



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

EL INFORME FINAL DE ACCIDENTES DE AVIACION CIVIL

COMO MEDIO DE PRUEBA

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

Estudiantes: Esteban Tomás Barrientos López y

Juan Ramón Luis Calderón Tamayo

Profesora Guía: María de los Ángeles González Coulon

Santiago de Chile, 2019

RESUMEN

En este trabajo se analiza la incorporación probatoria del Informe Final de Investigación de Accidentes de Aviación Civil, emitido por la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC), cuyo único objetivo, según el Anexo 13 del Convenio de Chicago, es el de establecer la causa del accidente para así efectuar recomendaciones de seguridad que permitan evitar la repetición del accidente y no el establecimiento de culpas o responsabilidades.

La incorporación probatoria del Informe Final puede afectar dicho objetivo.

Por ello, en esta tesis se analizan las relaciones entre la investigación técnica y los procesos judiciales, las limitaciones a la incorporación probatoria del informe y la naturaleza de éste como medio de prueba.

En cuanto a sus relaciones, se evidencia que ambas comparten el objetivo de descubrimiento de la verdad del accidente, pero se diferencian en su regulación y contexto.

En lo relacionado a su incorporación probatoria, el I.F es un medio de prueba ilegal e ilícito.

En lo tocante a su naturaleza como medio de prueba, se consideran dos perspectivas. Como fuente de prueba no es un instrumento público, sino un documento oficial dotado de una presunción de autenticidad y veracidad. Como medio de prueba, es un testimonio experto documentado, por lo que, para proteger el derecho al contradictorio de las partes, no puede incorporarse como prueba documental, sino a lo más, como un testimonio documentado sometido a la validación de las partes con la aquiescencia del tribunal.

Al mismo tiempo, su valoración debe ser cuidadosa considerando que la DGAC es un ente parcial y que, por lo tanto, no es un auxiliar de la administración de justicia.

También, debe considerarse que el I.F. es una prueba científica y debe evitarse su sobrevaloración.

En sede civil, el I.F. es valorado como una presunción judicial.

AGRADECIMIENTOS

A mis viejos por enseñarme el valor del esfuerzo y la perseverancia;

A mi hermano Toño, por estar siempre allí;

A, Rodrigo Hananías, quien me dio la idea de desarrollar este tema y quien me ha formado como futuro abogado.

A la Fiscalía de Sky;

A Carlos Fernández y José Ojeda, cuya ayuda fue crucial en los momentos más difíciles de este trabajo.

Esteban Barrientos López.

A mi familia, quien me ha apoyado en todo el trascurso de la carrera y

A mi compañero de tesis, Esteban Barrientos que me dio esta gran oportunidad de trabajar con él.

Juan Calderón Tamayo.

“La aviación, en sí, no es inherentemente peligrosa. Pero en un grado mayor que la actividad marítima, no perdona ningún descuido, incapacidad o negligencia.”¹

(Bennun and McKellar 2009, 738)

¹ Aviation, in itself, is not inherently dangerous. But to an even greater degree than the sea, it is terribly unforgiving of any carelessness, incapacity or neglect.

INDICE

INTRODUCCION	9
CAPITULO I: LA INVESTIGACION TECNICA DE ACCIDENTES DE AVIACION CIVIL	13
1. La accidentabilidad en la aviación.	13
2. El error humano.	15
3. El marco normativo de la investigación de accidentes e incidentes de aviación civil.	18
3.1. La regulación internacional.	18
3.2. La regulación interna.	28
CAPITULO II: LA INVESTIGACION TECNICA, JURISDICCION, PROCESO Y PRUEBA.	35
1. La jurisdicción.	36
2. El proceso.	40
2.1. La doctrina clásica.	43
2.2. La doctrina moderna o garantista.	44
3. La prueba judicial y el accidente de aviación.	46
3.1. El concepto de prueba y su relación con la verdad y la justicia.	47
3.2. La concepción de verdad en el proceso.	49
4. Paralelo entre el proceso judicial e Investigación Técnica.	51
CAPITULO III: LIMITACIONES A LA PRUEBA E INFORME FINAL	59
1. Limitaciones a la prueba en Chile en relación con la incorporación probatoria del I.F.	61
1.1. Admisibilidad de los medios de prueba y el I.F.	61
1.2. Legalidad de los medios de prueba y el I.F.	63
1.3. Licitud de la prueba y el I.F.	70
2. Limitaciones a la incorporación del I.F. como medio de prueba en el derecho comparado.	77
2.1. El caso de Estados Unidos de América.	77
2.2. El caso de Nueva Zelanda.	82
2.3. El caso de España.	85

CAPITULO IV: LA NATURALEZA DEL INFORME TECNICO COMO MEDIO DE PRUEBA	89
1. El I.F. como fuente de prueba.	90
1.1. EL I.F. como documento público.....	92
2. El I.F. como medio de prueba.....	101
2.1. Los diversos caracteres probatorios del I.F. en el derecho procesal civil y penal chileno.....	109
2.2. Algunas consideraciones generales en torno a la valoración del I.F. .	141
CONCLUSION	151
BIBLIOGRAFIA	160
NORMATIVA	167
JURISPRUDENCIA	169

INTRODUCCION

Cuando un pasajero se dispone a viajar en un vuelo comercial, el tramo más peligroso es el del viaje de su casa al aeropuerto, que el vuelo en sí mismo. En efecto, la posibilidad de morir en un accidente de automóvil es de 1 en 356.357, mientras que la de morir en uno de aviación comercial es de 1 en 1.125.000.

En efecto, mientras que año a año aumenta la tasa de fallecidos en accidentes de tráfico, la tasa de fallecidos en accidentes de aviación civil continua a la baja, pese al aumento sostenido del tráfico aéreo².

Ello es fruto de una cultura preventiva proactiva, de carácter público privada, adoptada desde temprano³ por la industria aérea, fundada en entender las causas de los accidentes para impedir su repetición o minimizar sus consecuencias, permitiendo que el avión sea el medio de transporte más seguro existente.

Esto no es menor, si consideramos las graves consecuencias de un solo accidente y, por tanto, lo conveniente de asumir el costo de evitarlo versus el de sufrirlo.

Pero los costos de un accidente no solo empecen a los directamente afectados. La industria aérea opera con aeronaves fabricadas en serie, bajo economías de escala e internacionalmente, por lo que si ocurre un accidente de un determinado fabricante en determinado lugar, es muy probable que ocurra

² En lo corrido del decenio, solo 2347 personas han perecido en dichos accidentes, mientras que el número de fallecidos en accidentes de tráfico es 1.250.000 por año.

³ La primera regulación de investigación de accidentes de aviación civil nace en Estados Unidos con la *Air Commerce Act of 1926* que encomendó al *Department of Commerce* su investigación técnica.

otro en un lugar distinto al protagonizado por el mismo modelo de aeronave, por las mismas causas y en otro lugar⁴ .

En consecuencia, la Convención de Chicago de Aviación Civil Internacional dispone que ante un accidente es obligación del Estado del suceso realizar una investigación técnica estatal independiente y especializada, de carácter paralela a los procesos judiciales, pero erróneamente consideradas lo mismo pues “ [...] tanto la investigación técnica como la procesal se desarrollan sobre los mismos hechos y en la mayoría de las ocasiones con idénticos medios, pero con distintos procedimientos y finalidades. ” (Nadal 2014, 19)

La investigación técnica es un proceso científico de recopilación y análisis de hechos que indaga las causas del accidente para plasmarlas en un informe técnico final que formula recomendaciones de seguridad que eviten su repetición por esa causa o similares. Por esto, mira hacia el futuro, pues busca proteger el derecho a la vida y a la integridad personal con efectos universales, involucrando a un número indeterminado e indeterminable de sujetos. (Capaldo y Ortíz 2000)

En consecuencia, no busca establecer culpas ni responsabilidades, pues su finalidad es preventiva y no punitiva (Guerrero Lebrón 2017), carece de lógica adversarial pues no hay partes con intereses opuestos. Específicamente,

⁴ En la madrugada del 6 de febrero de 1996, el vuelo 301 de la aerolínea turca Birgenair, operado en un Boeing 757, cubría la ruta Puerto Plata – Frankfurt con 189 personas a bordo. Tras el despegue, la tripulación advirtió una falla en el velocímetro que provocó una pérdida del control de la aeronave, la cual se estrelló en el mar. Perecieron las 189 personas a bordo. La investigación técnica descubrió que uno de los sensores del tubo Pitot del velocímetro estaba obstruido por nidos de avispas, constatando también que la tripulación fue incapaz de reaccionar adecuadamente a una falla del velocímetro.

Como un Déjà vu, la madrugada del 2 de octubre de 1996, el vuelo 603 de Aero Perú, operado también por un Boeing 757, cubría la ruta Lima – Santiago de Chile con 70 personas a bordo (entre ellos, 30 chilenos). Tras el despegue, la tripulación reportó falla total de instrumentos de vuelo. Intentando volver a Lima de noche, sin referencias visuales, y desconociendo su verdadera altitud, se estrelló en el mar. No hubo sobrevivientes. La investigación técnica estableció que la causa probable fue la obstrucción de los sensores estáticos producto de un error de un operario quien, tras una operación rutinaria de limpieza, no retiró la minúscula cinta autoadhesiva que los protegía, aunque constató que la tripulación fue incapaz de reaccionar eficazmente a una falla de instrumentos.

Estos descubrimientos hicieron obligatoria una instrucción especial a las tripulaciones sobre falla de instrumentos de vuelo en los Boeing 757 y otros similares, además de procedimientos más estrictos en la protección y revisión de los sensores. No se han repetido accidentes por esa causa. Es indeterminable el número de vidas salvadas por este trágico descubrimiento.

es una obligación del Estado del suceso. En esta sede, prima un principio de independencia en tres niveles que protege su celeridad, objetividad y eficiencia en el proceso de establecimiento de la causa probable o de factores contribuyentes que lo provocaron.

A nivel internacional, está regulada por el Convenio de Chicago de Aviación Civil Internacional y su Anexo. Internamente, se rige por el Código Aeronáutico y los reglamentos reglamento DAR-13 y DAN – 13 de Investigación de Accidentes e Incidentes de Aviación Civil Internacional, normas que encomiendan la investigación a la DGAC, órgano, al mismo tiempo, tiene a su cargo la gestión y fiscalización del sistema aeronáutico nacional.⁵

Por otro lado, la investigación judicial es un proceso de recopilación de antecedentes con un doble fin. El primero es individualizar a los responsables civiles y penales de un determinado siniestro (Capaldo y Ortíz 2000); el segundo, la de reunir los medios de prueba que afirmen la veracidad de los enunciados fácticos sostenidos por las partes.

Pese a que estas distinciones son de antaño reconocidas por la legislación comparada, son alarmantemente desconocidas en nuestro derecho. Ello implica que el informe técnico sea el principal medio de prueba para el establecimiento de culpas o responsabilidades. Ello afecta la disponibilidad futura de información de seguridad operacional. Y, como ello no fuera suficiente, el ente técnico que realiza la investigación no es imparcial, al ser un eventual parte en cualquier proceso judicial.

En consecuencia, en esta tesis se estudiará la utilización del informe técnico como medio de prueba. Para ello, se analizarán las relaciones entre proceso e investigación técnica, particularmente las limitaciones probatorias a la incorporación del Informe Final como medio de prueba, además de analizar su naturaleza probatoria.

De esta forma, este trabajo constará de cuatro capítulos:

⁵ O sea, es juez y parte.

En el primero, titulado “La Investigación técnica de Accidentes de Aviación Civil”, se expondrán los fundamentos técnicos y legales de dicha investigación;

En el segundo, denominado “La investigación técnica, jurisdicción, proceso y prueba.”, se analizará la investigación técnica a la luz de conceptos como jurisdicción, proceso y verdad, con el fin de estudiar sus diferencias y similitudes.

En el tercero, llamado “Limitaciones a la prueba e informe técnico”, se estudiarán las limitaciones a la incorporación probatoria del I.F. tanto el derecho nacional como en el comparado.

Finalmente, en el cuarto, nombrado “La naturaleza del Informe Final como medio de prueba” analizaremos la naturaleza probatoria del I.F, tarea no menor si se considera que es asimilable a varios medios de prueba. Además, estudiaremos algunos aspectos relevantes de su valoración.

El mayor objetivo de esta tesis es el de estudiar las relaciones entre procesos e investigación técnica de aviación civil, la que demuestra ser sumamente conflictiva en virtud de los dispares objetivos que el sistema jurídico ha dotado a ambas.

En realidad, las intersecciones entre ellas no son inocuas, sino que pueden tener importantes efectos sobre la seguridad futura de las operaciones aéreas.

Por lo mismo, buscamos hallar un punto de equilibrio de forma tal de proteger la seguridad del sistema aeronáutico, como también asegure la satisfacción de las necesidades de justicia de los afectados por un accidente, al mismo tiempo que la protección de las garantías procesales de las partes.

CAPITULO I: LA INVESTIGACION TECNICA DE ACCIDENTES DE AVIACION CIVIL

1. La accidentabilidad en la aviación.

Se ha dicho que *“La aviación, en sí, no es inherentemente peligrosa. Pero en un grado mayor que la actividad marítima, no perdona ningún descuido, incapacidad o negligencia.”* (Bennun and McKellar 2009, 738)

En efecto, un solo accidente puede ser catastrófico, pudiendo causar un gran número de fatalidades, lesiones, daños y subsecuentes repercusiones mediáticas.⁶

Sin embargo, la aviación comercial es el medio de transporte más seguro existente. Efectivamente, la probabilidad de sufrir un accidente grave es de 1 en 5,4 millones de vuelos (IATA 2019), una probabilidad considerablemente menor a la de sufrir un accidente de tránsito que es de una 1 en 356.357. (OMS 2018)

En este mismo sentido, la OACI ha revelado que pese a que en 2017 volaron 4.1 billones de personas en alguna aeronave comercial, solo hubo 50 fallecidos *“representando el año más seguro de la aviación desde que se tenga registro”* con una tasa de 12.2 fallecidos por un millón de pasajeros. Por el contrario, cada año mueren 1.300.000 personas en accidentes de tráfico (OMS 2018).

⁶ El peor accidente de la historia de la aviación es conocido como El Accidente de Los Rodeos. El 27 de marzo de 1977, un Boeing 747 (también conocido *Jumbo Jet*) de la aerolínea KLM, comandado por el piloto jefe de entrenamiento de ésta, se disponía a despegar desde el Aeropuerto de *Los Rodeos* en Tenerife, España, con 248 personas a bordo.

Una cadena de circunstancias desafortunadas y errores humanos, como un frente nuboso que disminuyó a los mínimos operacionales la visibilidad de la pista y el próximo vencimiento del periodo límite de servicio de vuelo de la tripulación, provocaron que comenzará la carrera de despegue sin autorización de la torre de control y sin percatarse que en la misma pista pero, en sentido contrario, había otro *Jumbo* de Pan Am con 396 personas a bordo. Perecieron 583 personas y 61 resultaron heridas.

Esta notable cifra en seguridad sólo ha sido posible mediante grandes e históricos esfuerzos estatales e industriales encaminados a disminuir los accidentes aéreos, principalmente mediante el establecimiento de una institucionalidad estatal de investigación de accidentes aéreos.⁷

Esta esta política ha demostrado su éxito si se considera que “en los veinte años transcurridos desde 1948 y 1968 la tasa de accidentabilidad de pasajeros (que es el número de víctimas fatales por cada 100 millones de millas voladas) a nivel mundial se redujo en un factor de 10, pasando de 5 a 0,5. En 1997, treinta años después, volvió a dividirse por 10 este valor, cuanto el indicador cayó por debajo de 0,05.” (Morillas, Petit y Guerrero 2014, 716)

De todos modos, no deja de ser llamativo que en nuestro país la aviación civil general (que excluye a la comercial y la militar) registre un aumento sostenido en el número de accidentes.



Figura 1. Accidentes e Incidentes en Aviación Civil por año.

⁷ Así, el primer antecedente mundial de esta institución se remonta a 1926, cuando en Estados Unidos la *Air Commerce Act* estableció la obligación estatal del *Department of Commerce* de investigar las causas de los accidentes aéreos.

Por su lado, en nuestro país, la historia de esta institucionalidad tiene casi 90 años, específicamente desde el DFL 221 de 1931, que encomendó la investigación de accidentes aeronáuticos a tribunales especiales de carácter militar, los Tribunales de Aviación.

Esto no sólo nos indica que lo aquí se desarrollará tiene una máxima vigencia, sino que debe llamar a una evaluación crítica del sistema de prevención e investigación de accidentes de nuestro país.

2. El error humano.

El error⁸ es una parte indivisible de la conducta humana. Un reflejo de ello es que la mayoría de los accidentes en industrias riesgosas sean causados por errores. No extraña así que el 57% de los accidentes de aviación comercial sean atribuibles a errores de operarios. (IATA 2013)

Por ello, la producción de errores ha sido ampliamente estudiada por la psicología cognitiva especializada y sus conclusiones aplicadas a la formación de estrictas y confiables culturas operacionales de seguridad a las que se atribuyen la notable reducción del riesgo de accidentes en industrias como la aeronáutica.

En realidad, los desastres son rara vez el producto de un solo y monumental error. Usualmente ellos envuelven la concatenación de varios errores, usualmente muy pequeños, cometidos por una sola persona o, más a menudo, por varias. (Reason 1990)

Esto se grafica mediante la Teoría del Queso Suizo de Causación del Error (Reason 1990) representada en este diagrama.

⁸ Desde una perspectiva psicológica, el error lo constituyen aquellas ocasiones en que una secuencia planeada de actividades mentales o físicas fallan en alcanzar su resultado planeado, fallas que pueden ser atribuidas a la casualidad. (Reason 1990)

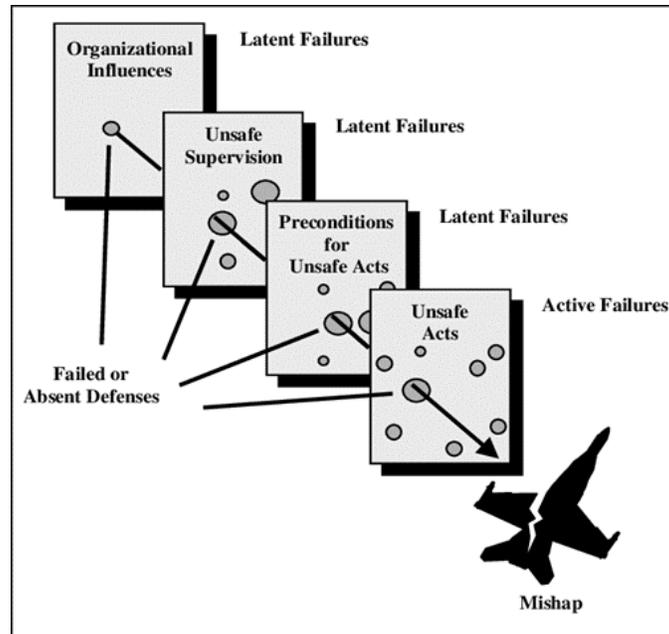


Figura 2. Esquema representativo de la Teoría del Queso Suizo. (Schapell y Wiegmann 2000)

Cada placa del queso representa una defensa o cortafuego constituida por una serie de actuaciones y responsabilidades de todos los actores de la seguridad aérea, como lo son autoridad aeronáutica, el constructor de la aeronave, la compañía, el operador de primera línea, etc.

Si cada uno cumple adecuadamente su función, el cortafuego ayuda eficazmente a prever los accidentes. Por el contrario, de ocurrir cualquier error o una transgresión, se abre una brecha representada por un agujero en una capa del queso. Aun así, lo normal es que abierta una brecha ésta sea detenida inmediatamente por el siguiente cortafuego. Pero si todos los agujeros de cada placa permiten el paso de una trayectoria rectilínea, ocurre un accidente: una trágica alineación de brechas en los cortafuegos. (Reason 1990)

Por eso se entiende que *“Las **influencias organizacionales** frecuentemente conducen a **instancias de supervisión insegura**, las cuales generan los **presupuestos para actos inseguros** y finalmente a los **actos inseguros de los operarios**”*⁹ (Federal Aviation Administration 2005)

⁹ El destacado es nuestro.

Las implicancias de esta concepción del error son varias.

Desde un punto de vista jurídico, ante un juicio de responsabilidad grado de responsabilidad por su participación en la causa del accidente (administrativa, penal o civil) debería considerar a la totalidad de los actores involucrados les será imputable algún grado de responsabilidad.

Desde una perspectiva científica y de seguridad operacional, la investigación y análisis de casos reales permite revelar las brechas y debilidades de todo el sistema, lo que permite la revisión y mejora de los actuales estándares de seguridad mediante la consideración de nuevos cortafuegos.¹⁰ De ahí que la objetividad y rigurosidad de dichas investigaciones sea un presupuesto esencial de su eficacia preventiva.

En el mismo sentido, al interior de las compañías aéreas se ha adoptado una cultura operacional multisectorial de carácter preventivo, el *Just Culture*, definido como un sistema de estudio del error que incentiva su reconocimiento para así conocer, estudiar y corregir posibles brechas en el sistema. Para hacerlo, ofrece cierta inmunidad a los operarios de primera línea que voluntariamente reconozcan sus errores en vez de sancionarlos pues¹¹ *"castigar a los controladores de tráfico aéreo, operarios y pilotos con multas o suspendiendo sus licencias puede desincentivar a los operadores de primera línea de reportar cualquier error, con la consecuente merma en la disponibilidad de información de seguridad."* (Eurocontrol 2008)

En nuestra legislación sectorial, hay dos instituciones inspiradas bajo los mismos principios.

La primera, es sistema el Sistema Anónimo de Reportes de Seguridad en Vuelo (SARSEV) regulados por la DAN 13 01¹². El SARSEV es un programa

¹⁰ Una frase popular en el rubro es que la "aviación está construida en base a accidentes."

¹¹ Sin perjuicio de no hacerlo en casos de negligencia grave, transgresiones voluntarias a la normativa y actos meramente destructivos.

¹²La DAN 13 01, Decreto Exento 0357, del Sistema Anónimo de Reportes de Seguridad en Vuelo es un sistema de información sobre eventos operacionales adversos mediante como un programa de registro de

reglamentario de registro de información obtenida a través de reportes voluntarios de sucesos o situaciones que afectan la seguridad operacional del sistema aeronáutico nacional.

La segunda, es la Investigación de Accidentes e Incidentes de Aviación Civil, cuyo único objetivo es descubrir las causas de accidentes e incidentes que permitan la formulación de recomendaciones de seguridad y de directivas de aeronavegabilidad que eviten su repetición por esa causa similares.

3. El marco normativo de la investigación de accidentes e incidentes de aviación civil.

La investigación de accidentes de aviación civil se compone por normas de carácter mixto, integradas por normas de derecho público de carácter internacional y nacional.

3.1. La regulación internacional.¹³

El 1 de noviembre de 1944, representantes de 54 Estados se reunieron en Chicago para acordar el establecimiento de una estructura legal internacional y única para los servicios de aviación civil: el Convenio de Chicago de Aviación Civil Internacional¹⁴ (desde ahora, “el Convenio”).

Hoy ratificado por 191 países, es relevante para nuestro estudio pues:

información obtenida a través de reportes voluntarios de sucesos o situaciones que afectan la seguridad operacional.

¹³ Cabe destacar las normas internacionales de la investigación de accidentes de aviación, y como la gran mayoría de las normas de Derecho Aeronáutico, provienen de obligaciones contraídas por los estados en virtud de tratados internacionales imponiendo así “ [...] a la parte contratante el deber de asegurar su estricta observancia en su ámbito jurisdiccional y, si bien cada Estado conserva su autonomía legislativa en el orden interno, los inconvenientes que derivarían de una dualidad de regímenes jurídicos sobre la materia [...] así como el valor de autoridad de las soluciones internacionalmente aceptadas, han hecho que la mayoría de las leyes aeronáuticas nacionales adopten los principios, así, alcanzando en algunos temas una apreciable uniformidad entre las diversas legislaciones aeronáuticas internas.” (Folchi 2015, 283)

¹⁴ En Chile, entró en vigor el 28 de abril de 1947.

