga precisamente de la oportunidad en que el crimen se perpetró.

...La conclusión del perito señor Krautwurst Córdova en cuanto a que existe una altísima probabilidad de que material genético correspondiente a sangre o fluidos orgánicos del acusado hayan contribuido a la mezcla encontrada en el lavamanos en el lavamanos de la casa, ha sido desvirtuada fundadamente por la referida perito de la defensa Shirley Villouta Bustamante, según ya se ha expuesto al reproducir su declaración, quien concluye que a dicha mezcla contribuyen de dos a diez individuos, entre los cuales no se encuentra el enjuiciado; precisa que la ley N° 19.970 y su Reglamento, contenido en el Decreto 634 de 25 de noviembre de 2008, en su artículo 22 señala los procedimientos a realizar por los laboratorios, y exige 13 marcadores genéticos presentes y permite hasta 2 exclusiones, y aquí hay 3.

Efectivamente, el Decreto 634, Reglamento de la ley N° 19.970 que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN, publicado el 25 de noviembre de 2008 y, por tanto, plenamente vigente al momento de ser practicadas las pericias respectivas, señala en su artículo 24 que en los informes deben expresarse los resultados como exclusión cuando no exista correlación alfanumérica entre dos o más marcadores genéticos analizados de dos o más huellas genéticas, cuyo es el caso de que se trata, en que no existe tal correlación en tres marcadores y debió, por tanto, expresarse como exclusión”. Sentencia Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillan, 2013, Causa RIT 183-2013, RUC 0900320325-2.

CONCLUSIÓN.

Un Estado de Derecho descansa en una justicia, que tal como nos menciona Platón, tiene que ver con el uso de la razón según la verdad, incorporando en este razonamiento la fortaleza, valentía y el actuar con moderación. Sin embargo, como pudimos apreciar en el desarrollo de la presente investigación muchas de las decisiones de los jueces pueden verse afectadas por la existencia de peritos cuya preparación no es la adecuada, que no ajustan su investigación a parámetros probados, o finalmente a peritos que los suplantán y deciden por ellos mismos la contienda. Esta afectación de la decisión tomada por un tribunal puede echar al suelo cualquier credibilidad o legitimidad que tenga cualquier sistema de justicia, ya que se vulnerarían las garantías mínimas del procedimiento, teniendo como consecuencia inmediata la aplicación errónea de cierto elementos que llevan al juez a tomar una decisión equivocada.

Lamentablemente, el error se encuentra arraigado en la naturaleza del ser humano, el cual se encuentra inserto en un mundo dinámico y en constante cambio. Por su parte, es irreal llegar a suponer que los jueces, además de abogados conocedores de las leyes y de su aplicación, sean expertos en biología, criminalística, física y otras ciencias. El conocimiento y el juicio humano son falibles por naturaleza, así como los conocimientos y la ciencia.

Dicho todo lo anterior, pudimos apreciar como en nuestro país existen varios casos de errores judiciales, donde personas inocentes son acusadas y sometidas a juicio por error, siendo que nunca cometieron el delito de que se los acusaba.

Para entender estos casos marcados por decisiones erróneas fue que nos introdujimos en el análisis del procedimiento en el cual estuviera presente la prueba pericial desde sus inicios hasta su finalización, y particularmente en la concurrencia de la misma, donde logramos observar que muchas veces la falta de diligencia o preparación del juez en relación admitir o no una determinada prueba pericial, o realizar una valoración errónea de la misma, puede ser el inicio de un procedimiento marcado por la evidente falta de garantías en cuanto a la posibilidad de entregar a las partes un proceso justo y muchas veces racional. En este sentido la concurrencia de la prueba pericial en cuanto a su admisibilidad y valoración vienen a ser elementos claves en el progreso del proceso, proporcionando, en caso de ambas ser aplicados

de forma correcta, un lineamiento que permitirá al juez desenvolverse dentro del procedimiento de forma correcta, y finalmente ponderar de manera adecuada la prueba presentada durante el juicio, de manera de otorgarle a esta su valor real.

Por lo tanto, y tras lo expuesto en este trabajo pudimos apreciar que la posibilidad del error, y más precisamente, la solución, no se encuentra consagrada en nuestra legislación. El mal llamado recurso de revisión, que es de aplicación sumamente estricta, no aborda y no considera expresamente la causal del error o los nuevos conocimientos y especialidades que podrían alterar de manera categórica una decisión judicial. Sin embargo, es importante mencionar, que un cambio a este nivel es de sumo cuidado pues, si se llegase a expandir las causales podríamos llegar al inconveniente de generar en la práctica una nueva instancia en nuestro sistema de justicia.