- Es el cuerpo normativo rector de la aviación civil internacional, al establecer los derechos básicos sobre el espacio aéreo territorial, las obligaciones y derechos de los Estados sobre la aviación civil, además de las instituciones y principios básicos que rigen el transporte aéreo de personas y cosas (IATA 2013);
- Regula la investigación de accidentes e incidentes de aviación civil.

En este último sentido, el artículo 26 establece una obligación estatal de investigar los accidentes de aviación civil al prescribir textualmente que:

“En el caso de que una aeronave de un estado contratante sufra en el territorio de otro estado contratante un accidente que ocasione muerte o lesión grave, o que indique graves defectos técnicos en la aeronave o en las instalaciones y servicios para la navegación aérea, el estado en donde ocurra el accidente abrirá una encuesta sobre las circunstancias del mismo, ajustándose, en la medida que lo permitan sus leyes, a los procedimientos que pueda recomendar la Organización de Aviación Civil Internacional.”

Por otro lado, el Artículo 37 del Convenio establece que la OACI *“adoptará y enmendará, en su oportunidad, según sea necesario, las normas, métodos recomendados y procedimientos internacionales(...)”* para *“(k) aeronaves en peligro e investigación de accidentes”* que se reflejan en los 19 anexos al Convenio, obligatorios para cada estado signatario pues el mismo artículo establece un compromiso en cuanto *“(...) lograr el más alto grado de uniformidad posible en las reglamentaciones, normas, procedimientos y organización relativos a las aeronaves, personal, aerovías y servicios auxiliares, en todas las cuestiones en que tal uniformidad facilite y mejore la navegación aérea.”*

3.1.1. El Anexo 13 de Investigación de Accidentes de Aviación Civil.

El Anexo 13 de Investigación de Accidentes e Incidentes de Aviación Civil (el “Anexo”) consta de 8 capítulos, 2 apéndices y 5 adjuntos que regulan extensamente la investigación de accidentes e incidentes de aviación civil a nivel internacional, estableciendo definiciones, principios básicos de la investigación, además de obligaciones y derechos de los estados signatarios.

Así, define accidente como todo suceso relacionado con la operación de vuelo de una aeronave, periodo en el cual cualquier persona muere o sufre lesiones graves a consecuencia directa de la operación de aeronave, ésta sufra daños considerables o la misma desaparezca.¹⁵

Posteriormente, y por exclusión, precisa que incidente es todo suceso relacionado con la utilización de una aeronave, que no llegue a ser un accidente, que afecte o pueda afectar la seguridad de las operaciones.

Luego, define y regula el proceso de investigación de accidentes (“La Investigación Técnica” o “IT”). Lo define como un proceso que se lleva a cabo con el propósito de prevenir futuros accidentes, que consta de las siguientes etapas:

¹⁵ En este sentido, la definición textual es “Accidente. Todo suceso relacionado con la utilización de una aeronave, que, en el caso de una aeronave tripulada, ocurre entre el momento en que una persona entra a bordo de la aeronave, con la intención de realizar un vuelo, y el momento en que todas las personas han desembarcado, o en el caso de una aeronave no tripulada, que ocurre entre el momento en que la aeronave está lista para desplazarse con el propósito de realizar un vuelo y el momento en que se detiene, al finalizar el vuelo, y se apaga su sistema de propulsión principal, durante el cual:

a) cualquier persona sufre lesiones mortales o graves a consecuencia de:

— hallarse en la aeronave, o

— por contacto directo con cualquier parte de la aeronave, incluso las partes que se hayan desprendido de la aeronave, o

— por exposición directa al chorro de un reactor,

excepto cuando las lesiones obedezcan a causas naturales, se las haya causado una persona a sí misma o hayan sido causadas por otras personas o se trate de lesiones sufridas por pasajeros clandestinos escondidos fuera de las áreas destinadas normalmente a los pasajeros y la tripulación; o

b) la aeronave sufre daños o roturas estructurales que:

— afectan adversamente su resistencia estructural, su performance o sus características de vuelo; y

— que normalmente exigen una reparación importante o el recambio del componente afectado,

excepto por falla o daños del motor, cuando el daño se limita a un solo motor (incluido su capó o sus accesorios);

hélices, extremos de ala, antenas, sondas, álabes, neumáticos, frenos, ruedas, carenas, paneles, puertas de tren de

aterrizaje, parabrisas, revestimiento de la aeronave (como pequeñas abolladuras o perforaciones), o por daños menores a palas del rotor principal, palas del rotor compensador, tren de aterrizaje y a los que resulten de granizo o choques con aves (incluyendo perforaciones en el radomo); o

c) la aeronave desaparece o es totalmente inaccesible.”

- i. La reunión, registro y análisis de la información relevante;
- ii. La preparación de un informe preliminar, una comunicación usada para la pronta divulgación de los datos obtenidos durante la investigación, que debe publicarse y difundirse a los Estados involucrados¹⁶ dentro del plazo máximo de 30 días de ocurrido.
- iii. La determinación de las causas;
- iv. La formulación de recomendaciones de seguridad apropiadas y
- v. Entrega de un Informe Final (desde ahora, el “I.F.”). En el Informe, constan los antecedentes del accidente y su análisis, como, asimismo, el establecimiento de las causas y recomendaciones de seguridad para la prevención de accidentes.

El I.F., de acuerdo al Anexo, debe tener la siguiente estructura:

1. Título: identifica en forma completa y sucinta del accidente, como el nombre del explotador, fabricante, modelo, marcas de nacionalidad y matrícula, además del lugar.
2. Sinopsis: incluye la notificación del accidente a las autoridades nacionales e internacionales, identificar a la autoridad a cargo, detalles sobre la organización y proceso de investigación y un breve resumen de las circunstancias del accidente.
3. Cuerpo: sección comprendida por:
 - a. Información de los hechos: debiendo incluirse información completa del personal involucrado; las condiciones de aeronavegabilidad de la aeronave; performance; información meteorológica; radio ayudas; aeródromo; registradores de vuelo; restos de la aeronave y forma de impacto; información médica y de anatomía patológica; investigaciones practicadas y su metodología;
 - b. Análisis;

¹⁶ La reglamentación obligue a comunicarlo al Estado de la Empresa Aérea, de diseño, fabricación, matrícula, a todo Estado que haya solicitado información pertinente, o que haya prestado servicios de importancia, y la OACI en caso de aeronaves de más de 2.500 kg.

- c. Conclusiones: deben indicarse las conclusiones y causas, incluyendo las causas inmediatas como las mediatas derivadas del sistema aeronáutico;
- d. Recomendaciones de seguridad: debe indicar medidas para evitar un nuevo accidente con indicación de las medidas correctivas inmediatas.

3.1.2. Principios de la Investigación Técnica.

Siguiendo a Morillas, Petit y Guerrero (Morillas, Petit y Guerrero 2014), la I.T. se inspira en los siguientes principios:

i. Carácter exclusivamente preventivo de la Investigación Técnica:

El punto 3.1 del Anexo prescribe que el *“El único objetivo de la investigación de accidentes o incidentes será la prevención de futuros accidentes e incidentes. El propósito de esta actividad no es determinar la culpa o la responsabilidad.”*

Este constituye el principio rector de la investigación técnica (Morillas, Petit y Guerrero 2014), pues al tener un fin exclusivamente preventivo solo busca estudiar cuáles fueron las causas del accidente con el objetivo de formular recomendaciones sobre seguridad que permitan evitar que nuevos accidentes se produzcan por esa causa o por causas similares. (Capaldo y Ortíz 2000)

ii. Independencia de la Investigación Técnica:

El punto 3.2 del Anexo dispone: *“Los Estados establecerán una autoridad de investigación de accidentes, independiente de las autoridades estatales de aviación y de otras entidades que pudieran interferir con la realización o la objetividad de una investigación.”*

De este punto, corresponde una cláusula general del principio de independencia que se manifiesta en tres niveles:

- a. Independencia respecto de la actividad judicial o administrativa sobre la protección y custodia de pruebas para evitar las interferencias de la investigación judicial que afecten la realización de la investigación técnica.

Ello implica que la autoridad encargada debe tener control absoluto del sitio del accidente, con independencia de fiscalías o juzgados, sin perjuicio de la obligación de coordinarse con ellos.

El origen de esta norma obedece a dos razones. Primero, las policías suelen no tener experiencia en la manipulación de los componentes investigados que, en consecuencia, pueden verse accidente seriamente dañados. Segundo, si la administración interfiere monopolizando el sitio del o las pruebas, inevitablemente retrasará la formulación de recomendaciones de seguridad destinada a evitar los futuros accidentes que ocurran por esa causa o similares. (Capaldo y Ortíz 2000)

- b. Independencia de la investigación técnica en relación con todo proceso destinado a determinar culpa o responsabilidad.

Este principio se manifiesta en que:

1. La investigación técnica no puede culminar en un proceso sancionatorio, ni en sede administrativa, ni civil ni penal.
2. Los antecedentes ni el informe final pueden ser utilizados como medios de prueba.

Las razones que subyacen a este principio son varias.

La primera es consecuencia de la importancia que se da al estudio del error en aviación, reseñado en el punto 2 de este capítulo. En dicho

sistema se incentiva el reconocimiento del error y se evita su castigo, salvo aquellas conductas sean transgresiones en extremo negligentes o dolosas a la normativa que no constituyen error.

Segundo, la investigaciones judiciales o administrativa sancionatorias van en el sentido opuesto al buscar sancionar a quien ejecutó error, lo que naturalmente desincentiva su reconocimiento, especialmente cuando en sede judicial existe el principio a la no autoinculpación.

Tercero, y como consecuencia de lo anterior, la investigación técnica busca dar garantías que permitan el reconocimiento del error, lo cual no es imposible si la investigación no es independiente de cualquier proceso destinado a descubrir culpas o responsabilidades. Si no se asegura la independencia, no solo puede afectarse la eficacia de una investigación en curso, sino en las futuras pues “[...] *todo el personal aeronáutico del país (pilotos, mecánicos, controladores de tránsito aéreo, despachantes de aeronaves, tripulantes, jefes de aeródromos, etc.) confían en que la información oral, escrita o documental que provean a los investigadores de la junta no será utilizada para incriminarlos personalmente, o para incriminar a los protagonistas del accidente (normalmente sus amigos o compañeros de trabajo), o para producir ningún tipo de sanción civil, penal o administrativa. Cuando caigan en la cuenta de que la realidad indica absolutamente lo contrario, lógicamente adoptarán un comportamiento inverso. Veremos así actitudes elusivas, abstenciones de declarar, reservas y reticencias de todo tipo a la hora de pronunciarse sobre tal o cual aspecto del accidente investigado ante sus sentidos. [...]*” (Morán 2014).

De esta forma, la ausencia de independencia puede provocar una merma en la documentación y en los testimonios facilitados a los

investigadores técnicos, especialmente si puede ser utilizada en contra los involucrados que han colaborado eficazmente en la investigación. Esta aprensión reduce la profundidad y exactitud de la encuesta técnica, convirtiéndola en un mero reporte factual. (Capaldo y Ortíz 2000)

- c. Independencia de la organización respecto de otras organizaciones estatales de aviación.

El punto 3.2 prescribe que *“Los Estados establecerán una autoridad de investigación de accidentes, independiente de las autoridades estatales de aviación y de otras entidades que pudieran interferir con la realización o la objetividad de una investigación.”*

Esto implica que el mismo ente que investiga no puede ser el mismo que tiene autoridad sobre la gestión y fiscalización del sistema aeronáutico.

Esta norma busca proteger la objetividad de la investigación técnica. Se entiende que, si el mismo ente que pudo haber ocasionado o participado en la cadena causal del accidente se investiga así mismo, naturalmente no dará cuenta objetiva de sus acciones u omisiones, perdiéndose así una valiosa oportunidad de conocer fallas sistémicas que afectan al organismo regulador de la tal gravedad que pueden replicarse en un país completo y que pueden evitar otro accidente.

Es en este sentido que en el derecho comparado de establecido la institucionalidad a cargo de la investigación técnica.

Por ejemplo, en la EE.UU, la administración y fiscalización de la aviación civil se encarga a la *Federal Aviation Administration* (FAA) mientras que la investigación de accidentes se encarga a un ente

administrativo separado y especializado en la investigación de accidentes de transporte, la *National Transportation Safety Board (NTSB)*.¹⁷

iii. Protección de pruebas e información:

Hay dos áreas involucradas según este principio (Morillas, Petit y Guerrero 2014):

- a. La protección física de los restos para evitar su destrucción, responsabilidad del Estado del siniestro, quien debe proteger las pruebas y mantener la custodia eficaz de la aeronave y su contenido, durante el período de tiempo necesario para realizar la investigación. Por esto mismo, el punto 5.4 del Anexo prescribe que *“Las autoridades encargadas de la investigación de accidentes gozarán de independencia para realizar la investigación y de autoridad absoluta al llevarla a cabo, en forma consecuente con lo dispuesto en este Anexo.”*

Así, la autoridad investigativa estará facultada para tomar declaraciones, ir al lugar del accidente y custodiar los restos. Al mismo tiempo, podrá determinar el alcance y mejor proceder de la investigación según las lecciones que espera obtener de la investigación para mejorar la seguridad operacional.¹⁸

- b. La protección de información sensible para garantizar que esto no se difundirá ni se utilizará para otros fines distintos a los de la investigación técnica, punto relacionado con el principio de independencia, importante para poder garantizar que la información proporcionada por una persona en el marco de las investigaciones de seguridad no se utilizará contra la persona conforme a los principios constitucionales como el derecho a la no autoinculpación, y, general, las garantías del debido proceso, y que la divulgación de la información

¹⁷ En este mismo sentido, Australia, Reino Unido, Francia, España, Argentina, Perú, entre otros.

¹⁸ Artículo 5.4 del Anexo.

obtenida durante el transcurso de una investigación estará protegida y limitada. (Morillas, Petit y Guerrero 2014)

Así, el artículo 5.12 del Anexo dispone la reserva de ciertos antecedentes del Informe final. En efecto, prescribe que el Estado a cargo no podrá a dar conocer cierta información para fines que no sean la investigación de accidentes “ *a menos que las autoridades competentes en materia de administración de justicia de realicen la denominada prueba de equilibrio*” consistente en un ponderación judicial entre las necesidades que motivan la desclasificación de dicha información y las consecuencias adversas, a nivel nacional e internacional, que podría tener tal decisión para esa investigación o futuras investigaciones, debiendo ser aquéllas más importantes que estas últimas.¹⁹

Además, establece un principio de pertinencia en el informe final, en cuanto que de dichos datos sensibles solo se hará referencia a ellos en lo necesario para el para el análisis del accidente o incidente. Esto suele materializarse en omitir los nombres de los declarantes, o transcribir solo aquellas partes de las comunicaciones registradas que permitan fundamentar las conclusiones de la investigación.

iv. Transparencia y proactividad:

Para que las recomendaciones de seguridad sean efectivas el informe debe ser transparente y ampliamente difundido. Por lo mismo, el anexo prescribe deberes de comunicación y difusión entre los estados involucrados.

¹⁹ Hay dos categorías de dicha información. a) Las grabaciones y transcripciones de las conversaciones en el puesto de pilotaje y las grabaciones de las imágenes de a bordo, y toda transcripción de las mismas; y b) Los registros bajo custodia o control de la autoridad encargada de la investigación: las declaraciones, comunicaciones de la aeronave con servicios terrestres, la información médica o personal de los involucrados, los análisis de los registradores de vuelo por la autoridad encargada de las investigaciones de accidentes y los representantes, además del proyecto de informe final de la investigación de un accidente o incidente.

3.2. La regulación interna.

3.2.1. La autoridad aeronáutica y la institucionalidad a cargo.

La investigación de accidentes e incidentes de aviación civil en el territorio nacional está a cargo de la Autoridad Aeronáutica²⁰, esto es, la Dirección General de Aeronáutica Civil (o “DGAC”), organismo dependiente de la Comandancia en Jefe de la Fuerza Aérea (“FACH”).²¹

La DGAC se rige por la ley que “*Fija organización y funciones y establece disposiciones generales a la Dirección General de Aeronáutica Civil*”²² (“Ley DGAC”) y por el Código Aeronáutico (“el Código”).²³

La DGAC le encarga la administración y dirección de los aeródromos públicos; la administración, dirección y control de los servicios destinados a la navegación aérea y la fiscalización de las actividades de la aviación civil, en resguardo de la seguridad de vuelo, en especial las normas legales y reglamentarias de aeronavegación.

En este último sentido, la ley le concede competencia administrativa para “*r) Investigar las infracciones a las leyes, reglamentos y demás disposiciones relacionadas con la navegación aérea cuya aplicación y control le corresponda y, en especial*”²⁴, los accidentes que ocurran a aeronaves civiles de cualquiera

²⁰ Artículo 183.- La autoridad aeronáutica a que se refiere este código es la Dirección General de Aeronáutica Civil, a menos que se haga mención expresa a la Junta de Aeronáutica Civil.

²¹ “*En la mayoría de los países del mundo dichos organismos son civiles, en tanto que en América Latina aún existen algunos que dentro de estructuras militares o si están en órganos civiles son conducidos por oficiales – generalmente en y de las respectivas Fuerzas Aéreas como es el caso parcial, por ejemplo, de Chile, Uruguay y Venezuela.*” (Folchi 2015, 187)

Este primer punto se debe a una razón histórica. A diferencia países como Estados Unidos donde la aviación civil dependió de organismos civiles desde sus inicios, en Chile la aviación civil estuvo indisolublemente ligada a la Fuerza Aérea de Chile (FACH).

²² Ley 16.752 publicada el Diario Oficial 17 de febrero de 1968.

²³ Ley 18.916 publicada en el Diario Oficial el 8 de febrero de 1990.

²⁴ Destacado es nuestro.

*nacionalidad en territorio chileno y los que ocurran a aeronaves chilenas en aguas o territorios no sujetos a otra soberanía.*²⁵²⁶

De lo anterior, se evidencia una seria asimetría con el Anexo, específicamente con el principio de independencia del ente investigativo de otros organismos de aviación civil, reseñado en el punto 3.1.2, afectando la objetividad de la investigación técnica al ser la DGAC *juez y parte*, especialmente cuando de un accidente pueden emerger responsabilidades políticas, administrativas, civiles y penales de la DGAC y sus funcionarios, desnaturalizándose así el rol preventivo de la investigación técnica y convirtiéndola en un medio *ad hoc* en la defensa de su propia responsabilidad en desmedro de su eficacia preventiva.^{27 28}

3.2.2. La regulación en el Código Aeronáutico.

²⁵ Artículo 181 del Código Aeronáutico.

²⁶ Llama la atención que nuestra legislación considere a los accidentes una especie de infracción a la regulación de la navegación aérea, lo que se aleja de la concepción no punitiva de los accidentes.

²⁷ Las consecuencias probatorias de la utilización de la investigación técnica como medio de prueba serán estudiadas los siguientes capítulos.

²⁸ Un caso práctico ilustra como se manifiesta la falta de objetividad.

El día 21 de junio de 2005 a las 16:21 horas despegó un Cessna U206G de la Aerolínea Aerogala desde el aeropuerto "El Tepual" en Puerto Montt hacia Chaitén con 4 pasajeros y el piloto, quien solo estaba habilitado para efectuar vuelos bajo Reglas de vuelo visual (VFR). Las reglas VFR permiten volar siempre y cuando existan referencias visuales con el terreno, lo cual es incompatible con vuelos nocturnos o en condiciones de baja visibilidad, para lo cual se necesita un piloto con habilitación superior, la de vuelo instrumental (IFR).

A medio camino, la aeronave se encontró con un frente nuboso, lo que redujo la visibilidad hasta quedar sin ningún punto de referencia con el terreno que le permitiera orientarse, pasando a ser un vuelo bajo reglas de vuelo instrumental. En otras palabras, el piloto no sabía ni estaba habilitado para volar en condiciones de nula visibilidad.

La aeronave se estrelló contra los cerros de Comau, falleciendo 3 de los 4 ocupantes de la aeronave.

El informe final 1388 estableció como causa probable "*una falla operacional, al efectuar el piloto un vuelo visual (VFR) entre nubes (condiciones meteorológicas de vuelo instrumental o IMC), perdiendo referencia con el terreno o el agua.*" (DGAC 2005, 3)

En el informe final solo se hace referencia al error operacional del piloto, sin referirse a los factores contribuyentes, como el error de los servicios de tránsito aéreo, quienes autorizaron el despegue de una aeronave que no tenía la certeza de poder aterrizar en destino. Sin duda, un análisis de la actuación de dichos servicios era necesaria, pues la autorización de despegue era el último cortafuego que pudo haber impedido el accidente. Así, las autoridades perdieron una gran oportunidad de establecer mecanismos preventivos que evitaran nuevos accidentes por esas causas o similares.

Esto no solo implica una merma en el procesamiento de la información de seguridad operacional, sino que también las partes, especialmente las víctimas, pueden verse perjudicadas en sus pretensiones indemnizatorias contra el estado, pues el informe técnico resulta un medio de prueba *ad hoc* de la DGAC para soslayar su responsabilidad.

Y es que justamente, para evitar todas estas deficiencias, la legislación internacional estima que el ente investigador debe ser independiente de la autoridad de aviación

En el mismo sentido, el Código regula en el artículo 181 la investigación de accidentes de aviación, prescribiendo que:” *Corresponde a la autoridad aeronáutica investigar administrativamente los accidentes e incidentes de aeronaves que se produzcan en el territorio nacional y los que ocurran a aeronaves chilenas en aguas o territorios no sujetos a la soberanía de otro Estado, sin perjuicio de las facultades que corresponden a los tribunales competentes. **La investigación se realizará con el fin de determinar la causa del accidente o incidente, adoptar medidas tendientes a evitar su repetición y hacer efectiva la responsabilidad infraccional que existiere.***”²⁹

Se desprende de este artículo que el legislador le asigna la investigación técnica una triple finalidad:

1. La de determinar la causa del accidente o incidente;
2. La de adoptar medidas tendientes a evitar su repetición; y
3. La de hacer efectiva la responsabilidad infraccional.

Esto también es una asimetría respecto del principio de independencia de la investigación técnica respecto de todo proceso destinado a determinar culpa o responsabilidad.

3.2.3. El DAR 13.

El reglamento DAR 13 es una norma reglamentaria que regula extensamente la investigación de accidentes que fue aprobado mediante el Decreto Supremo N° 602 del 8 de octubre 1991, modificado por el Decreto Supremo N° 216 del 03 de diciembre de 2003.

De esta forma destacan aquellos puntos que transforman los principios de la investigación técnica, como el 7.1 en relación al principio del fin preventivo de la investigación técnica, declarando que “*Las investigaciones de accidentes, incidentes de aviación e incidentes de tránsito aéreo que realiza la*

²⁹ Destacado es nuestro.

DGAC tienen como uno de sus principales objetivos la Prevención³⁰, por lo que su propósito fundamental es evitar que sucesos que puedan comprometer la seguridad aérea, vuelvan a repetirse, lo que se obtendrá en la medida que se cumplan las recomendaciones emitidas en el Informe Final”

Destaca la particularización que realiza sobre cual información de la investigación tiene el carácter de reservada. Así, el punto 5.3.1 declara las declaraciones de testigos, pilotos o tripulaciones, tendrán el carácter de reservadas, siempre y cuando la legislación vigente les de tal carácter, respecto a: *“a) Todo relato o declaración tomada a testigos, por la autoridad Investigadora del suceso; b) toda comunicación registrada entre personas, tripulación y Servicios de Tránsito Aéreo u otras implicadas en el suceso; c) transcripciones de grabaciones de conversaciones realizadas en la cabina de mando y de pasajeros, sean estas escritas, auditivas, audiovisuales o electrónicas; d) información de carácter médico de las personas implicadas; e) expresiones vertidas en el análisis, y. f) información de los Registradores de Vuelo”*

En este punto creemos que el principio de protección de la información de seguridad y de la independencia de la investigación técnica queda insuficientemente amparado, al no ser posible que un reglamento establezca el secreto de cierta información, en especial cuando la investigación técnica es una investigación administrativa, en principio pública, como establecen los artículos 8 de nuestra Constitución y en los artículos 2°, 3° y 13 de la Ley de Bases de la Administración del Estado. (Morales Contardo y Cea Cienfuegos 2015)

Podría señalarse que la Ley Sobre Acceso a la Información Pública³¹ integra dicho vacío al permitir, que se mantendrá la reserva de la información cuando *“3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la*

³⁰ Destacado es nuestro

³¹ Ley 20.285 publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto de 2008.

mantención del orden público o la seguridad pública”, pudiendo considerarse la protección de la información de la investigación técnica una esencial para la seguridad pública.

Sin embargo, en el proceso penal las audiencias de juicio oral son públicas, salvo que el Tribunal a petición de parte y por resolución fundada, considere que ellas resultan necesarias para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio o para evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley.

Del mismo modo, el Código de Procedimiento Civil al referirse a la exhibición de documentos señala que a petición de parte podrá solicitarse la exhibición de instrumentos que existan en poder de la contraria o un tercero, con tal que tengan relación directa con la cuestión debatida y que no revistan el carácter de secretos o confidenciales.

Por lo mismo, creemos que es insuficiente que el carácter de secreto de información quede a la libertad de las partes, en especial cuando la utilización de la información de seguridad para fines distintos a la investigación técnica no solo afecta la disponibilidad futura de la información de seguridad, sino que puede afectar derechos fundamentales como lo es derecho a la vida. Por ello, es necesaria una positivización de rango legal de dichas normas, especialmente en lo referente a la prueba de equilibrio (ver punto 3.2.2).

Otro punto destacable es el que singulariza qué personal de la DGAC se le encomienda la investigación técnica, para lo cual distingue según el peso máximo de la aeronave: de ser inferior a 5.700 kilogramos, la investigación será sustanciada por un solo investigador encargado; de ser igual o mayor, ordena la constitución de una junta *ad hoc* de carácter multidisciplinario y temporal: la Junta Investigadora de Accidentes de Aviación.

3.2.4. La DAN-13.

La DAN 13 es una norma reglamentaria adicional que, a diferencia de la DAR-13 que es un Decreto Supremo emitido por el Presidente de la República, este un simple Decreto Exento y, por lo tanto, de jerarquía inferior.

Llama la atención que este reglamento, a diferencia de la normativa legal y de la DAR 13, reconozca los principios del fin exclusivamente preventivo y de independencia, estableciendo que su punto 3.1 que “El único objetivo de la investigación de accidentes o incidentes será la prevención de futuros accidentes e incidentes. El propósito de esta actividad no es determinar la culpa o la responsabilidad.” difiriendo bastante de la DAR 13.

Evidentemente, la DAN 13 es un reconocimiento de la asimetría entre la legislación nacional e internacional, pues reconoce los principios del fin único de la investigación técnica y de independencia. Sin embargo, no es suficiente dada su escasa jerarquía normativa. No es más una declaración de principios.

CAPITULO II: LA INVESTIGACION TECNICA, JURISDICCION, PROCESO Y PRUEBA.

El accidente de aviación civil es un hecho técnico y jurídico complejo que origina diversos procesos judiciales, destacando para estos efectos los procesos civiles y penales.

Estos hechos provocan que el proceso jurídico interactúe con un documento de origen administrativo, este es el I.F.

De esta manera, se produce una relación conflictiva y excluyente entre ambas investigaciones. La causa de esto es el desarrollo de sus actividades sobre los mismos hechos y con idénticos medios, pero con distintos procedimientos y finalidades. (Nadal 2014)

En efecto, se ha dicho que ambas son como “aceite y agua” y es que *“No se puede desarrollar una actividad que a la vez persigue el castigo de los culpables de conductas criminales y no pretender con ello determinar culpas o responsabilidades. Esta disparidad de fines, como tendremos ocasión de ver, se manifiesta continuamente con problemas concretos cuando las dos investigaciones se interfieren mutuamente.”* (Nadal 2014, 87)

De hecho, la Investigación Técnica se desarrolla bajo el Principio de Independencia reseñado en el capítulo anterior³², el cual tiene particulares efectos sobre la incorporación del I.F. al proceso.

Por consiguiente, en este capítulo analizaremos la naturaleza de dicha colisión desde una perspectiva procesal, interactuando con conceptos tales como la jurisdicción, proceso, prueba y verdad.

³² Independencia en sus tres niveles: a) sobre la autoridad judicial o administrativa y custodia de prueba; b) respecto a todo proceso destinado a determinar culpas o responsabilidad; c) respecto a otras organizaciones estatales de aviación.

1. La jurisdicción.

A diferencia de la investigación técnica, cuya fuente es el Convenio de Chicago, el Anexo 13 y las correspondientes normas nacionales ya enunciadas que le dan el carácter de un poder-deber administrativo, los procesos judiciales tienen su fuente en el ejercicio de la jurisdicción, que en sede penal y civil corresponde a los tribunales de justicia.

En este sentido, el Tribunal Constitucional entiende que: *“la jurisdicción es el poder deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República, y en cuya solución les corresponde intervenir³³”*.

Desde un punto de vista doctrinal, Cristián Maturana define jurisdicción como *“el poder-deber del Estado, radicado exclusivamente en los tribunales establecidos en la ley, para que éstos dentro de sus atribuciones y como órganos imparciales, por medio de un debido proceso, iniciado generalmente a requerimiento de parte y a desarrollarse según las normas de un racional y justo procedimiento, resuelvan con eficacia de cosa juzgada y eventual posibilidad de ejecución, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal y dentro del territorio de la República.”* (Maturana 2012, 45)

La institucionalidad de la jurisdicción se halla en el artículo 76 de la Constitución Política de la República y en idéntico sentido el artículo 1 del Código Orgánico de Tribunales (C.O.T. en lo siguiente) que señala que *“La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer*

³³ Tribunal Constitucional, sentencias 165-93, 198-94, 340-01, 346-02, 472-06 y 616-06 entre otras.

*ejecutar lo Juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley (...)*³⁴.

De esta manera, destacan las siguientes características de la jurisdicción:

- i. Constituye una función pública, un poder – deber de carácter público, emanado del ejercicio de la soberanía (Colombo, La jurisdicción en el derecho chileno 1991).

Es decir, no es una mera facultad que se entrega a los tribunales de justicia, sino una obligación con tal de resolver los conflictos de relevancia jurídica.

- ii. Está radicada principalmente a los tribunales de justicia:

Nuestra Constitución señala que el ejercicio la jurisdicción corresponde a los tribunales de justicia y no al poder judicial, lo que implica que es la función la que le da el carácter de tribunal al órgano y no el órgano a la función (Colombo 1991). Por eso, hay autoridades administrativas³⁵ a las cuales la ley les ha otorgado especialmente el ejercicio de facultades jurisdiccionales.

³⁴ Artículo 76.- *“La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos. Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión. Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar.”*

³⁵ Como la DGAC mediante el procedimiento infraccional aeronáutico DAR – 51.

- iii. Las resoluciones jurisdiccionales tienen el efecto de cosa juzgada (Colombo 1991).³⁶

La cosa juzgada tiene en sí misma una variedad de implicancias, teniendo el carácter de acción³⁷ o excepción³⁸, la cual trae consigo la irrevocabilidad de la sentencias³⁹ mientras cumpla con los requisitos establecidos en la ley⁴⁰.

- iv. Las resoluciones emanadas de los tribunales en virtud del ejercicio de las facultades jurisdiccionales son obligatorias para las partes y pueden ser ejecutables (Colombo 1991) al tener los tribunales poder de imperio para ejecutar lo juzgado, aunque circunscritas solo a ellas en virtud del efecto relativo de las sentencias.⁴¹
- v. La función jurisdiccional ejerce una función de garantía.

Cumple con la función de establecimiento y sanción o reparación de la violación de una garantía primaria, que es la que protege el supuesto de hecho de la norma. La función judicial garantiza esto mediante la verdad, ya que lo que hace justa o injusta una decisión judicial es su aceptabilidad

³⁶ Ello, sin perjuicio del recurso de revisión en materia penal, cuya interposición carece de límite temporal; y el recurso de revisión en materia civil, cuyo plazo máximo es de un año. Bordali ha indicado que se debería señalar que las sentencias de los tribunales de justicia producen el efecto de cosa juzgada bajo condición que dichas sentencias sean justas, verdaderas o no fraudulentas, lo que en parte, cabe admitir, viene a relativizar el efecto de cosa juzgada de los tribunales de justicia. (Bordali 2016)

³⁷ La doctrina mayoritaria al referirse a la cosa juzgada como “acción”, más que una emanación de la cosa juzgada o como una acción en sí, la ha visto como una tercera posible etapa para aquellas resoluciones que ameriten hacer ejecutar lo juzgado.

³⁸ Entendiendo cosa juzgada como: “La cosa juzgada es el efecto de la sentencias definitivas e interlocutorias, firmes o ejecutoriadas, que las hace inmutables y eventualmente coercibles” (Mosquera y Maturana 2017, 72)

³⁹ Se distingue entre la cosa juzgada formal y la cosa juzgada sustancial, la primera se refiere a la imposibilidad de acometer contra una sentencia, en virtud de la preclusión de los medios de impugnación para atacarla, en cambio, la cosa juzgada sustancial es aquella que refiere a la inmutabilidad de la sentencia en otro juicio posterior.

⁴⁰ Establecida en el artículo 177 de nuestro C.P.C. “La excepción de cosa juzgada puede alegarse por el litigante que haya obtenido en el juicio y por todos aquellos a quienes según la ley aprovecha el fallo, siempre que entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta haya:

1° Identidad legal de personas;

2° Identidad de la cosa pedida; y

3° Identidad de la causa de pedir.

Se entiende por causa de pedir el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio.”

De estos numerales se desprende la triple identidad.

⁴¹ En este sentido, el artículo 3 inciso segundo del C.C. señala que “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.”

como verdadera, que a su vez depende de la correcta aplicación sustancial de la ley. (Bordali 2016)

Es decir, aquellos daños provocados por la contravención de una norma serán reparados mediante la función jurisdiccional, la cual a su vez y mediante una investigación probatoria llega a la verdad de los hechos que sirvan de base para identificar la reparación correspondiente.

vi. La jurisdicción se ejerce mediante la realización de actos jurídicos procesales⁴²:

Estos actos se denominan actos jurisdiccionales⁴³, cuyo objetivo es concretar en el proceso las facultades de conocer, juzgar y hacer cumplir lo juzgado⁴⁴.

Estas características innatas de la jurisdicción establecen una base que permite que el proceso judicial exista, siendo la primera un presupuesto del segundo, ya que es en el proceso donde los jueces utilizarán sus funciones jurisdiccionales con tal de resolver el conflicto sometido a su decisión. No obstante, la jurisdicción excepcionalmente también está presente en ciertos procesos administrativos⁴⁵ gracias a facultades que expresamente le han entregado la CPR y las leyes.

⁴² Un acto jurídico procesal es aquel acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción o de los terceros ligados al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales. (Couture 2010)

⁴³ Los actos jurisdiccionales son una especie de acto jurídico que desde una perspectiva tradicional se puede definir también *“como manifestación exterior y unilateral de la voluntad del Estado, realizada con la intención de producir consecuencias jurídicas, cuyo sentido constituye una norma individualizada, manifestación que se produce con motivo de una controversia de derecho que se somete a la decisión de aquél”* (Silva 2004)

⁴⁴ El efecto del acto jurisdiccional es hacer constar con caracteres de verdad una situación que las partes deben cumplir y respetar bajo sanción de hacerse exigible a quien corresponda mediante la fuerza de imperio (Colombo 1968), así, la realidad expuesta como decisión judicial y plasmada en una resolución se ve como verdadero y ante la facultad de imperio el tribunal como acto de estado tiene el poder para hacer cumplir lo establecido en la sentencia.

⁴⁵ Es por ello que los entes administrativos tienen sus propios procesos, sanciones y recursos, siendo ejemplo de ello los tribunales de cuenta de la Contraloría General de la República, no obstante, estas funciones jurisdiccionales son limitadas en comparación a los tribunales de justicia ordinarios.

Además, la función jurisdiccional trae consigo a las facultades jurisdiccionales⁴⁶, es decir, conocer, resolver y (posiblemente) hacer ejecutar lo juzgado.

Particularmente, la facultad de conocer permite a las partes recabar e incorporar todos los antecedentes para resolver el asunto sometido al conocimiento del tribunal. Es aquí que la incorporación del I.F. resulta conflictiva.

2. El proceso.

El proceso es definido como *“una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver mediante un juicio de la autoridad el conflicto sometido a su decisión.”* (Colombo, Capítulo V - Los momentos de la jurisdicción 1968)

Esta definición pone énfasis en la formalidad del proceso, en su desenvolvimiento y en la decisión de la autoridad que se traduce finalmente en una sentencia definitiva.

A pesar de la plenitud de la definición de Campbell, nosotros aspiramos a una definición que observe más allá de la formalidad del mismo proceso.

En este sentido, Eduardo Pellaes define proceso como *“una serie de actos que se suceden regularmente en el tiempo y se encuentran concatenados entre sí por el fin u objeto que se quiere buscar en ello”*. (Pallares 1961, 396)

Advirtiendo que esta secuencia de actos que se encuentran relacionados y que se desenvuelven en el tiempo obedecen a una la finalidad u objeto, este fin ha de ser valórico, pues debe sustentar la decisión social de formar esta institución (el proceso).

Pero antes de concentrarnos en este fin u objeto hay que aclarar ciertas circunstancias previas.

⁴⁶ C.O.T., artículo 1 *“La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley”*.

Tras la ocurrencia de un accidente de aviación civil, se destacan para nuestro estudio los procesos civiles y penales.⁴⁷

A *grosso modo*, los procesos civiles son aquellos regulados en el C.P.C., que están orientados al interés privado de particulares, y que tienen como fin resolver los problemas de relevancia jurídica que se den en cuestiones o asuntos que no tengan un carácter especial. (Alessandri, Somarriva y Vodanovic 1998)

En Chile, el proceso civil obedece principalmente a los principios⁴⁸ de bilateralidad⁴⁹, principio dispositivo⁵⁰, orden consecutivo legal⁵¹, escrituración⁵², mediación⁵³ y prueba legal o tasada⁵⁴.

Por su lado, los procesos penales son sustanciados bajo las reglas del C.P.P., y responden a la aplicación del *ius puniendi* estatal, por el cual los tribunales tienen el deber de castigar las conductas delictivas de las que tengan conocimiento. (Nadal 2014)

A su vez, el proceso penal posee predominio de ciertos principios, algunos de ellos comparten su importancia con el proceso civil como el principio de bilateralidad⁵⁵, orden consecutivo legal y el de economía procesal⁵⁶; y otros

⁴⁷ Sin perjuicio de que también se abren procesos laborales, lo cual excede al contenido de esta tesis.

⁴⁸ Los principios formativos del procedimientos ilustran al proceso en general, independientemente si su sede es penal o civil, no obstante en su mayoría tienen más o menos presencia (en estos procedimientos), dependiendo de aquello que haya establecido el legislador y su visión del proceso en particular.

⁴⁹ Se materializa en que las partes en general y en especial el sujeto pasivo tiene derecho a saber que existe un procedimiento en su contra y que tiene la posibilidad de ser oída, especificándose que en la práctica no se habla solamente de que la otra parte sea oída, sino que exista un igual acceso de oportunidades en el proceso

⁵⁰ Este principio consiste en que la intervención del juez en el proceso, en el inicio de éste, en general su actividad en el mismo se encuentra condicionada a la actuación y requerimiento de las partes. (Alessandri, Somarriva y Vodanovic 1998)

⁵¹ Es la Ley quien se encarga de establecer la secuencia de fases o etapas en que se desenvuelve el proceso. (Alessandri, Somarriva y Vodanovic 1998)

⁵² Es aquel principio en el cual la letra es el medio de comunicación entre las partes y el tribunal. (Alessandri, Somarriva y Vodanovic 1998)

⁵³ Es aquel principio en virtud del cual el tribunal no tiene un contacto directo con las partes, con el material de la causa y la prueba rendida en ella. (Alessandri, Somarriva y Vodanovic 1998)

⁵⁴ Aquel principio que sostiene que la prueba es fijada por normas firmes en la que el juez ha de atenerse hasta contra su convicción, este principio es el que actualmente rige nuestro sistema civil. (Alessandri, Somarriva y Vodanovic 1998)

⁵⁵ Las partes en general y en especial el sujeto pasivo tiene derecho a saber que existe un procedimiento en su contra y que tiene la posibilidad de ser oída, especificándose que en la práctica no se habla solamente de

que se observan con mayor fuerza en el proceso penal como lo son el principio acusatorio⁵⁷, sana critica⁵⁸, principio de oralidad⁵⁹, continuidad⁶⁰, concentración⁶¹ e inmediación⁶².

Ambos procesos tienen como elementos básicos:

- El Juez (o tribunal de justicia)⁶³: el órgano público dotado por la ley con la facultad jurisdiccional para decidir el conflicto (Colombo 1968). La gran misión de los tribunales de justicia es evaluar el conflicto y resolver; además de recibir y proveer las presentaciones de las partes o intervinientes en su caso, entre otras funciones;
- Las partes⁶⁴: aquellas personas en conflicto que quedan trabadas por la relación procesal⁶⁵ (Colombo 1968) y en cuyas personas se aplicaran los efectos de la sentencia⁶⁶. Es elemento subjetivo;

que la otra parte sea oída, sino que exista un igual acceso de oportunidades en el proceso. (Maturana y Montero 2017)

⁵⁶ Aquel que persigue obtener el máximo resultado en la aplicación de la ley para la resolución de un conflicto dentro del procedimiento, con el menor desgaste posible de la actividad jurisdiccional. (Alessandri, Somarriva y Vodanovic 1998)

⁵⁷ Principio por el cual el Juez no puede actuar de oficio en el ejercicio de la acción penal, en la determinación del objeto del proceso (hechos y personas contra las que se dirige) y en la aportación de hechos y pruebas de los mismos (Maturana y Montero 2017).

⁵⁸ Es aquel principio que permite libertad probatoria pero limitada por las leyes de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

⁵⁹ Se refiere a que la palabra es medio de comunicación entre las partes y el tribunal. (Maturana y Montero 2017)

⁶⁰ Se refiere a que el proceso debe ser desarrollado en forma continua y sucesiva hasta el logro del objetivo para el cual está contemplado su desarrollo. (Maturana y Montero 2017)

⁶¹ Se refiere a que las fases del proceso se concentran en una audiencia la cual a su vez está repartida en distintas fases (Maturana y Montero 2017)

⁶² Es aquel principio en que el tribunal tiene un conocimiento directo con las partes, el material mismo de la causa y la prueba rendida en ella, sin que intervenga agencia intermediaria alguna. (Maturana y Montero 2017)

⁶³ Parte de la doctrina no incluye al juez como elemento subjetivo del proceso, puesto que su importancia varía según se trate de un procedimiento donde prime el principio dispositivo o inquisitivo, es por ello esta doctrina piensa que el juez solo tendrá incidencia directa y trascendental en el progreso de la causa –su persecución- en procedimientos inquisitivos, puesto que él es quien tiene la función investigativa.

⁶⁴ En el proceso penal el concepto de partes desaparece, ocupando su lugar los intervinientes; C.P.P., artículo 12 "*Intervinientes. Para los efectos regulados en este Código, se considerará intervinientes en el procedimiento al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas*".

⁶⁵ Entender que son sujetos de una relación procesal es esencial, siendo diferente al concepto de partes, que pueden utilizarse en contextos más amplios –como lo es ser partes en un contrato, en un contexto extrajudicial-.

⁶⁶ La doctrina clásica entiende que es parte en el proceso (todo aquel que pide o frente al cual se pide en juicio la actuación de la ley en el caso concreto) tanto aquel titular del derecho que se reclama como aquel que afecta la acción deducida, y en estos tendrá efecto la sentencia.

- La controversia: constituye el elemento objetivo, formado por la pretensión del actor y las excepciones o defensas de la contraparte.

Aclarando aquello que compone el proceso, para descifrar que fin u objeto está presente en el mismo, es necesario indagar en las dos grandes concepciones que se tienen respecto al proceso civil.

Se halla una concepción clásica y una moderna o garantista, éstas se diferencian en el papel que se concede a la resolución del conflicto por sobre a la verdad de la determinación de los hechos de la causa. En la doctrina clásica, la verdad en el proceso tiene un rol dispensable o secundario; en cambio, en la doctrina moderna o garantista la verdad es el eje esencial del proceso mismo.

2.1. La doctrina clásica.

Esta teoría es derivada de la ideología imperante en el siglo XIX, y postula que el objeto del proceso solo es la solución de las controversias jurídicas como método de solución de conflictos entre particulares dejando en segundo plano la calidad de la justicia y verdad de la decisión judicial.

Por lo tanto, poco importa la motivación racional de los hechos contemplados en las resoluciones, asimismo, el descubrimiento de la verdad no es un fin a seguir ni tampoco una motivación, pues lo único que interesa es solucionar el conflicto pendiente.

En este sentido, Damaska advierte que *“el modelo adversarial surge a partir de una contienda o disputa; se desarrolla como el compromiso de dos adversarios ante un juez relativamente pasivo, cuyo deber primordial dictar un veredicto”* (Damaska 2000, 13).

De acuerdo a esta concepción, el principio de economía procesal tiene gran importancia, pues con tal de dar pronta solución a los conflictos con el menor gasto de recursos posible, se prescinde del valor de la verdad, que si

bien se considera un aporte no es una finalidad del proceso, por lo que su existencia es secundaria y superflua.

Desde una perspectiva más crítica, Taruffo menciona que esta ideología como método de solución de conflicto es contraria a un estado de derecho pues *“[...] se inspira más bien en otros y diversos valores, fundados en la legitimidad de la victoria del más fuerte y sobre el principio de no-intervención del derecho y del Estado en esta suerte de dinámica darwiniana que se tiene lugar en el proceso. En ella no es el Derecho el parámetro fundamental en que deberían inspirarse las conductas de las partes y las decisiones judiciales, y no es la actuación de la legalidad el fin fundamental de la jurisdicción. Al contrario, los derechos son el premio que se adjudican los vencedores al final de la confrontación, casi como recompensa por haber puesto fin al conflicto”*. (Taruffo 1996, 139)

2.2. La doctrina moderna o garantista.

En Alemania a fines del siglo XIX surge la doctrina garantista, fruto del fenómeno de socialización del proceso civil, se basa en la concepción de justicia como función del estado (Ureña 2016). Esta doctrina exige que las controversias sean resueltas mediante resoluciones judiciales justas, a través de la búsqueda de la verdad en los procesos.

De esta manera, surge una diferencia colosal respecto a la doctrina clásica, que en ocasiones considera a la verdad como un obstáculo práctico para lograr rápidamente el objetivo consistente en eliminar la controversia. (Taruffo 2008)

En cambio, la doctrina garantista entiende la verdad como una función del proceso que permite aplicar correctamente la ley y garantiza efectivamente los derechos en cuyo caso la determinación de la verdad de los hechos se

configura como “*finalidad o valor instrumental*”, al que se debe tender para acercarse al objetivo principal del proceso. (Ureña 2016)

Por ello, para esta concepción la idea “*justicia*” constituye una justicia social⁶⁷, por lo cual el juez es garante del desarrollo del procedimiento y, además, verifica la justicia de la decisión final que se apoyará en las pruebas que ya han demostrado la verdad de los hechos del juicio que se ha decidido.

Al respecto, Taruffo (Taruffo 2008) quien sigue una ideología legal-racional⁶⁸, según la cual la verdad es una condición sine qua non el proceso, sostiene que éste debe descansar sobre los siguientes supuestos:

- a) La decisión debe ser el resultado de un proceso justo;
- b) Que sea resultado de la correcta aplicación e interpretación de la norma y;
- c) Lo cual sólo puede lograrse mediante la determinación verdadera de los hechos de la causa.