Consideramos también valorable que se esté apuntando a la estandarización del uso de los medios de prueba por medio de exigencias, consagradas a nivel legal, como es el caso de la Ley 19.970, donde se aprecia un estricto control tanto en la obtención y custodia de las muestras que se tomen como los parámetros claros que señalen si se debe descartar o confirmar la presencia de la correlación entre la muestra y el ADN del imputado.

Así también sería importante avanzar a nivel de legislación en la unificación de criterios para establecer un sistema de valoración de los relatos obtenidos por los peritos además de una serie de requisitos que establezcan las formas y al procedimiento de obtención de las mismas debido al alto riesgo que implica tanto el paso del tiempo que modifica el relato como el desarrollo posterior de traumas o conflictos mentales que pudieren afectar la veracidad del mismo.

Así también se podría avanzar en políticas de unificación y exposición de criterios de los principales organismos nacionales periciales como son por ejemplo el Servicio Médico Legal, el Servicio Nacional de Menores, Laboratorio de Criminalística de Carabineros, Centro de Atención a Víctimas de Atentados Sexuales entre otros para avanzar de manera progresiva a procedimientos rigurosos de obtención de las pericias, aumentando los factores de confiabilidad de las mismas.

Por lo tanto podemos señalar que efectivamente, la prueba pericial es un elemento esencial en las decisiones judiciales penales y que es, con todos sus defectos, uno de los mejores mecanismos que tenemos para tomar las mismas decisiones, pero, como parte de la ciencia y de la naturaleza humana nunca tendrán una eficacia total o una certeza absoluta. Sin embargo es importante hacerse cargo del problema y comenzar a estudiar la manera de implementar ciertos mecanismos que nos permitan lograr tener un sistema totalmente legítimo, donde sean exclusivamente los jueces, a partir de las herramientas que nos proporciona la prueba pericial, quienes tomen las decisiones a partir de una prueba admitida y valorada dentro de parámetros estrictos y definidos, de manera que aquellas decisiones se basen siempre en un proceso marcado por la correcta implementación de la prueba, el respeto de las garantías y la correcta formación y conocimientos tanto respecto del perito como el juez.

BIBLIOGRAFIA.

Cerda San Martín, R. (2010). *Elementos fundamentales de la actividad probatoria*. Santiago: Librotecnia.

Duce, Mauricio, (2013) “¿Deberíamos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile? Antecedentes comparados y locales para el debate”, *Revista Ius et Praxis*, Año 19,

Duce, Mauricio. (2015) “La condena de inocentes en Chile: una aproximación empírica a partir de los resultados de los recursos de revisión acogidos por la Corte Suprema en el periodo 2007-2013”.

Duce, Mauricio. (2013). “La prueba pericial” Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot.

Fernández, José Manuel, (2008) “Minuta: Algunas consideraciones relativas a la aplicación de la ley N°19.970 sobre ADN y su reglamento”. Departamento de Estudios Defensoría Nacional.

Ferrer Beltrán, Jordi (2002) *Prueba y Verdad en el derecho*, Barcelona, Marcial Pons.

Gaceta Internacional de Ciencias Forenses. (2014). “Sistema de análisis de validez de las declaraciones (protocolo SVA en un caso de abuso sexuales entre menores). Descripción de criterios y su aplicación.”

Horvitz, María Inés - López, Julián, (2004) “Derecho Procesal Penal Chileno”, Tomo II, Santiago: Editorial Jurídica.

Mardones, Fernando, “El recurso de revisión, una mezquina protección al inocente”. *Revista 93 N°6 de la Defensoria Penal Pública*, disponible www.dpp.cl/pag/190/409/revista_93_n6.

Maturana, Javier, (2014) “Sana Crítica Un Sistema de Valoración Racional de la Prueba”, Legal Publishing: Santiago.

Maturana Miquel, Cristian- Montero López, Raúl, (2010). *Derecho Procesal Penal*. Legal Publishing: Santiago.

Mosquera, Mario- Maturana, Cristián. (2010). “Los recursos procesales.” Santiago: Editorial Jurídica.

Ramos Pavlov, Bernardo (2013) Proyecto de actividad formativa equivalente a tesis magister en derecho, mención en derecho penal “Regulación, Admisibilidad y Valoración de la Prueba Pericial Penal en el Derecho Nacional”. Escuela de Postgrado Universidad de Chile.

Revista Ministerio Público N°34 (2008). “Evaluación Pericial Psicológica de credibilidad de testimonio”

Taruffo, Michelle. (2009). La prueba. Artículos y Conferencias. Editorial Metropolitana: Santiago.

Vázquez Rojas, María del Carmen. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Buenos Aires. Marcial Pons.