Estos supuestos deben ser sumados a las reglas del debido proceso con tal de que la idea de justicia sea integral. (Ureña 2016)

Finalmente, esta teoría entiende que el derecho solo sería justo si está orientado estructuralmente a la verdad, pensamiento al cual adherimos, puesto que la verdad como una meta a alcanzar en el proceso nos obliga como sistema social comprobar la realidad de los hechos (siendo el juez garante de ello), evitando formar juicios a partir de pareceres poco plausibles, ilógicos o que se resuelvan conflictos a través de lo que pueda parecer buenos argumentos disfrazando la intención de obtener algún aprovechamiento particular.

⁶⁷ Es un fenómeno social porque refleja y se conecta con los problemas que tiene la sociedad en sí (Ureña 2016).

⁶⁸ Taruffo se apoya a su vez en la teoría de Wróblewski (Wróblewski 1989), el cual sostiene que la reconstrucción verídica de los hechos de la causa es una condición necesaria de la justicia y de la legalidad de la decisión (Ureña 2016).

Por lo anterior destacamos que el fin último del proceso es la justicia, que inspira al juez para velar por el correcto seguimiento del procedimiento y que impulsa a las partes a presentar pruebas que puedan demostrar de los hechos que afirman.

3. La prueba judicial y el accidente de aviación.

Como adelantábamos, un punto distintivo de los procesos judiciales vinculados a siniestros aéreos es su relación con la investigación técnica, especialmente con ocasión de la prueba judicial. A raíz de ello podemos señalar la peculiaridad de la prueba en accidentes de aviación civil gracias a la complejidad, volubilidad y conflictividad de la fuente misma.

Compleja, pues la aeronavegación es un hecho técnico integrado por una innumerable serie de elementos científicos, operacionales y técnicos que naturalmente escapan al conocimiento lego de las partes y los jueces, que tal como señala Griselda Capaldo *“La concentración del daño que normalmente producen los accidentes aéreos es directamente proporcional a la complejidad del hecho técnico aviatorio, y a su vez la complejidad del hecho técnico es directamente proporcional a la complejidad de la prueba a producir en sede civil o penal a fin de discernir las respectivas responsabilidades. Es por ello que las víctimas del accidente, o sus derechos habientes, y la misma Justicia, intentan valerse de todas las evidencias recogidas por la Junta de Investigación Técnica del siniestro, pero ya no con fines preventivos, como exige el Anexo 13.”* (Capaldo 2012)

Por otro lado, el sitio mismo del accidente es algo limitado en el plano espacial y temporal, pues:

1. Los restos de accidente suelen ser removidos después de breve tiempo. Por lo que puede considerarse como un hecho que se espera desaparezca;

2. Las pruebas de relevancia quedan en custodia y análisis del organismo técnico de investigación, que incluso puede subdelegar alguna de sus funciones a un organismo extranjero;
3. Hay pluralidad de investigadores oficiales, entre los que destacan el del estado del fabricante, de matrícula y el del suceso;
4. No hay una diferenciación clara entre las prerrogativas del organismo técnico y las del Ministerio Público;
5. En nuestro país son escasos, si no inexistentes, los peritos particulares en materia aeronáutica, con especialización en accidentes de aviación civil.

Finalmente, se suma la relación conflictiva y excluyente entre la actividad judicial y la investigación técnica. Gracias a la fundamentación axiológica de la investigación técnica, orientada hacia el futuro, pues busca proteger a un número indeterminado e indeterminable de personas en virtud de su finalidad exclusivamente preventiva, distinta a la actividad judicial, orientada hacia el pasado al buscar satisfacer las finalidades punitivas y resarcitorias del estado y las víctimas. (Capaldo 2012)

3.1. El concepto de prueba y su relación con la verdad y la justicia.

En virtud de las particularidades de la prueba judicial es necesario preguntarse: ¿qué es probar? y ¿qué es la prueba?

Como respuesta y siendo un elemento necesario en el proceso, desde una postura clásica Couture define probar “*como el demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación. La prueba así es un método de averiguación y de comprobación de los hechos que deben ser tomados por el juez al momento de fallar*”. (Couture 1958, 215)

Hilado con el pensamiento anterior, Casarino define la prueba como “*una actividad de demostración de la verdad de un hecho que ha sido controvertido y*

que es fundamento del derecho que se pretende a través de los medios que la ley establece". (Casarino 2007, 34)

De esta manera tanto Couture como Casarino se enfocan en descubrir la verdad de los hechos en sí mismos, pero ¿qué es lo que realmente se prueba? ¿son realmente los hechos ya ocurridos lo que intentan reflejar los medios de prueba?

Taruffo contradice esta postura clásica. Nos dice que no son los hechos brutos en sí (los accidentes aéreos en este caso) cuya existencia ontológica es previa e independiente al proceso judicial lo que se pretende demostrar, sino que la verdad de los enunciados fácticos sostenidos por cada parte como fundamento de sus pretensiones, formulados según las elecciones individuales elegidas entre un número infinito de sus descripciones (Taruffo 2008), pues son estos enunciados los que el juez tiene presente y a través de ellos formula su concepción de cómo suceden los hechos y a través de las pruebas que entreguen las partes a su vez.

De esta forma, la prueba es *"el conjunto de actos procesales que se realizan en el proceso para los efectos de 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 conflicto."* (Maturana y Montero 2017, 1012)

Así, desde la perspectiva de las partes, la prueba es una actividad de demostración de los enunciados fácticos que se presentan en juicio y de la verdad de los mismos, lo que va más allá del solo lograr el convencimiento del juez con tal de ganar el juicio. Es más, el juez será garante de esta verdad mediante la verificación y análisis de los medios de prueba.

Por consiguiente, los medios de prueba serán *"cualquier elemento que pueda ser usado para establecer la verdad acerca de los hechos de la causa"* (Taruffo 2008, 15) o lo que, en palabras del Tribunal Constitucional, implica que los medios de prueba *"tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por*

*las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones*⁶⁹.

En otras palabras, la prueba judicial busca la demostración de los enunciados fácticos propuestos, que van en función de la posición procesal de cada una de las partes, demostración que se produce bajo principios y normas procesales.

En este sentido, la prueba tiene una finalidad epistemológica - cognoscitiva que busca la [...] *reconstrucción de los hechos litigiosos, tal y como sucedieron; o sea, a la formulación de enunciados fácticos sobre esos hechos que serán verdaderos si los hechos que describen han existido o existen en un mundo independiente*” (Gascón 2002, 490), siendo la prueba lo único que logra acercarnos a esa verdad.

De esta forma, la prueba es una garantía de la correcta aplicación del derecho sustantivo, pues la *“reconstrucción verídica de los hechos de la causa es una condición necesaria de la administración de justicia y de la legalidad de la decisión.”* (Taruffo 2005)

3.2. La concepción de verdad en el proceso.

Ante lo establecido anteriormente, se hace necesario entender a qué nos referimos con el concepto de “verdad”.

Para ello indicamos que no nos referimos a un concepto de “verdad absoluta” sino relativa, puesto que como dice Taruffo ésta ha quedado en el patrimonio exclusivo de algunas metafísicas y religiones integristas (Taruffo 2007), además, justifica que el proceso *“al no ser una empresa científica o filosófica, no necesita verdades absolutas, pudiéndose contentar con mucho menos, es decir, verdades relativas con distintos tipos, pero suficientes para ofrecer una base de razonablemente fundada a la decisión”*. (Taruffo 2011, 177)

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 977, de 8 de enero de 2008, cc. 8, 9 y 11.

Con verdad relativa nos referimos a aquella se relaciona con el contexto que es realizado, al método con el que se desarrolle la investigación y a la cantidad y la calidad de las informaciones que se disponga y sobre las cuales se funda el conocimiento. (Taruffo 2010)

Lo realmente relativo es el conocimiento de la verdad, puesto que se basa en razones que hacen probable una creencia verdadera, variando el grado de confirmación del enunciado que depende a su vez del conocimiento disponible, pero si éste es –el enunciado- verdadero o falso no admite graduación, siendo la verdad objetiva, porque se funda en razones objetivas que justifican el convencimiento del juez y deriva de los datos cognitivos que resultan de las pruebas. (Ureña 2016).

En este sentido, la “teoría de la correspondencia⁷⁰” establece que la verdad es la correspondencia empírica de los hechos, teoría a la que subyace una concepción realista de ella como una “*aproximación de la reconstrucción procesal de los hechos a su realidad empírica o histórica*” (Taruffo 2007, 74). En otras palabras, algo es real o falso en función de si existe o no tal acontecimiento en el mundo real.

Taruffo (Taruffo 2011) argumenta que esta teoría se sostiene en dos postulados:

- i. La norma sustantiva que se aplica tiene como presupuesto que el supuesto de hecho de la norma se haya verificado fuera del proceso.
- ii. La prueba constituye el nexo entre los discursos que se vierten en el proceso y los acontecimientos del mundo real, mediante la cual el juez reconstruye la realidad de los hechos.

⁷⁰ Franca D’Agostini hace una clasificación entre las teorías de la verdad, estando las robustas y las no robustas. Entre las primeras se encuentra la teoría de la correspondencia (la verdad como correspondencia empírica de los hechos), la teoría de la coherencia (la verdad de un enunciado factico es solo la fundación de la coherencia del enunciado específico en un contexto de varios enunciados) y la teoría pragmática de la verdad (la verdad es un constructo y está sujeto a cambio dependiendo del contexto de los enunciados). Entre las teorías no robustas se hayan la teoría de los *truthmakers* y la teoría semántica. (D’Agostini 2011)

En resumen, el valor de la verdad en el proceso corresponde a la de ser un baremo de la justicia de las decisiones judiciales; un elemento imprescindible en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales, pues le atribuye una función de garantía que asegura tanto una correcta aplicación del derecho aplicable al mismo tiempo que la correcta determinación de los hechos que lo fundamentan (Taruffo 2013). Es en función de esto, que es posible exigir una justificación razonable de los enunciados fácticos con los cuales se declaran probados los hechos en la sentencia.

4. Paralelo entre el proceso judicial e Investigación Técnica.

De todo lo anterior, es posible establecer un paralelo entre proceso e investigación técnica, considerando que ambas se dan contextos distintos:

i. El rol de la verdad.

En ambos casos la verdad cumple un rol esencial. En el proceso, la verdad es un presupuesto necesario de la corrección, legitimidad y justicia de la decisión judicial; en la Investigación Técnica, la verdad es el presupuesto de su eficacia preventiva.

En este sentido, en una y otra la verdad es la correspondencia con la realidad de los hechos, pero lo que se prueba es distinto. En el proceso, se prueba la correspondencia de los enunciados fácticos de las partes con hechos ocurridos en la realidad. En la investigación técnica lo que se prueba son la correspondencia de las diversas hipótesis del investigador en relación a los hallazgos, que, contrastadas, determinan la causa probable y los factores contribuyentes.

ii. Naturaleza de las instituciones:

El proceso se sustenta en el ejercicio de la jurisdicción, un poder-deber del estado que le faculta para conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado, dirigido a la resolución pacífica de los conflictos de relevancia jurídica mediante soluciones justas basadas en la correcta aplicación de los supuestos de hecho de las normas.

Por su lado, la Investigación Técnica es también un poder deber radicado en el estado, quien tiene la obligación de investigar los accidentes e incidentes que ocurren su territorio, cuyo fin último es el descubrimiento de las causas del accidente para evitar un nuevo accidente por esa causa o similares.

iii. Órgano a cargo:

El proceso judicial es sustanciado a través de una organización compleja y altamente jerarquizado como son los tribunales de justicia (Morán 2014)

En el caso de la investigación propiamente tal, en sede civil, es llevada por las partes que aportarán sus respectivos medios de prueba que serán conocidos por el tribunal.

En sede penal, dicha investigación estará a cargo del Ministerio Público, un organismo autónomo, jerarquizado, a cuyo cargo está la dirección exclusiva de la investigación de los hechos constitutivos de delito; además, puede ejercer la acción penal pública según corresponda.⁷¹

⁷¹Constitución Política de la República, artículo 83.- *Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales. El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.*

La investigación técnica es conducida por una organización administrativa simple y ejecutiva (Morán 2014), en nuestro caso, la DGAC, mediante su Departamento de Investigación de Accidentes quien asigna un investigador encargado o designa una junta de investigación.

iv. Orientación:

El proceso y la investigación judicial miran hacia el pasado, con el objeto de reconstruir la cadena de acontecimientos para encontrar un culpable o responsable en virtud de la función de restablecimiento de la garantía primaria propia de la función jurisdiccional.

Cabe destacar que esto traspasa el ámbito procesal, pues la reconstrucción de los hechos mediante la actividad probatoria no es un fin en sí misma. Así, debe precisarse que en sede civil buscará la satisfacción de las pretensiones resarcitorias de las partes, que pueden estimarse como correctivas o compensatorias al permitirle a la víctima obtener otras satisfacciones que hagan mermar al menos en parte, las lesiones sufridas. (Barros 2010)

Por su parte, en sede penal se buscará la imposición de una pena cuyo objetivo no es otro que la afirmación y aseguramiento de las normas jurídicas reforzando la seriedad de sus mandatos, al ser la amenaza de la imposición del castigo y la condena del culpable una

El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso. El ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, asimismo, la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen.

manera de subrayar la importancia de los valores en juego y de educar al grupo social para que los acate. (Cury 2005)

Por el contrario, la investigación de accidentes está orientada hacia el futuro debido a su función exclusivamente preventiva enfocada en evitar la reiteración del accidente en circunstancias análogas o similares a las acontecidas. Por ello, tiene como único fin el descubrimiento de las causas para efectuar recomendaciones y no el establecimiento de culpas ni responsabilidades.⁷² Así, no impone sanciones, sino que sugiere acciones correctivas preventivas a todos los operadores de sistemas aeronáuticos análogos (Morán 2014).

v. Fundamento constitucional:

El proceso se fundamenta en la garantía constitucional del artículo 19 n°3 de la C.P.R que asegura la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, y particularmente acceso a la jurisdicción y al debido proceso.

Por su parte, la investigación técnica se sustenta en el derecho constitucional a la vida y la integridad física garantizado por el artículo 19 N°1 de la C.P.R, pues su finalidad preventiva busca asegurar el derecho a la vida de un número indeterminado e indeterminable de futuros pasajeros, tripulantes y terceros en superficie. (Capaldo, 2012) (Honorato 2012)

vi. Carácter acusatorio y la regulación de los procesos judiciales:

⁷² Vale la pena reiterar que el punto 3.1 del Anexo 13 señala que “3.1 El único objetivo de la investigación de accidentes o incidentes será la prevención de futuros accidentes e incidentes. El propósito de esta actividad no es determinar la culpa o la responsabilidad.” Así, extraña la evidente asimetría que muestra nuestra legislación nacional al señalar que uno de los fines de la investigación será hacer efectiva la responsabilidad infraccional que existiese.

Los procesos judiciales tienen un carácter acusatorio, ya por el demandante en sede civil, ya por el Ministerio Público o el querellante en el proceso penal, procesos que se hallan reglados en los respectivos códigos procesales que establecen reglas de oportunidad, admisibilidad y rendición de la prueba, como también los principios de igualdad, legalidad, debido proceso, defensa en juicio y contradictorio. (Morán 2014)

Por esto mismo, las partes tienen el derecho a la no autoinculpación.

Por otro lado, a investigación técnica no tiene carácter acusatorio ni adversarial, no hay partes ni conflicto, ya que *“el órgano investigador no interpela ni cuestiona al sujeto investigado, solo procura valerse de información cierta a los efectos de la determinación de la causa más probable del accidente ocurrido.”* (Morán 2014)

En realidad, la investigación técnica se constituye en base a sus propios principios; estos son, el principio de finalidad preventiva, independencia (en sus tres niveles), protección de pruebas e información, transparencia y proactividad.

vii. Obligatoriedad:

Las resoluciones de los tribunales son obligatorias, pudiendo incluso ejercerse por la fuerza gracias a la facultad de imperio de las que están dotadas. (Morán 2014)

Por el contrario, las recomendaciones de seguridad de la investigación técnica no son necesariamente obligatorias, aunque

pueden ser positivizadas por la autoridad aeronáutica en el marco de sus atribuciones reglamentarias y fiscalizadoras, velando así por el cumplimiento de las recomendaciones que emanen de la investigación de accidente o incidente. (Morán 2014)

viii. Legitimación:

Los magistrados que llevan adelante los procesos judiciales tienen claramente competencia legal para hacerlo, pero también tienen jurisdicción, es decir, la potestad legal de “decir el derecho”. (Morán 2014)

Por el contrario, los investigadores de accidentes no son magistrados ni pueden ser válidamente asimilados con tales, no solo por su formación profesional sino por la naturaleza misma de la investigación de llevan adelante. Ellos tienen competencia legal para realizar una investigación de accidentes, pero esta competencia es solo técnica y no entraña jurisdicción, es decir, la posibilidad de pronunciarse en Derecho (Morán 2014). Por lo mismo, su dictamen no puede la función jurisdiccional.

ix. Alcance:

Las sentencias de los procesos judiciales tienen un efecto relativo, que solo alcanza a las partes.

Por el contrario, la investigación técnica tiene un efecto *erga omnes*, pues los efectos de las recomendaciones seguridad tienen un alcance para todos los operadores de sistemas análogos a nivel mundial.

x. Cosa Juzgada:

La jurisdicción busca resolver los conflictos con efecto de cosa juzgada; la investigación técnica no produce cosa juzgada. En efecto, la investigación puede ser reabierta de surgir nuevos antecedentes.

CAPITULO III: LIMITACIONES A LA PRUEBA E INFORME FINAL

El proceso es un “plexo de valores”. En realidad, se debe recalcar que entre estos valores no solo se halla la justicia ni la verdad sino que se considera *“asuntos tales como el uso eficiente de recursos, la protección de los derechos de los acusados y otros bienes sociales, por ejemplo, la santidad del matrimonio (no se puede obligar a que los consortes testifiquen uno en contra del otro) o la preservación de buenas relaciones con otras naciones (por eso los funcionarios del servicio diplomático de otros países generalmente no pueden ser condenados sin importar la contundencia de las pruebas que obran en su contra)”* (Laudan 2013, 22).

En realidad, mientras no se contraponga la verdad a esos otros valores, las herramientas procesales que cree el legislador deben encaminarse hacia el descubrimiento de la verdad de los hechos que subyacen al conflicto planteado ante la jurisdicción (Bordali 2016). No obstante, si esos otros valores entran en contraposición con la verdad y la justicia habrá que dirimir cuál de ellos tienen mayor importancia, generando un verdadero límite a las facultades probatorias de las partes. Dicho límite a veces se establecerá directamente por el legislador⁷³ y, en otras, por el juez de la causa.⁷⁴

Tener esto en cuenta es especialmente importante cuando las partes tienen a su favor el denominado derecho a la prueba, parte esencial de las garantías del debido proceso, definido como *“aquel que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”* (Conget 2015, 186).

⁷³ Como son aquellos casos en que el legislador ha establecido una norma expresa que límite un medio de prueba particular, establezca en base a qué medio de prueba debe probarse un hecho o conduzca la forma en que debe probarse, cosa en que se verá con más profundidad en el capítulo tercero.

⁷⁴ Como son aquellas pruebas que son obtenidas vulnerando derechos fundamentales, esto es aquello que llamamos ilícitud de un medio de prueba, y se verá con mayor profundidad en el capítulo cuarto.

Esto implica que, en principio, las partes tienen el derecho a utilizar cualquier medio de prueba para chequear la veracidad de sus enunciados fácticos. Sin embargo, en virtud de este plexo de valores que compone el proceso, hay diversas razones que obligan a una selección previa de los medios prueba que se materializan en normas que son aplicadas por el juez y que impiden la admisión de medios de prueba ilícitos o impertinentes (Taruffo 2008).

De esta manera, existen límites al derecho a la prueba, aquellos casos que *“significan un impedimento para la utilización de un medio de prueba destinado a acreditar una circunstancia dentro del proceso”* (Maturana y Montero 2017, 1119).

Para nuestro tema en estudio esto es particularmente importante, considerando que investigación técnica y proceso tienen una relación conflictiva y excluyente, colisión que evidencia su punto máximo en la incorporación del I.F. como medio de prueba, al entenderse que la incorporación de éste puede afectar la disponibilidad futura de información de seguridad operacional conculcando el derecho a la vida de futuros pasajeros, tripulantes y terceros en superficie, lo que ha llevado al Anexo 13 establecer que el único fin de la Investigación Técnica es preventivo, y no el establecimiento de culpas o responsabilidades

Por lo mismo, en este capítulo analizaremos cómo la regulación de la investigación técnica puede entenderse como una verdadera limitación probatoria respecto al I.F.

1. Limitaciones a la prueba en Chile en relación con la incorporación probatoria del I.F.

1.1. Admisibilidad de los medios de prueba y el I.F.

La admisibilidad de los medios de prueba se relaciona con la posibilidad de excluir un determinado medio de prueba establecido en la ley, al que no cumplen estándares de pertinencia o utilidad.

- a. La pertinencia atiende al “hecho que se fija como objeto de la prueba” en relación con las afirmaciones que se hicieron por las partes en su momento (Maturana y Montero 2017). Esto se justifica en el rechazo hipotético de llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada.

Se considerará impertinente la prueba que se proponga sobre hechos que no hayan sido previamente introducidos al proceso por las afirmaciones de las partes o cuya incorporación no se hay hecho en el momento procesal oportuno, también hechos que no tengan relación con la tutela judicial que se pretende obtener en el proceso,⁷⁵ (Maturana y Montero 2017) y aquellos que intenten probar un hecho que no se encuentra dentro del supuesto factico de la norma cuya aplicación se solicita. (Contreras 2015)

- b. La utilidad atiende al medio en sí mismo considerado, de esta manera, Maturana nos entrega dos posibilidades:

- i. Inutilidad cualitativa:

Cuando el medio probatorio no es adecuado para verificar con él las afirmaciones del hecho que se pretenden ser probadas por la parte, esto es, “*cuando el medio es inadecuado respecto del fin que se persigue*”. (Maturana y Montero 2017, 1124), es decir, el medio de prueba colabora en

⁷⁵ No tiene sentido probar sobre hechos que no se relacionan en juicio, así, si se discute la nulidad de una compraventa, no tendría caso presentar pruebas sobre un arrendamiento posterior sobre el objeto comprado, puesto que no se discute sobre el arrendamiento sino de la compraventa, en este caso se presentaría pruebas de algo distinto al objeto del juicio.

la formación del convencimiento del juez, por ser un elemento idóneo o apto para ello.

Desde un punto opuesto, la inutilidad de la prueba se produce cuando aparece imposible o irrazonable probar lo que se intenta con ella (Contreras 2015), es decir, la prueba no significara ningún aporte efectivo a la materialidad del proceso⁷⁶.

Respecto a lo mismo a Taruffo habla de relevancia en vez de utilidad, estableciendo que la relevancia es *“aquel estándar lógico que de acuerdo con el cual los únicos medios de prueba que deben ser admitidos y tomados en consideración por el juzgador son aquellos que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio, de modo que pueda sustentarse en ellos una conclusión de verdad de tales hechos.”* (Taruffo 2008, 35)⁷⁷, situando este vínculo lógico que deba tener la prueba de los hechos con la verdad que se desprende de los medios de prueba.

Pues el mismo derecho establece que pueda acogerse solo la utilización de las pruebas relevantes a los efectos de demostrar la verdad de los hechos alegados (Ferrer 2003)⁷⁸.

ii. Inutilidad cuantitativa:

Cuando el medio de prueba es superfluo o bien porque el medio de prueba ya se ha realizado (Maturana y Montero 2017).

⁷⁶ Un ejemplo es intentar probar la paternidad de un individuo con una inspección judicial o servirse de una prueba testimonial para establecer propiedades técnicas de una maquinaria o la calidad de cierto metal (Contreras 2015).

⁷⁷ Se han señalados diversos casos de impertinencia de los medios de prueba: (a) los medios de prueba que se dirigen a probar hechos que no han sido afirmados por las partes en los actos de alegación; (b) los medios de prueba que se propongan por las partes para probar los hechos no controvertidos; (c) los medios que se propongan con el fin de probar hechos que no afecten el posible contenido del fallo de la sentencia, esto es, pruebas que no tienen influencia alguna para resolver la cuestión controvertida; (d) medios que pretendan probar hechos notorios y; (e) medios no destinados a probar hechos que son objeto del juicio (Maturana y Montero 2017)

⁷⁸ Ejemplo de este llamado que hace nuestra legislación a la pertinencia y relevancia de la prueba: C.P.C., artículos 197, 266, 313, 318, 337, 818; C.P.P., artículos 183, 276, 295, 297, entre otros.

No tiene sentido admitir pruebas que son reiterativas y que solo generen una mayor dilación en el proceso⁷⁹, es decir, se vincula al quantum de la prueba; la prueba que ya fue hecha no debe repetirse⁸⁰ o no debe aceptarse una cantidad ilimitada del mismo medio de prueba⁸¹ (aunque sea distinto en sí, pero de la misma especie –como lo son dos testigos distintos-).

Respecto al I.F., indudablemente es un medio de prueba útil o relevante, puesto que tiene una conexión lógica con los hechos del litigio (aquellos supuestos fácticos entregados por las partes), y, en cualquier caso, será pertinente para la solución del conflicto.

Sin embargo, con que un medio de prueba solo sea relevante para que sea finalmente valorado, también debe cumplir en términos los criterios de legalidad y licitud.

1.2. Legalidad de los medios de prueba y el I.F.

Todas las actuaciones que se realicen en el proceso por el juez, las partes intervinientes y terceros deben hacerse con apego irrestricto a la ley, de esto se trata el principio de legalidad. (Contreras 2015)

De la misma manera se ha sostenido que el derecho a prueba es un derecho de configuración legal, lo que equivale a sostener que las partes (e intervinientes en su caso) deben ajustarse a las exigencias legales en cuanto al tiempo y a la forma en que deben realizar sus proposiciones de prueba. (Contreras 2015)

⁷⁹ De esta manera no tiene sentido presentar un gran número exagerado de testigos, que hablan sobre el mismo punto de prueba, con las mismas declaraciones; o presentar documentos que solo se relacionen indirectamente con un punto de prueba.

⁸⁰ Es decir, solo puede tener un fin dilatorio reiterar una examinación de un mismo documento, o un nuevo informe, de un mismo perito, sobre los mismos hechos.

⁸¹ Al menos en sede penal que los testigos no son contados ni pesados, no es necesario el testimonio de 10 testigos sobre el mismo hecho con una misma versión, si dos de ellos pueden entregar la misma información y con la misma veracidad.

Consecuentemente, según los profesores Maturana y Montero hay 3 casos de legalidad:

- a) Aquellos casos en que los medios de prueba están enumerados taxativamente por la ley⁸². (Maturana y Montero 2017)

Claudio Meneses identifica esta taxatividad como una excepción al principio de libertad probatoria⁸³, *“que no aspira a entregar una construcción teórica y formal de las pruebas judiciales, ni un régimen general ni abstracto de las mismas ni considera una suerte de eficacia empírica de las normas sobre valoración tarifaria”*. (Meneses 2017, 161)

Este es el caso de nuestro proceso civil, donde los medios de prueba son taxativos⁸⁴ no pudiendo incorporarse otro medio de prueba que la ley expresamente haya tipificado (Montero 1996)⁸⁵, es decir, nos encontramos ante una limitación absoluta respecto a la prueba.

Este no es el caso del actual proceso penal, en el cual si predomina una libertad probatoria⁸⁶, así lo establece el artículo 295 del CPC prescribe: *“Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad de la ley.”* Esto se complementa por el artículo 323 del mismo cuerpo legal al señalar que

⁸² Las partes no pueden pedir ni el juez acordar actividad probatoria no prevista en la ley (Montero 1996).

⁸³ El principio de libertad probatoria tiene proyección en dos planos: en razón a los medios de prueba y otra en relación de las evidencias. El primero es el derecho de utilizar toda clase de evidencias, en la medida que tengan información empírica relevante y que no se encuentren excluidas o limitadas por las leyes. El segundo plano se refiere a la facultad de los tribunales para apreciar el mérito de las pruebas con arreglo a parámetros de razonamiento común, sin sujeción a normas jurídicas generales o abstractas. (Meneses 2017).

⁸⁴ No obstante que se ha dado al medio de prueba instrumental una interpretación extensiva de tal manera que medios auditivos, de video o de otra índole tecnológica se ha homologados a los instrumentos como elementos de prueba.

⁸⁵ El artículo 341 del Código de Procedimiento Civil expresamente señala *“Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son: Instrumentos; Testigos; Confesión de parte; Inspección personal del tribunal; Informes de peritos; y Presunciones.”*

⁸⁶ Para Taruffo la prueba es libre cuando los elementos relevantes para ser empleados en juicio, para dar por acreditados los hechos discutidos sobre la base de cánones de sentido común y de la racionalidad.

Esta libertad, por un lado, corresponde a las partes que tienen el derecho de usar cualquier medio de prueba relevante y que no se encuentre excluido o condicionado por una norma legal expresa.

Por otro lado el juez tiene la facultad para determinar los hechos mediante una valoración racional de los medios probatorios allegados a la causa, sometida nada más que a los referidos patrones de racionalidad. (Taruffo 2011)

“podrán admitirse como pruebas películas cinematográficas, fonografías, videograbaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe.

El tribunal determinará la forma de su incorporación al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo”⁸⁷.

- b) No puede utilizarse determinado medio de prueba establecido en la ley en los casos en que el legislador, excepcionalmente para ciertos y determinados procesos o para acreditar determinados hechos dentro de un proceso, haya excluido su utilización. (Maturana y Montero 2017, 1121)⁸⁸

Un caso de este tipo lo constituye la limitación de la prueba testimonial para ciertas obligaciones⁸⁹.

Otro, aunque de carácter permisivo y no prohibitivo, están los privilegios, aquellas son aquellas normas que se establecen a favor de personas específicas, la libertad de no aportar algunos medios de prueba, de no revelar materiales e informaciones en su poder o, incluso, el derecho a excluir la información vinculada a una causa. (Taruffo 2008)

⁸⁷ El sistema de apreciación de prueba que aplica en Chile en materia penal se basa en la sana crítica, el cual es remisión a criterios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Código Procesal Penal, Artículo 297.- *Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados*”. En materia civil, en cambio, prevalece un sistema de prueba legal o tasada, puesto que es la ley la que se encarga de dictar la forma en que se apreciará la prueba.

⁸⁸ Este numeral incluye dos tipos de casos, el primero es referido a aquellos casos en que el legislador ha excluido a uno o más medios de prueba para probar un hecho del litigio, que por antonomasia podrán ser admitidos todos los medios de prueba que no hayan sido excluidos por la ley. En segundo lugar, están aquellos casos en que el tribunal permite probar un hecho solo a través de un único medio de prueba, excluyendo todos los demás, es así como los contratos solemnes solo pueden ser probados a través de su correspondiente solemnidad.

⁸⁹ Tales son los casos de los artículos 1708 y 1709 de nuestro código civil.

Código Civil, Artículo 1708.- *“No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito”*. Artículo 1709.- *“Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que Art. 6º valga más de dos unidades tributarias.*

No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en algunas de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma”.

En este sentido, el legislador al crear estos privilegios permite que ciertas personas no tengan que comparecer u ofrecer cierto medio de prueba o solemnidad del proceso⁹⁰, en pocas palabras, los privilegios son una libertad que se entregan a las partes o a terceros que se relacionen con el juicio en cuestión.

No obstante, tanto las limitaciones a la prueba a causa de legalidad como los privilegios se fundan en valores a los cuales el legislador le ha dado mayor relevancia que al derecho a prueba y la búsqueda de la verdad en el proceso judicial⁹¹.

- c) Cada uno de los medios de prueba tiene que proponerse y practicarse en la forma establecida por ley (Mosquera y Maturana 2017):

Apunta a cómo debe proponerse y practicarse la prueba; esta forma de legalidad se relaciona con la correcta búsqueda de la verdad, protegiendo a las garantías del debido proceso, las cuales solo se realizan si se obedecen estas formalidades que el legislador ha dispuesto para la correcta ejecución del juicio.

En relación a las consecuencias de la prueba ilegal en sede civil, dependerá de la sede en que nos encontremos, así en sede civil, el juez no debe admitir la prueba que no corresponda con las normas legales, es así como el juez excluirá en un juicio ordinario aquellos testigos que no hayan sido presentados en el litigio por medio de la lista de testigos correspondiente, o no se permitirá en una absolución de posiciones preguntas que no estén en el pliego de posiciones destinado para ello.

⁹⁰ Tal es el caso de la facultad de no declarar de los parientes cercanos de un imputado (*Código Procesal Penal, artículo 302.- Facultad de no declarar por motivos personales. No estarán obligados a declarar el cónyuge o el conviviente del imputado, sus ascendientes o descendientes, sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, su pupilo o su guardador, su adoptante o adoptado.*) y las excepciones de comparecencia o de obligación de declarar de los artículos 300 y 301 del Código Procesal Penal.

⁹¹ Las formalidades pueden guiarse por la idea de un justo y debido procedimiento que otorgue igualdad a las partes, en cambio, sobre los privilegios hay razones de protección a la familia, seguridad nacional, incluso motivos históricos o profesionales, como es el secreto profesional.

Esto se suma la facultad que otorga al juez el inciso final del artículo 84 del C.P.C, en el cual se otorga las atribuciones de corregir de oficio los errores que observe en el transcurso del proceso y evitar actuaciones que puedan conllevar la nulidad de actos procesales⁹².

En sede penal su exclusión se verá ante el Juez de Garantía, pues es el quien debe velar por declarar inadmisibles todas aquellas actuaciones probatorias que se hayan declarado nulas al momento de ser presentadas.⁹³

Respecto a los litigios que tengan relación con los accidentes de aviación, la incorporación del I.F. como medio de prueba, no cumple con los criterios de legalidad, por los siguientes motivos:

1. Se utiliza un medio de prueba en que el legislador ha excluido su utilización:

Recordemos que el Convenio de Chicago de Aviación Civil Internacional es un tratado internacional vigente en Chile. En este sentido, la doctrina mayoritaria ha entendido que aquellos tratados internacionales ratificados por nuestro país pasan a tener fuerza de ley⁹⁴ (a excepción de aquellos que traten de materia de derechos humanos cuya relevancia es aún mayor, considerándose incluso de rango constitucional (Henríquez 2008)).

⁹² C.P.C., artículo 84, inciso final “El juez podrá corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del proceso. Podrá asimismo tomar las medidas que tiendan a evitar la nulidad de los actos de procedimiento. No podrá, sin embargo, subsanar las actuaciones viciadas en razón de haberse realizado éstas fuera del plazo fatal indicado por la ley.”

⁹³ El artículo 276 de nuestro C.P.P. habla de actuaciones declaradas nulas, lo que incluye a las pruebas declaradas ilegales. Por su parte y con tal de ilustrar lo anterior, el artículo 373 del mismo cuerpo legal, en su letra b., al entablar las causales de la nulidad establece “Artículo 373.- Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:

b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.”

Ante la ilegalidad de una prueba, es decir, aquella que no obedece a las normativas legales, es natural pensar que el Juez de Garantía tenga las facultades para declararlas nulas, sería atentar contra la economía procesal tener que esperar un recurso de nulidad y volver a retomar un juicio oral con tal de declarar una actuación probatoria nula. (Mosquera y Maturana 2017)

⁹⁴ Si bien nuestra Constitución Política de la República no reconoce este rango directamente, es lo que ha interpretado la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia en base a los artículos 5, 32 N° 15, 54 N°1, 93 N°1, 3, 6, 7 y 94 inciso 2 de nuestra Constitución; que establecen formalidades y controles propios de las leyes para los tratados internacionales y asimismo, establece la obligación de respetarlos y promoverlos. (Aldunate 2010)

Por consiguiente, el Convenio de Chicago es una normativa legal más de nuestro derecho positivo; y como tal aplica el 3.1 del Anexo 13, que prescribe que *“3.1 El único objetivo de la investigación de accidentes o incidentes será la prevención de futuros accidentes e incidentes. El propósito de esta actividad no es determinar la culpa o la responsabilidad”*⁹⁵.

En este sentido, estimamos que el convenio excluye la posibilidad de que el I.F sea usado como medio de prueba en los procesos judiciales.

2. La incorporación del I.F. puede soslayar el régimen de protección de información sensible prescrito por el Anexo 13, al contener información y reproducciones de dicha información.

En efecto, las normas que regulan la investigación de accidentes de aviación civil consideran a la información de la investigación como reservada, y su desclasificación está sujeta a la denominada *prueba de equilibrio* que obliga a la protección de los registros de las investigaciones de accidentes e incidentes, obligando a la autoridad competente a sopesar de conformidad con la legislación nacional e internacional, los efectos de la divulgación o uso de dichos registros, determinando las consecuencias de las posibles consecuencias adversas, a nivel nacional e internacional, que podría tener tal decisión para esa investigación o futuras investigaciones, encontrándose entre ellas:

- a) *las grabaciones de las conversaciones en el puesto de pilotaje y las grabaciones de las imágenes de a bordo, y toda transcripción de las mismas; y*

⁹⁵ Los anexos al convenio de Chicago se entienden parte del mismo tratado, el mismo artículo 26 del convenio, se refiere que ante de accidentes de aviación debe tomarse en cuenta al convenio en sí y demás recomendaciones (entre ellos los anexos) de la Organización Civil Internacional.

- b) *los registros bajo la custodia o el control de la autoridad encargada de la investigación de accidentes son:*
- 1) *todas las declaraciones tomadas a las personas por las autoridades encargadas de la investigación en el curso de la misma;*
 - 2) *todas las comunicaciones entre personas que hayan participado en la operación de la aeronave;*
 - 3) *la información de carácter médico o personal sobre personas implicadas en el accidente o incidente;*
 - 4) *las grabaciones de las conversaciones en las dependencias de control de tránsito aéreo y las transcripciones de las mismas;*
 - 5) *los análisis efectuados y las opiniones expresadas acerca de la información, incluida la información contenida en los registradores de vuelo, por la autoridad encargada de las investigaciones de accidentes y los representantes acreditados en relación con el accidente o incidente;*
 - 6) *y el proyecto de informe final de la investigación de un accidente o incidente.*

El fundamento de esta limitación es que dichos antecedentes pueden hacerse públicos mediante su incorporación en juicio y generar consecuencias adversas sobre la disponibilidad futura de dicha información, especialmente en relación a las declaraciones de testigos e involucrados.

Por ello, algunos ordenamientos de derecho comparado han positivizado la prueba de equilibrio⁹⁶ como una verdadera prueba de

⁹⁶ La Unión Europea es un ejemplo, donde la prueba de equilibrio se ha establecido en el derecho comunitario europeo, ejemplo de ello es el reglamento 996/2010 ((24) *“Un accidente suscita toda una serie de intereses públicos diferentes, como la prevención de futuros accidentes y la buena administración de la justicia. Esos intereses van más allá de los intereses individuales de las partes involucradas y del suceso específico. A fin de garantizar el interés público general, es necesario un equilibrio justo entre todos los intereses.- (26) Los Estados miembros deben poder limitar los casos en los que puede adoptarse una decisión de divulgación relativa a la información obtenida durante una investigación de seguridad sin afectar al buen funcionamiento*

admisibilidad de dichos antecedentes, al someter al conocimiento de los tribunales la desclasificación de dicha información para otros usos distintos a la investigación de seguridad⁹⁷.

En cambio, nuestros legisladores no solo se han negado a considerar la posibilidad de positivizar esta regla de equilibrio, sino que en la práctica nuestros tribunales han hecho caso omiso de esta regla (que como ya se mencionó proviene de una norma positiva de nuestra legislación por ser un tratado internacional ratificado por Chile).

3. No existe certeza sobre la naturaleza probatoria del I.F., al compartir caracteres de varios medios de prueba, lo que puede llevar a incorporarle de forma impropia, vulnerando la normativa que rige a los medios de prueba y así las garantías procesales de las partes.

1.3. Licitud de la prueba y el I.F.

La licitud de la prueba se refiere a *“una regla o práctica procesal que exige que no sean incluidos en la conformación del conjunto de pruebas aquellos elementos obtenidos mediante una infracción de derechos fundamentales. Así, la prueba excluida no será considerada por el juzgador de*

del sistema judicial.”) aplicados directamente por los países, tal es el caso de España: Sentencia de Apelación, ROJ 14579/2011 (Madrid, Audiencia Provincial de Madrid, sección décimo quinta, 2011).

⁹⁷ En este sentido, Sudáfrica prescribe la The South African Civil Aviation Regulations de 1997

12.04.6

(1) The following records shall not be made available for purposes other than accident or incident investigations, unless a court of law determines that their disclosure outweighs the adverse domestic and international impact such action may have on that or future investigations, taking into account all applicable law:

- (a) all statements taken from persons by the investigator/s of the investigation team in the course of the investigation;
 - (b) all records of communications between persons having been involved in the operation of the aircraft;
 - (c) medical and private information regarding persons involved in the accident or incident;
 - (d) cockpit voice recordings and transcripts from such recordings;
 - (e) recordings and transcriptions of recordings from air traffic control units;
- and

(f) Opinions expressed in the analysis of information, including information obtained from flight recorders.

(2) These records shall be included in the final report or its appendices only when pertinent to the analysis of the accident or incident.

(3) Parts of the record not relevant to the analysis shall not be disclosed.

los hechos en la valoración y en la adopción de la decisión.” (Fernández 2016, 149)

A contrario sensu será ilícita aquella prueba obtenida mediante la infracción de derechos fundamentales.

Así, como el principio de legalidad es un deber transversal cuyo cumplimiento resulta esencial para el normal desarrollo de las instituciones jurídicas, el respeto y garantía de los derechos fundamentales de todos los componentes de la sociedad y, en este caso en particular, de aquellos que participan en el proceso, en relación de no solo la actividad probatoria, sino también el integro desarrollo de la actividad jurisdiccional (Contreras 2015).

Desde un punto de vista legislativo la ilicitud se encuentra en la encrucijada entre la búsqueda de la verdad (con un trasfondo social, es decir, permita dar solución a los conflictos sociales jurídicamente relevantes) y el respeto a los derechos fundamentales que puedan verse afectados por esta investigación judicial (Maturana y Montero 2017).

En materia penal, ella (la ilicitud) se desprende del artículo 276, inciso tercero del C.P.P.⁹⁸, en el cual se establece la facultad del juez de excluir las pruebas que hayan sido obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales.

En materia civil se produce un problema, puesto que no existe norma en el C.P.C. que contemple la ilicitud, por lo que se ha discutido si es que opera en esta materia, aun así, la doctrina mayoritaria ha entendido que procede en base a la Constitución y ordenamientos distintos del C.P.C. que pueden ilustrarlo.

De esta manera la Ley que crea los Tribunales de Familia en Chile⁹⁹ en su artículo 31¹⁰⁰ contempla al igual que el C.P.P., la posibilidad de excluir

⁹⁸ C.P.P., artículo 276, inciso 3 “*Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.*”

⁹⁹ Ley 19.968, publicada el 30 de agosto del 2004.

aquella prueba que vulnere derechos fundamentales (Jequier 2007); también el artículo 453 N°4 del Código del Trabajo¹⁰¹ establece que no podrán ser apreciadas las pruebas que hayan sido obtenidas de manera ilícita (Meneses 2017).

Finalmente, de la C.P.R en su artículo 19 establecen garantías fundamentales (dentro de los cuales destacan entre ellas el debido proceso, la protección a la vida privada y la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada establecido en el artículo 19 N°4¹⁰² y 5¹⁰³ de nuestra Constitución (Nuñez y Cortés 2012)), que deben ser respetadas y garantizadas por las partes y el juez, siendo el deber de este último actuar como garante de estos derechos¹⁰⁴; en base a estas razones adherimos a la doctrina mayoritaria apoyando la existencia de la prueba ilícita en materia civil, puesto que entendemos que un proceso que busque justicia no solo debe obedecer a la búsqueda de la verdad para lograr su propósito sino que debe llegar a ese fin respetando aquellos derechos que emanan de la naturaleza humana y aquellas normas que fueron hechas por aquellos democráticamente elegidos.

¹⁰⁰ Ley 19.980, artículo 31 *“Exclusión de prueba. El juez de familia, luego de estudiar la admisibilidad de las pruebas ofrecidas, de resolver las convenciones probatorias y de escuchar a las partes que hubieren comparecido a la audiencia preparatoria, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas que fueren manifiestamente impertinentes, tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, resulten sobreabundantes o hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales. Las demás serán admitidas y se ordenará su rendición en la audiencia de juicio respectiva”.*

¹⁰¹ Código del Trabajo, artículo 31, número 4, inciso tercero *“Con todo, carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales”.*

¹⁰² C.P.R., artículo 19 N° 4° *“El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia. La infracción de este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social, y que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia, será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley. Con todo, el medio de comunicación social podrá excepcionarse probando ante el tribunal correspondiente la verdad de la imputación, a menos que ella constituya por sí misma el delito de injuria a particulares. Además, los propietarios, editores, directores y administradores del medio de comunicación social respectivo serán solidariamente responsables de las indemnizaciones que procedan”.*

¹⁰³ C.P.R. artículo 19 N° 5° *“La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar solo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”.*

¹⁰⁴ De esta manera la Corte de Apelaciones de Punta Arenas en Sentencia de 13 de diciembre de 2005, rol 84-2005, rechaza Recurso de Protección de la recurrente en un caso de divorcio, en donde el recurrente había solicitado que se excluyera su diario de vida como prueba, que había sido presentada por su contraparte. El argumento para rechazar la sentencia de la corte fue que debió haberse alegado la afectación de derechos constitucionales en primera instancia por su ilicitud y no solo objetar los documentos.

En la misma línea, la doctrina mayoritaria¹⁰⁵ ha entendido como sanción ante la ilicitud de la prueba su inadmisibilidad del proceso¹⁰⁶, siendo ineficaz en el mismo, no pudiendo ser apreciada por el juez al momento de contemplar la prueba y resolver.

Algunas de las razones que se han esgrimido para ello –entre otras- son que la prueba ilícita desconoce el principio de probidad¹⁰⁷ y de ser aceptada como medio de prueba, ante el actuar de mala fe de los litigantes, se vulneraría derechos fundamentales.

También se expone como razón el adagio *Nemo ex delicto conditionem suam meliorem facere potest*, según el cual los actos ilícitos no pueden jamás aprovechar a su autor. (Maturana y Montero 2017)

Otros argumentos son el efecto disuasivo que tiene el declarar los actos ilícitos como ineficaces; la posible nulidad del acto ilícito y de los actos que y repercusiones que surjan de este; que el fraude a la ley debe ser sancionado; y la prohibición del ejercicio arbitrario del propio derecho.

No obstante, nuestro principal argumento se basa en que la búsqueda de la verdad dentro del proceso no es un valor absoluto, ya que se ve inmerso en la jerarquía de valores éticos de nuestro estado, por lo que “*el principio de verdad no autoriza al juez ni a las partes a violar los límites éticos y legales colocados por un proceso sensible a los valores de la dignidad humana*”. (Maturana y Montero 2017, 1125)

¹⁰⁵ Entre los que se encuentran autores como Maturana y Montero (Maturana y Montero 2017), Carocca (Carocca 1998) y Jaquier (Jequier 2007), entre otros.

¹⁰⁶ La admisibilidad de la prueba ilícita ha sido discutida, habiendo una doctrina minoritaria que aboga su admisibilidad desde una perspectiva de carácter tradicionalista, teniendo argumentos en razón a la autonomía de las normas procesales respecto a las materiales, la finalidad del proceso en la búsqueda de la verdad, el carácter metajurídico de la prueba, disponibilidad de los medios probatorios, entre otros.

¹⁰⁷ Principio reconocido en la CPR, artículo 8 “*El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones*”, de la misma manera la LOC BGAE se encarga de definir este principio en su artículo 52 “*el principio de probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular.*”

Así, podrían no ser incorporadas aquellas pruebas que infrinjan, por ejemplo, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, la intimidad del hogar, etc.

Volviendo al punto principal de esta tesis, también se crea un conflicto de licitud al presentar el I.F. como un medio de prueba como expondremos a continuación:

- a. Recordemos que el derecho a la vida está garantizado constitucionalmente en el artículo 19 N°1 de nuestra Constitución Política de la República que expresamente señala que “La Constitución asegura a todas las personas:

1º.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.”

Por su parte, la admisión del I.F. como medio de prueba incide en la disponibilidad futura de información de seguridad operacional en la investigación de futuros accidentes, afectando el derecho a la vida de dichos sujetos futuros, pues como señala Griselda Capaldo: “(...)

- 1) *Las personas involucradas en el accidente o incidente pueden ser reticentes a contar a los investigadores qué ocurrió realmente por miedo a la persecución criminal si sus propios errores contribuyeron él.*
- 2) *Las personas también podrían fallar en documentar adecuadamente los factores contribuyentes, pues la información puede ser utilizada contra cualquiera de las personas involucradas en el accidente, que, en muchos casos, han colaborado eficientemente en la investigación. Esta aprehensión puede reducir la profundidad y acuciosidad de la investigación, convirtiéndola en un mero relato superficial de los hechos. (...) ” (Capaldo y Ortiz 2000)*

Desarrollando lo anterior, la investigación técnica es fundamental para prevenir futuros accidentes, de la misma manera es necesaria para la seguridad de un número indeterminado de futuros pasajeros de aeronaves (Capaldo 2012); esta es la relación entre el I.F. con el derecho a la vida e integridad física y psíquica de las personas.

Por demás, con tal de reconstruir los hechos del accidente, la investigación técnica contempla pruebas técnico-periciales y relatos de aquellos involucrados en él.

Estos relatos al ser presentados en el proceso a través del I.F. pueden traer futuras responsabilidades de aquellos que presten testimonio. Por lo tanto, es natural pensar que los involucrados se verán tentados a omitir en su testimonio todo aquello que pueda relacionarlos con un futuro proceso judicial, afectando la veracidad del I.F. y su vez la evitación de futuros siniestros aéreos.

Se evidencia así, una manifiesta colisión entre dos derechos de índole fundamental, el derecho a la prueba y la tutela judicial efectiva contra el derecho a la vida e integridad física y psíquica de las personas. Ante esta colisión de derechos, nuestro parecer es que debe ceder el primero a favor de este último¹⁰⁸.

En primer lugar, porque el mismo legislador ha establecido limitaciones al derecho a prueba con tal de hacer valer garantías y formalidades del proceso¹⁰⁹.

Y en segundo lugar, siendo el derecho a la vida e integridad física el derecho primordial, puesto que no existe norma jurídica, ni ningún otro derecho fundamental sin la idea de existencia humana (Figuroa 2009), y al

¹⁰⁸ Al ser el derecho a la vida el derecho primordial, puesto que el fin último de todos los otros derechos nace de la preservación de la existencia humana, posteriormente vendrán aquellos que velen por la relación social y calidad humana. (Lahabetián 2016)

¹⁰⁹ Las normas de legalidad y aquellas que conceden privilegios ya vistas son ejemplos de ello.

ser el proceso un plexo de valores a conjugar (Bordali 2016), el derecho a prueba ha de ser limitado en base a un derecho de más trascendencia.

- b. La investigación técnica es elaborada por un órgano del estado (DGAC), órgano que establece la causa de un accidente aéreo a través del I.F., pero al mismo tiempo es el mismo órgano que fiscaliza que la actividad aérea cumpla con las normativas que les son propias de su actividad.

Entonces, si es este órgano quien establece la causa de un accidente, los cuales posteriormente pueden traer futuras responsabilidades ante un tribunal judicial, es lógico pensar que dentro de las causas posibles del siniestro no estará la falta de fiscalización que puede haber tenido la DGAC, pues es muy difícil que el culpable revele su falta.

Es más, los tribunales chilenos han hecho del I.F. casi una prueba definitiva cuando de accidentes aéreos se refiere, aun ante esta falta de imparcialidad del documento, vulnerando el derecho a la defensa de la parte contraria en un juicio, puesto que está claramente ante situación de desigualdad probatoria.

- c. Fuera del derecho a la defensa, se vulnera una serie de otros derechos propios del debido proceso como es el derecho de igualdad entre las partes, imparcialidad del juez, derecho a un juez natural, entre otros.

A pesar de los argumentos anteriores, la normativa internacional también señala que debe asegurarse la administración de justicia. Por ello, alguien debe hacerse cargo del déficit epistémico que generaría la inadmisibilidad del informe técnico, especialmente para las víctimas¹¹⁰, por lo mismo, inspirados en la

¹¹⁰ Al respecto, Bordali indica que *“Es de común ocurrencia que personas que tienen un derecho subjetivo que ha sido vulnerado por otra persona o que han sido dañadas injustamente por otras, no puedan obtener una sentencia judicial afirmativa porque carecieron de los medios de prueba para demostrar la situación fáctica que se refiere a su derecho o al daño que se les ha ocasionado con culpa. En esta situación el derecho substantivo se ha visto insatisfecho en sede procesal. Dicho de otro modo, la tutela de los derechos en sede*

legislación de estadounidense proponemos que los órganos del Estado han de hacer dos informes, uno que deba coincidir con el I.F. actual con miras a un fin preventivo y otro informe meramente fáctico –sin testimonios, peritajes o recomendaciones-, el cual que pueda ser utilizado en futuros procesos judiciales sin vulnerar otros derechos involucrados, velando por la licitud y legalidad del proceso mismo.

2. Limitaciones a la incorporación del I.F. como medio de prueba en el derecho comparado.

El derecho comparado la colisión entre los principios y valores de la investigación técnica con el proceso ha sido resuelta mediante diversas formas de limitaciones a la incorporación del I.F. como medio de prueba.

2.1. El caso de Estados Unidos de América.

En Estados Unidos la investigación de accidentes está a cargo de National Transportation Safety Board (“NTSB”), un organismo estatal a cargo de la investigación de accidentes de aviación civil como también el de otros medios de transporte.¹¹¹ Es una agencia independiente carente de potestades regulatorias que no está subordinada a ninguna agencia regulatoria federal como lo son el Departamento de Transporte (“DOT”) o la Agencia Federal de Aviación (“FAA”). (NTSB s.f.).

En relación con su área legal, está compuesta por un Consejo General encargado de asesorar legalmente a la NSTB y representarla en sus actividades que, además, fija sus políticas legales, se encarga de analizar todos los requerimientos de información y las solicitudes para que testifique un miembro del personal de la comisión. (Nadal 2014).

jurisdiccional no ha acompañado a la tutela que la ley substantiva les brinda a los ciudadanos. (Bordali 2016, 174)

¹¹¹ Como los accidentes carreteros, marítimos, de oleoductos y de ferrocarriles.

La NTSB lleva a cabo la investigación técnica con independencia de cualquier otra autoridad sin que, en principio, se desarrolle de forma paralela ninguna investigación judicial. (Nadal 2014)

Solo el personal de la comisión y el personal autorizado por el investigador encargado podrán tener acceso a los restos, registros, correo o material transportado en la aeronave, que estará bajo la custodia propia de la NTSB.

El proceso penal no entra en conflicto con la investigación técnica, dado que no se produce una investigación paralela. En realidad, dirección de la investigación recaerá sobre el NTSB, excepto solo de haber algún indicio de interferencia ilícita¹¹² que, al ser un delito federal, obligará a la investigación se traslade a la sede penal quedando la NTSB solo como un órgano asesor. (Nadal 2014)

En relación a los testimonios de los miembros de la comisión, estos se encuentran extensivamente regulados con la finalidad de que la labor investigativa de los miembros de la junta no sea desvirtuada por interferencias judiciales. (Capps y Sanfelippo 2006, 449)

En específico, la parte 835 del artículo 49 del Código de Regulaciones Federales (“CFR”) establece importantes limitaciones al testimonio de empleados de la junta mediante el sometimiento a la aprobación del Consejo General de las solicitudes de comparecencia de dichos empleados, además de establecer taxativamente las materias sobre las que pueden testificar. En este sentido, prescribe que solo podrán testificar sobre la información factual que obtenga en el curso de la investigación, debiendo negarse a testificar sobre

¹¹² Según el reglamento DAR 17, la interferencia ilícita son “Actos o tentativas, destinados a comprometer la seguridad de la aviación civil y del transporte aéreo, es decir: a) Apoderamiento ilícito de aeronaves en vuelo; b) Apoderamiento ilícito de aeronaves en tierra; c) Toma de rehenes a bordo de aeronaves o en los aeródromos; d) Intrusión por la fuerza a bordo de una aeronave, en un aeródromo o en el recinto de una instalación aeronáutica; e) Introducción a bordo de una aeronave o en un aeródromo de armas o de artefactos (o sustancias) peligrosos con fines criminales; y f) Comunicación de información falsa que compromete la seguridad de una aeronave en vuelo, o en tierra, o la seguridad de los pasajeros, tripulación, personal de tierra y público en un aeródromo o en el recinto de una instalación de aviación civil.”

materias que vayan más allá del alcance de su investigación y no deberán dar testimonio u opinión¹¹³ experta¹¹⁴.

En relación con la utilización del I.F. en juicio, la NTSB emite tres tipos de informes.

El primero es el informe factual o *factual findings* que se emite tras el hallazgo del accidente que solo considera la información fáctica del accidente, como la ubicación, hora y datos del hallazgo del accidente. No contiene análisis ni conclusiones de ningún tipo.

El segundo es el Informe Preliminar (I.P. desde ahora), emitido más avanzada la investigación y que contiene análisis con las posibles causas probables y también recomendaciones de seguridad para aplicarse de forma urgente.

El tercero es el I.F. que contiene el análisis de los restos con las conclusiones, que incluyen la causa probable y las recomendaciones de seguridad.

Estos dos últimos son inadmisibles para su uso como medio de prueba tal y como prescribe en el Título 49, Subtítulo II, Capítulo 11, Subcapítulo IV del Código de los Estados Unidos (U.D.C.A)¹¹⁵ y por el Título 49, Subtítulo B,

¹¹³ § 835.10 Testimony in Federal, State, or local criminal investigations and other proceedings.

(a) As with civil litigation, the Board prefers that testimony be taken by deposition if court rules permit, and that testimony await the issuance of the factual accident report. The Board recognizes, however, that in the case of coroner's inquests and grand jury proceedings this may not be possible. The Board encourages those seeking testimony of Board employees to contact the General Counsel as soon as such testimony is being considered. Whenever the intent to seek such testimony is communicated to the employee, he shall immediately notify the General Counsel.

(b) In any case, Board employees are prohibited from testifying in any civil, criminal, or other matter, either in person or by deposition or interrogatories, absent advance approval of the General Counsel. The Board discourages the serving of a subpoena for testimony but, if issued, it should be served on the General Counsel, rather than the employee.

(c) If permission to testify by deposition or in person is granted, testimony shall be limited as set forth in § 835.3. Only factual testimony is authorized; no expert or opinion testimony shall be given.

¹¹⁴ § 835.3 Scope of permissible testimony.

(...)(b) For the reasons stated in paragraph (a) of this section and § 835.1, Board employees may only testify as to the factual information they obtained during the course of an investigation, including factual evaluations embodied in their factual accident reports. However, they shall decline to testify regarding matters beyond the scope of their investigation, and they shall not give any expert or opinion testimony.

¹¹⁵ El título 49, subtítulo II, capítulo 11, subcapítulo IV del Código de los Estados Unidos (U.S.C.A). Así, el artículo 49 prescribe que *“ninguna parte de un reporte relacionado con un accidente o la investigación de un*

Capítulo VIII, párrafo 835 del Código de Regulaciones Federales (C.F.R), § 835.2¹¹⁶.

La razón de esto yace en que *“Las investigaciones están orientadas a ser neutrales en la litigación, para así promover la imparcialidad y fomentar la cooperación y así cumplir con la institucional de la NTSB de encontrar la causa del accidente para así prevenir la ocurrencia de accidentes similares.”* (Capps y Sanfelippo 2006, 449)

Con todo, aun cuando no existiera la regla de exclusión mencionada, el I.F. no sería del todo admisible, debido a la desconfianza sistemática de los informes gubernamentales como medios de prueba al ser considerados testimonios de oídas (*hearsay*).¹¹⁷

De esta forma, para ser admitidos deben ser las excepciones a la prohibición del *hearsay* contenidas en la Regla 803 del *Federal Rules of Evidence* (Capps y Sanfelippo 2006) que establece como excepción al testimonio de oídas los *“(8) Registros, informes, declaraciones, recopilaciones de datos, en cualquier forma, de oficinas públicas o agencias, que describan:*

- A. *Las actividades de una oficina o agencia;*
- B. *Situaciones observadas en cumplimiento de un deber legal como aquellos asuntos donde había un deber de informar, excluyendo, sin embargo, en los casos criminales observados por agentes de policía y otro personal de cumplimiento de la ley.*
- C. *En acciones civiles y procedimientos en contra del gobierno en casos criminales, los hallazgos factuales resultantes de una investigación*

accidente podrá ser admitido como evidencia o ser usado en una acción civil por daños resultantes de algún material del reporte” Traducción del autor.

¹¹⁶ *“Ninguna parte del informe del accidente podrá ser admitido como evidencia o ser utilizado en cualquier acción por daños que surja de cualquier material mencionada en tal reporte.*

El reporte factual se refiere al reporte del investigador del accidente. La junta no objeta, y no hay ninguna prohibición legal en la admisión en juicio de los reportes factuales de accidentes.” Traducción del autor.

¹¹⁷ De acuerdo al artículo 801 del Federal Rules of Evidence, un testimonio de oídas es una declaración realizada por un sujeto distinto al autor original de las declaraciones referenciadas que se ofrece como un elemento de prueba para demostrar la verdad de lo afirmado. La razón de su exclusión hallase en evitar errores de valoración al ser el testigo una persona sin contacto directo con el deponente en juicio (Taruffo 2008).

*realizada conforme a la autoridad otorgada por la ley, sin que las fuentes de información u otras circunstancias indiquen falta de exactitud.”*¹¹⁸

Sin embargo, no basta con que dicho documento sea una excepción al testimonio de oídas, sino que también debe evitar generar un prejuicio injusto en el jurado, pues si lo hace puede aplicar la regla del artículo 403 del Federal Rules of Evidence que expresamente otorga la facultad de “*excluir evidencia relevante si su valor probatorio es sustancialmente sobrepasado por uno o más de los siguientes peligros: prejuicio injusto, confusión del asunto, confusión del jurado, demora indebida, pérdida de tiempo, o la presentación innecesaria de prueba corroborativa.*”¹¹⁹

En este sentido, una corte señaló: “*Porque esta prueba documental se encuentra una forma de reportes pronunciados por agencias del gobierno de los Estados Unidos, su aparente naturaleza oficial es susceptible de ejercer sobre el jurado un peso indebido y por esta razón, cualquier valor probatorio puede ser sobrepasado por el peligro de un prejuicio injusto*” (Capps y Sanfelippo 2006, 451).

En este orden de ideas, la jurisprudencia norteamericana también ha sentado precedentes en relación a la admisibilidad de otros documentos gubernamentales, como el caso *Beech Aircraft Corp. con Rainey*¹²⁰.

¹¹⁸ Traducción del autor. “Rule 803 – Exceptions to the Rule Against Hearsay”.

The following are not excluded by the rule against hearsay, regardless of whether the declarant is available as a witness:

(8) Public Records. A record or statement of a public office if:

(A) it sets out:

(i) the office’s activities;

(ii) a matter observed while under a legal duty to report, but not including, in a criminal case, a matter observed by law-enforcement personnel; or

(iii) in a civil case or against the government in a criminal case, factual findings from a legally authorized investigation; and

(B) the opponent does not show that the source of information or other circumstances indicate a lack of trustworthiness

¹¹⁹ Traducción del autor. “Rule 403 – Excluding Relevant Evidence for Prejudice, Confusion, Waste of Time, or Other Reasons. The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence.”

¹²⁰ United States Supreme Court, *Beech Aircraft Corp. con Rainey*, 488 U.S. 153 (1988).

Este trata sobre la admisibilidad del informe del Judge Advocate General, un tipo de Juez Militar, en una acción civil derivada de un accidente de aviación militar, en el que una instructora de la Marina de Estados Unidos y su estudiante fallecieron en un accidente durante un vuelo de entrenamiento a bordo de una aeronave Beechcraft, por lo cual sus causahabientes interpusieron una acción por daños contra el fabricante de la aeronave, alegando que el siniestro fue causado por una falla de fábrica.

Para desvirtuar este hecho, el fabricante presentó como medio de prueba dicho informe, cuya estructura es muy similar a la de los informes técnicos de la NTSB que consta una primera parte de *factual findings* y, en una segunda, la opinión sobre la causa probable para finalizar con recomendaciones de seguridad.

Los demandantes solicitaron su exclusión por constituir *Hearsay*, al contener opiniones y no solo *factual findings*. Esto fue materia de sendos recursos que llegaron hasta la Suprema Corte de Justicia, determinando que, a la luz de la Regla 803(8), el informe era admisible, sin embargo, estableciendo el precedente que todo informe debe evaluarse a través de los siguientes parámetros de fiabilidad:

- 1) La oportunidad de la investigación;
- 2) Las habilidades y experiencia del investigador;
- 3) Si el documento había sido expuesto en una audiencia pública;
- 4) Los posibles prejuicios del investigador previendo un eventual juicio.

(Capps y Sanfelippo 2006).

2.2. El caso de Nueva Zelanda.

El órgano investigador técnico de accidentes de transportes es el *Transport Accident Investigation Commission (TAIC)*, que, de forma similar a la

NTSB, estudia los accidentes producidos en los medios aéreo, marítimo y terrestre (Nadal 2014).

Nueva Zelanda, al igual que EE. UU, tiene una regulación especial respecto a la utilización probatoria de ciertos registros obtenidos en la investigación de accidentes, derivadas de la experiencia en el uso de registros de los grabadores de voz de la cabina, especialmente gracias al accidente de un turbohélice Dash-8-100 de 9 de junio de 1995 en la aproximación de un aeropuerto de Nueva Zelanda. (Nadal 2014).

La policía requirió la entrega de la grabación y transcripción del *Cockpit Voice Recorder* a la TAIC, la cual se negó basada en el punto 5.12 del Anexo 13¹²¹. La policía requirió judicialmente su entrega lo que devino en recursos que llegaron a una Corte de Apelación de dicho país, la que dio el favor a la policía (Nadal 2014).

Ello devino en una reforma normativa que regula la investigación de accidentes llamada *TAIC Amendment Act* de 1999, que establece como regla general que dicha información no puede ser utilizada para otros propósitos que la investigación técnica. Así, en los procesos penales su utilización está estrictamente prohibida, pues puede vulnerar el derecho a la no incriminación, mientras que en sede civil solo puede ordenar su utilización la *High Court* a

¹²¹ Anexo 13, 5.12 “El Estado que lleve a cabo la investigación de un accidente o incidente no dará a conocer los registros siguientes para fines que no sean la investigación de accidentes o incidentes, a menos que la autoridad competente designada por dicho Estado determine, de conformidad con la legislación nacional y con sujeción al Apéndice 2 y a 5.12.5, que la divulgación o uso de dichos registros es más importante que las posibles consecuencias adversas, a nivel nacional e internacional, que podría tener tal decisión para esa investigación o futuras investigaciones:

- a) las grabaciones de las conversaciones en el puesto de pilotaje y las grabaciones de las imágenes de a bordo, y toda transcripción de las mismas; y
- b) los registros bajo la custodia o el control de la autoridad encargada de la investigación de accidentes son:
 - 1) todas las declaraciones tomadas a las personas por las autoridades encargadas de la investigación en el curso de la misma;
 - 2) todas las comunicaciones entre personas que hayan participado en la operación de la aeronave;
 - 3) la información de carácter médico o personal sobre personas implicadas en el accidente o incidente;
 - 4) las grabaciones de las conversaciones en las dependencias de control de tránsito aéreo y las transcripciones de las mismas;
 - 5) los análisis efectuados y las opiniones expresadas acerca de la información, incluida la información contenida en los registradores de vuelo, por la autoridad encargada de las investigaciones de accidentes y los representantes acreditados en relación con el accidente o incidente; y 6) el proyecto de informe final de la investigación de un accidente o incidente.”

petición de parte, conforme a las secciones 14C¹²² y 14F¹²³ de la TAIC *Amendment Act* siempre y cuando el tribunal realice la prueba de equilibrio del punto 5.12 del Anexo¹²⁴ (Nadal 2014).

Respecto al valor probatorio de la investigación cabe destacar que:

1. El I.F. es parcialmente inadmisibles. De este modo, no podrán ser utilizadas aquellas partes que reflejen análisis, recomendaciones u opiniones, aunque no hay prohibición expresa de utilizar la información factual, es decir, aquella que contiene los datos de hallazgo del accidente.¹²⁵ (Nadal 2014)
2. Los investigadores de la TAIC no pueden ser obligadas a comparecer en ningún proceso en la comisión no sea parte, como señala el artículo 14O de dicho cuerpo legal. (Nadal 2014)

¹²² TAIC Amendment Act, 14C Circumstances of disclosure of cockpit recordings, and certain investigation records supplied to Commission

(1)A record specified in subsection (2) may only be disclosed—

(a)by the Commission, or other person with the written consent of the Commission, for the purposes of an investigation by the Commission into an accident or incident to which the record relates; or (b)by order of the High Court under section 14E or section 14F; or(c)under section 14Q.

(2)A record referred to in subsection (1) is—(a)a cockpit voice recording from a non-military aircraft or a transcript of a cockpit voice recording from a non-military aircraft; or(b)a cockpit video recording from a non-military aircraft or a transcript of a cockpit video recording from a non-military aircraft; or(c)a document or record held by the Commission that contains information about an identifiable natural person that was supplied to the Commission in the course of an investigation (not being information included in any statement, submission, recording, transcript, or note referred to in any of paragraphs (a), (b), or (c) of section 14B(2)).

(3)Nothing in subsection (1) prevents a person who is recorded on a record referred to in paragraph (a) or paragraph (b) of subsection (2), or who supplied information contained in a record referred to in subsection (2)(c), from making a statement to any person about the accident or incident.

¹²³TAIC Amendment Act, 14F Disclosure of record relating to accident or incident in civil proceedings

(1)This section applies to any civil proceedings if the amount of the damages claimed exceeds the amount specified from time to time as the maximum civil jurisdiction of the District Court under the District Court Act 2016; but does not apply to proceedings under the Employment Relations Act 2000.

(2)A party to civil proceedings to which this section applies may apply to the High Court for the disclosure of a record specified in section 14C (2).

(3)The court may order the disclosure of a record under this section if the court determines, on the balance of probabilities, that the interests of justice in the disclosure of the record outweigh the adverse domestic and international impact the disclosure may have on the investigation to which the record relates or any future investigation into an accident or incident.

¹²⁴ Protección de los registros de las investigaciones de accidentes e incidentes.

¹²⁵ 14N Admissibility of accident or incident findings, recommendations, or report

No findings or recommendations published, or report made after an investigation by the Commission are admissible as evidence in any proceedings except—

(a) a coroner's inquiry; or

(b) an application for review of a decision of the Commission.

2.3. El caso de España.

El ente técnico investigador es la Comisión de Investigación de Accidentes e Incidentes de la Aviación Civil (CIAIAC) dependiente del Ministerio de Fomento, que constituye un órgano colegiado especializado e independiente de otros órganos involucrados en la actividad aérea y de cualquier otro órgano que pudiera causar conflictos en sus intereses. (Nadal 2014)

Respecto a su regulación ha sufrido un gran cambio desde el 2011 con la aparición del RUE 996/2010, siendo el derecho europeo comunitario su principal fuente de regulación, diferenciando aquellas materias que corresponden a la investigación de accidentes y aquellas que merecen de especial protección (aquellas que tengan carácter reservado). (Nadal 2014)

Internamente y a la luz del reglamento Rue 996/2010¹²⁶ la normativa interna sufre modificaciones. la Ley de Seguridad Aérea¹²⁷, en su artículo 15 establece que el régimen jurídico de la investigación de accidentes se regirá por el mencionado reglamento y sus normas de aplicación y desarrollo. (Nadal 2014)

El Rue 996/2010 deja un amplio marco para que los Estados decidan cual será la relación entre la investigación judicial y la investigación técnica, de manera que no opta entre investigaciones coordinadas ni totalmente independientes. (Nadal 2014)

No obstante lo anterior, el Rue 996/2010 si establece bases mínimas de coordinación; en cuanto al acceso material a las fuentes de prueba, la CIAIAC está autorizada para acceder al lugar del accidente, a obtener las fuentes materiales necesarias, a custodiar el material obtenido y practicarles las pruebas que sean necesarias. (Nadal 2014)

¹²⁶ o simplemente reglamento desde ahora.

¹²⁷ Ley 1/2011 del 4 de marzo de 2011.

También se regula la posibilidad de que entre los entes investigadores lleguen a acuerdos de investigación con tal de alcanzar sus fines investigativos.

A raíz de esto último las investigaciones (investigación técnica e investigación judicial) tendrán carácter de independientes entre sí, a menos que haya acuerdos de cooperación investigativa.

En términos de utilización de los antecedentes de la investigación técnica en juicio, se distingue entre aquella información que posee carácter de no reservada y aquella de carácter reservada o sensible.

La información que no tiene carácter de reservada se refiere a información fáctica de los datos de vuelo. En cambio, la información de carácter sensible¹²⁸ posee un régimen especial en cuanto a su incorporación probatoria, ya que su utilización afecta a los derechos de los involucrados.

Aquel interesado en usar la información sensible en juicio lo solicitará ante el juez, justificando su incorporación.

Si el juez coincide en la necesidad de la información de carácter reservado se dirigirá al ente técnico, este ente a su vez decidirá si accede a la cesión del material, teniendo la decisión final, por lo que, si accede a conceder la información solicitada, esta podrá ser íntegra o parcial.

La prueba personal (aquella que se basa en declaraciones), posee una regulación especial, puesto que no es obligatorio declarar ante la autoridad técnica. Esto se debe a la necesidad de que aquellos que presten declaración se sientan libres de expresarse sin la presión de acarrear alguna investigación penal sobre ellos, de manera que sus testimonios poseen carácter de secreto, prohibiendo su uso para destinos distintos al de la investigación técnica.

Dentro de estas declaraciones podemos distinguir:

¹²⁸ RUE 996/2010, artículo 14 .1 letra d), información sensible es aquel material presentado posteriormente durante el transcurso de la investigación, como notas borradores, dictámenes escritos, oír de los investigadores, opiniones manifestadas al analizar la información, incluida la información de registros de vuelo.

i. La entrevista del imputado se ha entendido que no tiene valor alguno en el proceso penal, de lo contrario se violarían las garantías procesales y el derecho a no declarar contra sí mismo. (Nadal 2014)

ii. La declaración de testigos posee una distinción, aquellas dadas con acuerdo entre el investigador técnico y el investigador penal podrán tener valor probatorio si se ratifican en el seno del juicio oral y ante el órgano encargado de dictar sentencia y que fueren aplicables según la ley penal. (Nadal 2014)

De no haber acuerdo alguno, estas declaraciones no tendrán valor solo por el hecho de ser presentadas en el juicio oral, por lo que deberán tomarse nuevas declaraciones, cumpliendo con las reglas de oralidad e inmediación.

iii. La información de índole personal y médica de las personas considera casos de injerencia e intromisión de los derechos fundamentales de la persona como su integridad física, la intimidad o el libre desarrollo de la personalidad (Nadal 2014), por lo que de utilizarse se vulneraría derechos constitucionales, volviendo la prueba ilícita.

Esta es la razón por la cual se deberá cumplir con los requisitos legales que aseguren la debida protección de derechos, pasando por un examen de proporcionalidad dependiendo de la afectación de los derechos.

Por lo último, se ha acudido a peritajes autónomos de la autoridad penal o a través de acuerdo de cooperación, con tal de asegurar el respeto a los derechos constitucionales y ayudar al juez a distinguir si esta información como medio de prueba es proporcionada. (Nadal 2014)

iv. La Información de registros y transcripciones de voces, imágenes y datos de vuelo está regulada por el RUE 996/2010, que establece que la vía para adquirir estos registros es mediante la autorización de la

CIAIAC¹²⁹, la cual es muy restrictiva, puesto que abarca información relacionada directamente con los factores contribuyentes a la producción del accidente. (Nadal 2014)

La utilización de estos registros como medios de prueba es controversial, porque puede significar injerencia en la intimidad y la confianza de la tripulación, afectando derechos fundamentales, no obstante, esta intromisión se basa en la seguridad aérea, por lo que al ser una actividad de alto riesgo se hace justificable dicha injerencia ante la posibilidad de conductas dolosas o manifiestamente negligentes.

Una segunda controversia se produce a raíz de la utilización de estos registros como medios de prueba que está relacionado con el derecho a la defensa, ante esto, los registros son creados coetáneamente a la producción de los hechos que se enjuician y previas al inicio del proceso penal, por lo no puede entenderse que se haya obligado al sujeto pasivo a declarar ni a producir evidencia que pudiera ir en su contra, ya que la evidencia ya está producida, además, la evidencia no es aportada por el propio sujeto sino que por la comisión investigadora. (Nadal 2014)

En relación a la utilización del I.F. como medio de prueba, no existe limitación probatoria alguna para su incorporación, incorporándosele totalmente como prueba documental.

¹²⁹ LSA, artículo 19.1.a) en relación con el artículo 18.1.

CAPITULO IV: LA NATURALEZA DEL INFORME FINAL COMO MEDIO DE PRUEBA

El Informe Final emitido por la DGAC en el ejercicio de sus competencias, plasma las conclusiones del proceso administrativo de investigación técnica de accidentes de aviación, específicamente, la determinación de la causa probable del accidente y sus factores contribuyentes, según las cuales se emiten recomendaciones de seguridad.

En resguardo del derecho a la vida de un número indeterminado e indeterminable de futuros pasajeros y terceros en superficie, el único y exclusivo fin del I.F. es el de evitar la ocurrencia un nuevo accidente o incidente por las mismas causas o similares, lo que incluso debería implicar su exclusión probatoria, tal y como estudiamos en el último capítulo.

No obstante ello, en Chile el I.F. es normalmente incorporado como medio de prueba, lo que trae consigo una serie de anomalías en su incorporación y producción derivadas de su desnaturalización (Meneses 2017) manifiesta en la indeterminación de su tipo probatorio, pues el I.F. comparte caracteres que lo asimilan a varios tipos de prueba como pueden el documental, pericial e incluso el documental.

Esto provoca la vulneración de las garantías procesales de las partes, particularmente del derecho al contradictorio, más grave aún ante la acusada falta de objetividad del ente técnico.

En este capítulo, estudiaremos el origen de esta indeterminación como también los múltiples caracteres del IF como medio de prueba, lo que junto al análisis de las diversas soluciones jurisprudenciales y doctrinales nos permitirá integrar el vacío en la materia.

Para el análisis de la naturaleza probatoria del I.F. es necesario descomponer el fenómeno probatorio en dos niveles. Uno previo y extraño al proceso, en su carácter de fuente de prueba, y otro judicial como medio de prueba (Meneses, 2015).

Ambos niveles coinciden en constituir datos empíricos capaces de suministrar información útil para alcanzar un conocimiento de los hechos y el estar compuestos por personas que guardan conocimiento sobre sucesos y cosas que almacenan conocimiento; pero se diferencian en el contexto en que se desarrollan, al ser las fuentes un punto de origen de la información sobre hechos que se desenvuelven en un contexto de descubrimiento de carácter cognoscitivo ajeno y previo al proceso, mientras que los medios de prueba se construyen en un contexto argumentativo de justificación de los enunciados fácticos de los partes regidas por las normas de incorporación y valoración de la prueba. (Meneses, 2015)

En palabras de Meneses *“Esto significa que los medios de prueba se basan en las fuentes probatorias y en la información fáctica de éstas, pero como ingresan al escenario de debate del proceso jurisdiccional, son empleados por las partes para cumplir un rol argumentativo y por el juez para justificar su decisión.”* (Meneses 2015, 85)

Es desde esta herramienta analítica, que comenzaremos el análisis de la naturaleza probatoria del I.F.

1. El I.F. como fuente de prueba.

El I.F. como fuente de prueba tiene tres perspectivas.

La primera, es un documento, una cosa representativa de un hecho (Meneses 2017) que reproduce los resultados de una investigación técnica de seguridad regulada por un microsistema de normas y principios (Honorato 2012), especialmente el del fin exclusivamente preventivo, el de independencia en tres niveles y de neutralidad.

De esta forma, el I.F. presenta en forma ordenada y sistematizada los múltiples datos y conclusiones de la Investigación Técnica, plasmando lo que vieron el o los investigadores sobre el accidente al ser ellos verdaderos testigos expertos sobre el estado tanto de la aeronave, como de sus componentes tras el accidente.

Por otro lado, reproduce las declaraciones de involucrados y testigos sobre sus actuaciones o de lo que percibieron del accidente, respectivamente. En este punto es importante recordar que según el punto 5.12 del Anexo tienen el carácter de reservadas (y como tales están sometidas a la prueba de equilibrio para determinar las consecuencias adversas de su desclasificación), y que como tales y según 5.12.2 del Anexo *“se incluirán en el informe final o en sus apéndices únicamente cuando sea pertinente para el análisis del accidente o incidente. Las partes de los registros que no sean pertinentes para el análisis no se divulgarán.”*

También, refleja los análisis y pruebas realizados sobre los restos y declaraciones, apreciados conforme a conocimientos específicos de diversas ciencias.

Como se ve, el I.F. como fuente es un documento que abarca y manifiesta amplios ámbitos de la realidad sobre el accidente.

La segunda perspectiva, es que el I.F. tiene una naturaleza administrativa de derecho público, específicamente, un acto administrativo de la DGAC en el ejercicio de sus competencias legales¹³⁰.

¹³⁰ Recordemos que según el artículo 3, letra “r”, de la Ley 16.752, la DGAC tiene competencia administrativa para investigar accidentes. Por otro lado, el artículo 3 de la Ley 19.880 define acto administrativo como *“las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.”*

Al respecto, Nadal (Nadal 2014) señala que es un acto administrativo de trámite que no es ni definitivo ni impugnabile por no ser resolutorio de procedimiento. Esto se explica porque su finalidad no se agota en el mismo, sino que busca servir de base para futuras resoluciones administrativas que ejecuten

La tercera, y en estricta relación con lo anterior, el I.F. es un documento público, esto es, una cosa representativa de un hecho (Meneses 2017) formado en el ejercicio de una actividad pública (Marinoni 2009) como lo es la investigación de accidentes de aviación civil.

1.1. EL I.F. como documento público.

Existen dos tipos de documentos públicos. Los primeros, son aquellos en cuya confección concurre la fe pública, como los instrumentos públicos, y los segundos, los documentos elaborados en el ejercicio de funciones públicas siguiendo las respectivas formalidades legales, como son la generalidad de los actos administrativos. (Meneses 2017)

La importancia de esta clasificación es su proyección probatoria, con mayor importancia en sede civil, pues, en el primer grupo su valor probatorio está determinado por la ley mediante las reglas de tasación legal del artículo 1700 y 1706; el segundo, no.

En consecuencia ¿A qué tipo de documento corresponde el I.F.?

1.1.1. Documentos en que concurre la fe pública.

Son aquellos que en su proceso de formación documental concurre la institución de la fe pública, la cual establece un conjunto de exigencias expresas, estrictas y especiales que aseguran la autenticidad de los documentos y, en algunos casos, la veracidad de su contenido (Meneses 2017).

Así, existen dos clases de documentos públicos (Meneses 2017):

- Aquellos en que intervienen ministros de fe o fedatarios y cuya actividad se encuentra reglada mediante un proceso de confección de la

recomendaciones de seguridad. Vgr. Las directivas de aeronavegabilidad que establezcan nuevos requisitos de operación de aeronaves análogas a la involucrada en un accidente.

documentación, como lo son los instrumentos públicos y las escrituras públicas.

- Aquellas que tienen medidas legales aplicadas a la elaboración de documentos que no son consideradas la intervención de un ministro de fe, como lo son los documentos suscritos con Firma Electrónica Avanzada.

Estos documentos tienen 3 características copulativas que deben darse en cada una de sus especies (Meneses 2017):

- i. La concurrencia de la fe pública, como institución jurídica que establece un sistema ordenado y estable de normas y funcionarios que permitan garantizar la autenticidad de estos documentos. Así, en las escrituras públicas destaca el *rito notarial*, una sucesión de actuaciones al interior del notariado para la confección de documentos público. A modo ejemplar, destacan los artículos 403 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales (desde ahora C.O.T) sobre la autorización y otorgamiento de escrituras públicas.

Destaca así el artículo 404, que señala la exigencia de escribirse las escrituras públicas en idioma castellano y estilo claro y preciso, la prohibición de abreviaturas u contener espacios en blanco. Asimismo, el deber de inutilizar con su firma y sello el reverso no escrito de las hojas en que se contenga una escritura pública o de sus copias.

Otro ejemplo, son los requisitos de acreditación de la identidad de los otorgantes que con la respectiva cédula o pasaporte so pena de nulidad.

- ii. La actividad de los ministros de fe es eminentemente pasiva en su carácter certificador, y no intervienen en las declaraciones de los otorgantes ni en el acto ni en sus efectos, lo necesariamente implica

determina que existe una separación entre la actividad del ministro de fe y el contenido de los actos registrados en el documento.

- iii. Por todo lo anterior, estos documentos dan seguridad al tráfico jurídico, lo cual tiene una proyección en el campo probatorio, fundamentando la valoración legal de las escrituras e instrumentos públicos, mediante las reglas de tasación de la prueba de los artículos 1700 y 1706 del Código Civil (en adelante, “C.C”). De esta forma, el documento es indubitable y no admite prueba en contrario.

Cabe destacar que Meneses difiere de la doctrina y jurisprudencia tradicional, que equipara documento con instrumento público y según la cual la definición del 1699 del Código Civil¹³¹ tendría una aplicación general para todos los documentos oficiales, haciéndole aplicables las reglas de tarifa legal de los artículos 1700 y 1706 C.C, por lo que haría todos los documentos públicos harían fé en cuanto a su autenticidad y veracidad.

Por el contrario, este autor postula que los instrumentos públicos son una clase particular de documento público en que concurre la fe pública y destinados a regular los actos jurídicos de particulares.

Sus argumentos radican en:

- i. En el sentido técnico - jurídico del término instrumento, recogidas de las fuentes del Código Civil, como el Proyecto de Código Civil Español de 1851, inspirado en la tradición jurídica según la cual los instrumentos se circunscriben a los negocios particulares;
- ii. El alcance restrictivo y específico de la expresión *solemnidades legales* utilizada en el artículo 1699 del C.C. Las solemnidades son derecho estricto y no susceptibles de analogía;

¹³¹ C.C., Artículo 1699 “*Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario. Otorgado ante escribano e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública.*”

iii. El concepto amplio de prueba documental del Código de Procedimiento Civil (en adelante, C.P.C) refrendado en:

- Su mensaje que expresamente señala: *“Con respecto a los otros medios particulares de prueba, se determina la manera de establecer la autoridad de los documentos públicos otorgados dentro o fuera de la República.”*¹³²;
- El artículo 350 que sobre el cotejo prescribe que *“Podrá pedirse el cotejo de letras siempre que se niegue por la parte a quien perjudique o se ponga en duda la autenticidad de un documento privado o la de cualquier documento público que carezca de matriz.”*;
- La errada utilización del concepto “instrumento público” en el encabezado del artículo 342¹³³ que no guarda concordancia con los numerales que regulan supuestos más amplios que la noción de los artículo 1698 inciso 2° y 1699 C.C. Entre otros, el N°1 que expresa “documentos originales” aplicable no sólo a instrumentos, sino que incluso a aquellos documentos sin matriz.; el N°3 que refiere a las copias obtenidas sin cumplir los requisitos legales para ser instrumento público pero no objetadas; N°6 en relación al “documento electrónico” suscrito con firma electrónica avanzada;
- Los artículos 29 y 32 referentes al Título V del Libro I del Código titulado *“De la formación del proceso, de su custodia y de la comunicación*

¹³² Mensaje del Código de Procedimiento Civil.

¹³³ Artículo 342 C.P.C *“Serán considerados como instrumentos públicos en juicio, siempre que en su otorgamiento se hayan cumplido las disposiciones legales que dan este carácter:*

1°. Los documentos originales;

2°. Las copias dadas con los requisitos que las leyes prescriban para que hagan fe respecto de toda persona, o, a lo menos, respecto de aquella contra quien se hacen valer;

3°. Las copias que, obtenidas sin estos requisitos, no sean objetadas como inexactas por la parte contraria dentro de los tres días siguientes a aquel en que se le dio conocimiento de ellas;

4°. Las copias que, objetadas en el caso del número anterior, sean cotejadas y halladas conforme con sus originales o con otras copias que hagan fe respecto de la parte contraria; y

5°. Los testimonios que el tribunal mande agregar durante el juicio, autorizados por su secretario u otro funcionario competente y sacados de los originales o de copias que reúnan las condiciones indicadas en el número anterior.

6°. Los documentos electrónicos suscritos mediante firma electrónica avanzada.”

de las partes.” Por una parte, el artículo 29 se refiere a la carpeta electrónica la formada “con los escritos, documentos, resoluciones, actas de audiencias y actuaciones de toda especie que se presenten o verifiquen en el juicio.”; por otra, el artículo 32 que se refiere al comprobante que deberá entregar el secretario al recibir un documento¹³⁴;

- El artículo 255 modificado por la Ley 18.705 de 1988. Anterior a la modificación expresaba que “*El actor deberá acompañar con su demanda los instrumentos en que se funde.*”, ahora versa “*Los documentos acompañados a la demanda deberán impugnarse dentro del término de emplazamiento, cualquiera sea su naturaleza.*”;
- El artículo 193 N°8 del Código Penal que sanciona la falsificación de documentos oficiales, que sanciona hasta con presidio mayor en su grado mínimo al “(...) *empleado público que, abusando de su oficio, cometiere falsedad: (...) 8° Ocultando en perjuicio del Estado o de un particular cualquier documento oficial.*”
- Según cierta jurisprudencia y un sector dogmática penal encabezado por Alfredo Etcheberry, la expresión “documento oficial” tiene un sentido lato que comprende tanto a los instrumentos públicos del artículo 1699 C.C como a la documentación propia del derecho público y administrativo. En efecto, agrega que la noción del artículo 1699 es insuficiente y que su aplicación abusiva llevaría absurdos como dejar sin castigo, por ejemplo, la falsificación de un decreto del presidente de la República (Etcheberry 1998).

Otro autor que sostiene esta postura es Piallás (Paillás 2002). Basado en una de las fuentes del artículo 1699 C.C., el artículo 1317 del Código Civil Francés que regula el *acta authentique* y cuyo supuesto de hecho son los

¹³⁴ Complementando a dicho autor, el artículo 30 prescribe “*Artículo 30.- Los escritos y documentos se presentarán por vía electrónica conforme se dispone en los artículos 5° y 6°, respectivamente, de la Ley General sobre Tramitación Electrónica de los Procedimientos Judiciales. Los escritos se encabezarán con una suma que indique su contenido o el trámite de que se trata.*”

negocios privados. Así, el artículo 1699 seguiría este criterio y pertenecerían a él las escrituras públicas, las inscripciones hechas por el Conservador de Bienes Raíces, los actos otorgados ante el Registro Civil y los consignados en otros registros públicos.

De todo lo analizado, concluimos que el I.F no es un documento en que concurre la fe pública ni menos un instrumento público pues :

- i. No todos los documentos públicos son instrumentos públicos, según lo reseñado por Meneses y Paillás.
- ii. Las normas del Anexo y la de la DAR y DAN no constituyen un sistema ordenado y estable de normas y funcionarios que garanticen la autenticidad ni la veracidad de ningún documento ni de sus declaraciones. La función de estas normas es la de establecer procedimientos que regulen la investigación de accidentes, que resguardan el rigor científico de la investigación y la protección de información sensible, que en ningún caso se asemejan al rito notarial.
- iii. Menos es un instrumento público, al versar sobre una materia de derecho público y no sobre actos de particulares.
- iv. A diferencia de los fedatarios, la labor de los investigadores es activa y no pasiva, pues no hay una separación entre la actividad que realizan y el contenido de los actos registrados en el documento, ya que los investigadores plasman sus declaraciones sobre su investigación del accidente y sus conclusiones.

1.1.2. Los documentos confeccionados en el ejercicio de funciones públicas.

La segunda gran categoría, corresponde a los documentos públicos realizados en el ejercicio de funciones públicas o documentos oficiales, aquellos

confeccionados dentro del ámbito de competencia de algún órgano público y que está destinado a cumplir funciones públicas. (Meneses 2017)

Destaca el autor que una característica esencial de este tipo es la relación funcional entre el ejercicio de las funciones públicas y los documentos, pues éstos exteriorizan aquellas actuaciones generando una relación identitaria entre ambas (Meneses 2017). La principal importancia de esta calificación, como ya adelantamos, es la no aplicación de la tarifa legal de los artículos 1701 y 1706 C.C. propia de los instrumentos públicos.

Dentro de este tipo, Meneses distingue entre aquellos puros y simples, y aquellos mixtos que no obstante ser documentos oficiales tiene elementos en que concurre la fe pública. (Meneses 2017).

Las características de los documentos puros y simples, entre otras, son (Meneses 2017):

- i. Emanan de organismos públicos y funcionarios que pertenecen a ellos;
- ii. Son expedidos por organismos competentes y funcionarios legalmente investidos;
- iii. Cumplen con las formalidades prescritas por la ley;
- iv. Son documentos que contienen actuaciones de derecho público que producen efectos dentro y fuera del respectivo órgano;
- v. Se confunden en él las declaraciones del autor del documento y del autor de la declaración;

Lo mixtos, en cambio, son documentos oficiales emitidos por un organismo público en ejercicio de una función pública, pero que concurre un elemento de la fe pública. En realidad, *“Participan de los mismos caracteres de los documentos puros y simples, con la salvedad que en estos casos la eficacia de la prueba resulta potenciada a raíz de la intervención de la fe pública.”* (Meneses 2017, 415)

Los elementos de la fe pública que pueden concurrir en este tipo de documentos son dos, primero, como el contar con una una regulación específica para la confección del documento, y, segundo, una separación entre el autor del documento y el autor de la declaración. Pero no son propios de la fe pública por faltar alguna de las características de ella. (Meneses 2017)

Por ejemplo, Meneses para el caso las actas de fiscalización, de inspección o las actuaciones de funcionarios públicos calificados por la ley como ministros de fe. Así, destaca el ejemplo del artículo 23 del D.F.L N°2 de 1967 sobre la Dirección del Trabajo que prescribe que *“Los Inspectores del Trabajo tendrán el carácter de ministros de fe respecto de todas las actuaciones que realicen en el ejercicio de sus funciones, dentro de las cuales podrán tomar declaraciones bajo juramento.*

En consecuencia, los hechos constatados por los Inspectores del Trabajo y de los cuales deban informar de oficio o a requerimiento, constituirán presunción legal de veracidad para todos los efectos legales, incluso para los efectos de la prueba judicial.”

En estos casos, se incumple con el rol pasivo que debe tener el fedatario, cuyo rol es el de recepcionar las declaraciones del documento y no formularlas, pues si bien toman declaraciones de personas, también dan refleja sus propias actuaciones en la fiscalización, por el que el funcionario daría fe sus propias actuaciones convirtiéndose en un fedatario de sí mismo.

Destaca además que *“aun cuando pudiera estimarse que estos funcionarios presentan el carácter de ministros de fe, estimamos que en cualquier caso resulta inadmisibles atribuir valor probatorio en juicio a las referidas actas, sobre todo cuando se trata de procesos en los que una de las partes es el organismo o funcionario. (...)”* Lo cual *“no se condice con la garantía del debido proceso legal y con la igualdad de armas. De seguir este*

critério, la autoridad administrativa podría crear evidencias en su favor con un valor privilegiado, lo que menoscaba las aludidas garantías judiciales fundamentales.” (Meneses 2017, 446)

Otra variante de esta teoría, es la Teoría del Tercer Género (Rioseco 2002), ampliamente acogida por la jurisprudencia, según la cual los tipos documentales que no reúnen los elementos de los instrumentos públicos ni de los documentos privados, integrarían un tercer género, el de los documentos oficiales, que, en virtud del principio de legalidad de los actos administrativos y de la especial función pública de los funcionarios que intervienen en ellos, estarían dotados de una presunción de autenticidad y de veracidad.

En conclusión, de acuerdo a lo analizado, el I.F. es un documento público confeccionado en el ejercicio de funciones públicas puro y simple:

- i. Emanar de un organismo público con competencia para investigar accidentes, como es la DGAC y por sus funcionarios investido para ello, como los del Departamento de Investigación de Accidentes, de acuerdo al Artículo 181 del Código Aeronáutico como también, como también por el artículo 3, letra “r”, de la Ley 16.752.
- ii. Cumplen las formalidades procedimentales de los actos administrativos, como también del Anexo 13 y de los reglamentos DAR y DAN 13.
- iii. Contiene una actuación de derecho público que surte efectos, tanto dentro de la DGAC como fuera de ella. En este sentido, como estudiamos, el I.F. tiene un efecto general, e incluso, internacional.
- iv. Como acto administrativo, tiene una presunción de legalidad.
- v. Existe, una confusión del autor de las declaraciones y del autor del documento.

Esto no es menor, pues los documentos públicos como fuente tienen una proyección en su carácter de medio de prueba lo que en palabras de Meneses significa que *“un documento público elaborado con sujeción a los aludidos procedimientos (propios de la fe pública y del ejercicio de funciones públicas) está destinado a producir determinados efectos probatorios dentro de las causas judiciales, los que deben guardar armonía con el régimen extrajudicial de estos elementos.”* (Meneses 2017, 113).

2. El I.F. como medio de prueba.

En el apartado anterior, determinamos la naturaleza extrajudicial del I.F. caracterizándolo un documento público confeccionado en el ejercicio de funciones públicas. Ahora resta determinar su naturaleza probatoria.

Para, ello debemos distinguir entre dos perspectivas del I.F. La primera es su perspectiva extrínseca o formal (Meneses 2017) que corresponde al soporte (Marinoni 2009) de una idea. De esta forma el I.F. es un soporte físico.

La segunda, en su plano intrínseco (Meneses 2017), relativo a su contenido. Por una parte, establece una causa probable del accidente y sus factores contribuyentes, conclusiones a la que arriba ya sea mediante la aplicación de técnicas científicas, la interpretación de datos a conocimientos específicos de una ciencia como la aeronáutica o también extrayendo consecuencias de sujetos implicados, caracteres evidentemente propios de la prueba pericial (Nadal 2014). Por otra, el I.F. contiene declaraciones de involucrados y testigos del accidente, caracteres asimilables a la prueba confesional e incluso testimonial.

Se constata así una disonancia entre los caracteres externos e internos del I.F. que a nuestro juicio es causada por la desnaturalización del I.F.

Definimos a la desnaturalización del I.F. como un fenómeno en el que una fuente o medio de medio de prueba es utilizado en discordancia con sus

características propias. Este fenómeno se da en dos niveles: desnaturalización de la fuente de prueba y desnaturalización del medio de prueba

En el primero, se da cuando un documento no previsto para ser incorporado como medio de prueba es incorporado como medio de prueba. En la mayoría de los casos esto no es conflictivo pues la fuente coincide sin problema con la taxonomía probatoria. Sin embargo, en otros casos, lo es porque la fuente de prueba aporta extensos y pormenorizadas constataciones y análisis de la realidad que se producen en procesos administrativos o de otra índole que no cumplen con las formalidades ni menos con las garantías legales ser incorporadas como un medio de prueba, como es caso el I.F.

De este modo y por un lado, al contener un extenso tratamiento de la realidad, el I.F. puede ser asimilado a varios medios de prueba, como lo es la prueba documental, testimonial, confesional, testimonial y pericial, problema similar como que el ocurre con las resoluciones de procesos administrativos, como el I.F. o las resoluciones de la Autoridad Marítima sobre la causa probable de accidentes navales.¹³⁵

Por otro, las actuaciones de la investigación técnica que se plasman en el I.F. no son propias de un proceso, como sí son las ventiladas en los tribunales ordinarios, particularmente porque no existen los elementos esenciales de un juicio como las partes, un juez con competencia en el asunto otorgado por ley, un conflicto, un contradictorio ni menos ninguna normativa que resguarde la garantía del debido proceso de los involucrados (Capaldo 2012), por lo que su incorporación probatoria puede resultar tremendamente conflictiva.

En el segundo plano, esta indeterminación probatoria puede llevar a una desnaturalización del medio de prueba en el sentido descrito por Meneses (Meneses 2017) la cual proviene de utilizar un medio de prueba para probar un hecho que debería ser probado por otro. Lo que podría producirse al incorporar

¹³⁵ Caso que profundizaremos.

el I.F. como un medio de prueba documental para probar la causalidad del accidente, lo cual debería ser probado por un medio de una prueba pericial.

Hay que destacar que la incorporación, producción, incorporación y valoración de las probanzas en juicio es regulada pormenorizadamente por el legislador mediante las normas reguladoras de la prueba, *“aquellas que tienen como misión fundamental enumerar los medios probatorios, determinar su eficacia o mérito probatorio particular y resolver sobre cuál de ellos debe primar en caso de ser contradictorios.”* (Casarino 2007, 49).

Así, nuestro actual, nuestro sistema civil se caracteriza por ser un sistema de legal y tasada: el legislador enumera taxativamente los medios de prueba que las partes pueden utilizar en juicio y señala al juez la eficacia probatoria que cada medio probatorio posee en particular. (Casarino 2007)

Así, el artículo 312 del C.P.C señala que *“Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son: Instrumentos; Testigos; Confesión de parte; Inspección personal del tribunal; Informes de peritos; y Presunciones.”*

Por su lado, recordemos que en el sistema penal existe el principio de legalidad probatoria que *“permite la introducción de cualquier medio apto para producir fe sin necesidad que esté regulado de manera específica en la ley en forma previa.”* (Duce 2016, 303)

Así, recordemos que el artículo 295 del Código de Procesal Penal prescribe textualmente que: *“Libertad de prueba. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley.”*

Sin embargo, se ha entendido erróneamente que la libertad sería tal que impediría a los jueces de garantía rechazar cualquier prueba fuera de los casos de exclusión del artículo 276 del Código Procesal Penal.¹³⁶ (Duce 2016)

Esto es incorrecto, pues el legislador no ha querido que la prueba se incorpore de cualquier forma, sino que se haga respetando las normas que el mismo Código ha establecido, en virtud de la protección de valores relevantes del sistema procesal como el debido proceso, particularmente el derecho al contradictorio, y el asegurar la introducción de prueba de calidad. (Duce 2016)

Por estas razones el legislador establece condiciones de producción e incorporación de los medios de prueba más allá de las causales genéricas de exclusión (Duce 2016), entre cuyos fines de encuentra el evitar desnaturalización de los medios de prueba.

De todo lo anterior, es que resulta tan relevante la disonancia entre los caracteres internos y externos del I.F. que dificultan la determinación de su naturaleza probatoria y su consecuente desnaturalización, pues una inadecuada incorporación puede afectar las reglas reguladoras de la prueba, cuya consecuencia más próxima no es la anulabilidad o reforma de la sentencia por el tribunal superior, sino que la conculcación del derecho al contradictorio de las partes, como también un déficit en el valor de verdad de la sentencia judicial, lo cual es aún más grave si consideramos que el I.F. final es emanado por un ente con un ente con responsabilidad civil por su falta de servicio, cuyos

¹³⁶ C.P.P., Artículo 276.- Exclusión de pruebas para el juicio oral. El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios.

Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren 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 deseara acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal.

Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral.

funcionarios son responsables penales, administrativos y también civiles por su falta personal.

Esta disonancia para el caso en estudio, fue tempranamente advertida por el legislador. En efecto, el artículo 191 del Proyecto de Código Aeronáutico establecía que *“En los procesos judiciales, el informe técnico de la autoridad aeronáutica será considerado como dictamen de peritos.”*¹³⁷

Inexplicablemente, este artículo fue eliminado sin mayor fundamento, limitándose la comisión redactora a señalar que era innecesaria.

Otro caso similar al caso en estudio es el caso de los informes de accidentes navales, regulados por el artículo 118 del Decreto Ley 2.222 de 1978 (“Ley de Navegación”).

En la actividad marítima también se prescribe la investigación de accidentes, la cual es realizada por un ente administrativo vinculado a la Armada. Así, el artículo 125 de la Ley de Navegación, ordena la investigación sumaria de los accidentes o siniestros ocurridos a naves o a personas en aguas sometidas a la jurisdicción nacional o en alta mar por parte de un fiscal de la Dirección General del Territorio Marítimo y de la Marina Mercante con el fin de dilucidar las responsabilidades profesionales, técnicas y disciplinarias.¹³⁸

Un tipo de accidente son los abordajes marítimos, concepto que comprende una colisión entre dos o más naves o cuando por causa de una ola de desplazamiento de una nave se ocasionan daños a otras naves. Aquí, el artículo 118 señala que:

“En el juicio en que se persigan las responsabilidades civiles que deriven de un abordaje, los hechos establecidos en la resolución definitiva de la Autoridad Marítima como causas determinantes del accidente, se reputarán verdaderos, salvo prueba en contrario. En lo demás, la citada resolución se

¹³⁷ Proyecto de Ley Código Aeronáutico.

¹³⁸ Asimismo, el artículo 131 ordena que en los siniestros de magnitud o los ocurridos a naves chilenas en alta mar o en el extranjero y tras el dictamen del fiscal, se constituyan Cortes Marítimas para asesorar al Director, determinar las causas que originaron esos siniestros y establecer las responsabilidades profesionales.

considerará como dictamen de peritos, cuya fuerza probatoria los tribunales apreciarán en conformidad a las reglas de la sana crítica.”

Esta es una verdadera regulación sobre los efectos probatorios en sede civil. Así, en su primera parte, señala que la resolución definitiva de la Autoridad Marítima tendrá la eficacia probatoria de una presunción legal simple. La segunda, indica que excepcionalmente, tendrá valor pericial. (Meneses 2017)

Desde otra perspectiva, esta disonancia también ha sido acusada en el derecho comparado.

Destaca así el caso español analizado por Irene Nadal (Nadal 2014) quien sostiene que en el proceso penal el I.F. tendría una naturaleza mixta de carácter documental y pericial.

Llega a esta conclusión analizando primero si el I.F. puede ser un medio de prueba unitario, es decir, si puede ser valorado como única para prueba, caso en el que debe analizarse si es una prueba documental o una pericial. (Nadal 2014)

En cuanto a lo primero, descarta que sea exclusivamente un documento pues, aunque tiene un soporte documental y por mucho que las actuaciones y opiniones se hayan documentado en un informe, recoge datos que son analizados e interpretados por los autores del I.F. de acuerdo a conocimientos científicos lo cual es equivalente a la prueba pericial. (Nadal 2014)

En relación a que podría tener un carácter exclusivamente pericial, lo descarta, pues I.F. es creado fuera del proceso y al no cumplir con las normas de incorporación de la prueba pericial, además de no poder ser entendida como una diligencia pericial de valor incontestable que goce de garantías de veracidad al tomar como fundamento pruebas y análisis realizados previamente

que no cumplen los requisitos que se exigen para las pruebas periciales (Nadal 2014).

Por consiguiente, sería mixto al compartir elementos de la prueba pericial y documental. Sería documental, en aquellas secciones que revelen directamente observados y plasmados por quien ha participado en la elaboración del I.F., similares a los *factual findings* del sistema norteamericano, particularmente en aquellas secciones que contengan datos, hechos y narraciones sobre el tipo de aeronave, motor, equipos, datos del vuelo, hora y lugar del despegue, de ocupantes, entre otros; sería pericial en aquellos datos que supongan análisis y conclusiones que sean resultados de ensayos, conclusiones y técnicas de investigación, no obstante reconocer el que tampoco está del todo claro que tales periciales puedan ser introducidas con valor probatorio en el proceso. (Nadal 2014)

Agrega que lisa y llanamente no podrán tener valor probatorio aquellas partes que tengan carácter reservado de acuerdo al Anexo. Además, aquellas partes que contengan declaraciones de testigos no podrían tener valor testimonial, prueba que deberá incorporarse según las reglas que le son propios. (Nadal 2014)

Agrega, la alegación del carácter mixto, deberá ser cargo de la contraria a la parte que lo presentó, destacando eso sí que debería ser de oficio el propio órgano judicial quien, velando por la legalidad de los medios de prueba, debería rechazar como prueba aquella parte del informe que no tenga tal carácter. (Nadal 2014)

Por su lado, la jurisprudencia española también ha reconocido este problema.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga¹³⁹ señaló que el I.F es una prueba documental, un informe técnico oficial elaborado por

¹³⁹ Sentencia de Apelación, 377/2006 (Málaga, Audiencia Provincial de Málaga Sección Sexta, 2006).

una comisión gubernamental, que no puede tener el carácter de una prueba pericial preconstruida.

En otra sentencia, el Tribunal Supremo Español calificó al I.F. como un acto administrativo, una declaración de juicio carente de contenido decisorio y, como tal, inimpugnable por no ser un acto administrativo definitivo, que constituye un mero instrumento de transmisión de conocimiento, lo cual no obsta a *“que su valor probatorio pueda desvirtuarse en el proceso al que se aporte bien por falta de garantías en su elaboración o por la aportación de otros medios de convicción que le priven de fuerza de convicción.”*¹⁴⁰

De este modo, para la jurisprudencia española el I.F. es una prueba documental, lo que a juicio de Nadal constituye una confusión entre pericia y documento, un reconocimiento *“de la imposibilidad de tener al I.F. como una prueba pericial en sí misma y un intento del tribunal de sortear tal obstáculo y valorar los efectos de determinación de la culpa, los datos y conclusiones obtenidos en dicho informe.”* (Nadal 2014, 226)

Otro caso notable es una antigua sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia¹⁴¹, que no obstante su data, sigue vigente en sus razonamientos. En él, la Corte estimó que la investigación de accidentes de aviación civil es una función oficial del estado fundada en la potestad de supervigilancia y control de un servicio público como es la aviación, para lo cual ha destinado un personal oficial y especializado con idoneidad técnica para investigar accidentes aéreos. En consecuencia, sus informes, en cuanto registran hechos o certifican el funcionamiento regular o irregular de instalaciones, equipos o servicios, tienen, fuera de un alcance netamente administrativo, mérito legal en los procesos civiles y penales, particularmente un medio de prueba instrumental que hace fe en cuanto a los hechos ejecutados

¹⁴⁰ Sentencia Recurso de Apelación, STS 4036/1988 (Madrid, Tribunal Supremo Español, Sala Tercera Contenciosa Administrativa, 1988).

¹⁴¹ Sentencia Recurso de Casación, 27 de septiembre de 1955 (Bogotá, Corte Suprema de Justicia) Gaceta Judicial, Tomo LXXXI, N°2163 - 2168.

por ellos mismos y sobre los que en esas circunstancias se hayan realizado en su presencia y puedan verificarse por los sentidos.

Agrega que su valoración probatoria es necesaria especialmente por la rapidez con que obran las comisiones sobre el suceso que escapan a la inspección ocular judicial, practicada de ordinario tardíamente, lo deriva en dificultades para comprobar *ex post* el tiempo el funcionamiento de una instalación o de un servicio público, cuya reglamentación, inspección y vigilancia incumbe a la Administración.

En conclusión, la Corte los califica como “*informes emitidos por expertos oficiales dados en el ejercicio de su función pública*” cuyo valor probatorio se limita solo a las observaciones sobre el personal y con el funcionamiento de equipos oficiales ya que no se trata de un dictamen pericial producido en la forma ordinaria.

2.1. Los diversos caracteres probatorios del I.F. en el derecho procesal civil y penal chileno.

2.1.1. El I.F como prueba confesional.

El I.F. podría considerarse como una prueba confesional al contener declaraciones de participantes del accidente, como pueden la tripulación de vuelo, mecánicos, personal de tráfico aéreo, etc. Incluso, podría tener el mismo un carácter confesional respecto de la misma DGAC.

A rasgos generales, la confesión de parte es aquel medio de prueba “*consistente en el reconocimiento que una persona hace de la verdad de un hecho, susceptible de producir consecuencias jurídicas en su contra.*” (Casarino 2007, 89)

Fundamentalmente, es un medio de prueba circunstancial que se produce en juicio, sin perjuicio de

que pueda tener un carácter prejudicial o extrajudicial, que emana de un la parte que confiesa, aspecto que le diferencia de la prueba testimonial en que el testigo es un tercero. (Casarino 2007)

La principal característica de este medio de prueba es que es una declaración de voluntad sobre hechos que son desfavorables para la parte que la invoca, de los que el confesante es consciente. (Maturana y Montero 2017)

Esto último es el denominado *animus confitenti*, la “*intención consciente y dirigida en orden a reconocer un determinado hecho que le perjudica y favorece a su contendor.*” (Maturana y Montero 2017, 1133)

i. Particularidades de la prueba confesional en sede civil.

La confesión está regulada entre los artículos 385 y 409 del C.P.C.

Generalmente la iniciativa es de las partes, aunque puede ser decretada de oficio como medida para mejor resolver.

De todos modos, se exige que el confesante tenga capacidad suficiente para obligarse y que la confesión esté libre de todo vicio, particularmente que este tenga conocimiento de los hechos y que su confesión libre de coacción física. (Casarino 2007)

El I.F. podría ser una confesión extrajudicial escrita al prestarse fuera de juicio y en un documento. Incluso, podría considerarse verbal si los miembros del equipo investigador testifican sobre la ocurrencia de la confesión.

En cuanto a su valor probatorio, el artículo 398 del C.P.C distingue dos situaciones. La primera, si no se presentó a presencia de la parte que la invoca,

sería una base para una presunción judicial que requiere vincularse a otras presunciones.

Este caso solo se daría en el caso en tercero distinto a la DGAC la invocase.

En el caso que la DGAC la invocase como parte un proceso, sería una presunción grave para acreditar los hechos confesados.

Sin embargo, creemos que no podría valor alguno, al no concurrir el *animus confitendi*. En efecto, recordemos que la investigación técnica se rige por los principios de independencia y no punitivo, por lo que incluso no sólo el confesante podría legítimamente desconocer los efectos negativos que podría tener en un proceso su declaración.

Por lo demás, las declaraciones están transcritas y sólo en lo pertinente, por que lo sería admitirle valor a una confesión que es parcial.

Por lo anterior, en su naturaleza probatoria el I.F. no cumple con los requisitos para sean confesiones válidas dentro de juicio. Por el contrario, el concederle valor probatorio y admitir las declaraciones vertidas como prueba es contrario a la institución misma de la confesión, como asimismo a las garantías del debido proceso.

ii. Particularidades de la prueba confesional en sede penal.

En esta sede penal es el “*Reconocimiento expreso, terminante y serio, hecho conscientemente y sin coacciones que destuyan la voluntariedad del acto, que realiza el imputado de uno o más hechos controvertidos, sustanciales y pertinentes que le perjudican.*” (Maturana y Montero 2017, 1130)

En esta sede existen muchos más resguardos. El imputado tiene derecho a guardar silencio, derecho que debe ser informado al imputado, el que no podrá declarar bajo juramento y siempre en presencia de su defensor.

Incluso, se toman existen algunos requisitos especiales para aquellas extrajudiciales, como la autorización por el juez de garantía de las interceptaciones telefónicas o de todas aquellas que se realicen sin consentimiento del imputado, las que, en todo caso, no pueden considerarse confesiones ya que no reúnen el elemento intencional. (Maturana y Montero 2017)

Con todo, de acuerdo al artículo 340 C.P.P. “*no se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración*”, por lo que, además, siempre será necesario utilizar otros medios de prueba para el establecimiento del hecho punible.

Además de lo ya señalado a propósito de esta institución en el proceso civil, creemos que mal podrían considerarse las declaraciones vertidas en el I.F. como una confesión, pues es esencial que a los imputados se les reconozca e informe su derecho a guardar silencio, a no juramentar y que su silencio no será utilizado como prueba de su culpabilidad, lo que no ocurre en los procesos administrativos (Maturana y Montero 2017).

Además, en la investigación de accidentes no se distingue conceptualmente entre testigo y protagonista del hecho, por lo que puede declarar en el primer carácter hasta el autor material del siniestro, sin que sus expresiones puedan ser válidamente consideradas como autoincriminantes, al no ser incriminatorio el propósito perseguido por la investigación técnica. (Morán 2014)

Por lo tanto, el I.F. no puede ser incorporado ni valorado como una prueba confesional.

2.1.2. El I.F como prueba testimonial respecto a terceros que presenciaron el accidente.

Como ya hemos mencionado, el I.F contiene declaraciones de terceros que presenciaron el accidente.

Cabe destacar que de acuerdo con el Anexo 13, las declaraciones de testigos son reservadas, tal como prescribe el punto 5.12.2 según el cual “se incluirán en el informe final o en sus apéndices únicamente cuando sea pertinente para el análisis del accidente o incidente. Las partes de los registros que no sean pertinentes para el análisis no se divulgarán.”

De esta forma, ¿pueden ser incorporadas como prueba testimonial?

La prueba testimonial es aquel medio de prueba que se produce mediante la declaración de los testigos, aquellos terceros o extraños llamados a esclarecer por medio de sus dichos hechos (Casarino 2007), que de alguna forma u otra han sido percibidos por sus sentidos y por los son llamados a deponer en juicio. (Maturana y Montero 2012).

Este medio de prueba es de carácter testimonial no preconstituido, pues se produce al interior del proceso. Al mismo tiempo, es esencialmente formalista al encontrarse extensivamente regulada por el legislador (Maturana y Montero 2012) y también constituye un medio de prueba indirecto, pues el juez conoce de segunda mano hechos ya ocurridos (Vázquez 2015).

El principal actor de esta prueba son los testigos, testigos aquellos indiferentes al proceso, que han percibido los hechos directamente por los sentidos (o indirectamente si es un testigo de oídas) , que declaran sobre situaciones de carácter fáctico, y que por regla general no pueden declarar sobre apreciaciones u opiniones de los hechos. (Maturana y Montero 2017).

Como tales, los testigos, tanto en sede civil como penal, deben cumplir con tres obligaciones (Maturana y Montero 2017):

1. Concurrir a declarar;
2. Declarar respondiendo a las preguntas que se realicen;
3. Decir la verdad, obligación que se funda en el principio de buena fe. La contravención a esta obligación está sancionada por los delitos de falso testimonio. (Casarino 2007)

i. Particularidades de la prueba testimonial en sede civil.

No todos pueden ser testigos en esta sede. Se ha entendido que no basta conocer los hechos para ser testigos, sino que hay que tener la habilidad necesaria para declarar, por lo cual el legislador ha previsto que bajo ciertas circunstancias un testigo sea inhábil. (Casarino 2007)

Existen dos tipos de inhábiles, los absolutos aquellos incapaces en cualquier juicio para percibir los hechos o que no ofrecen garantías de probidad, como también los relativos quienes no ofrecen garantías de imparcialidad en virtud de sus circunstancias especiales o vínculos con las partes, circunstancias entre las que destacan los vínculos de subordinación o dependencia parentesco, laborales y el interés directo o indirecto que el testigo pudiera tener el resultado del proceso. (Casarino 2007)

La iniciativa de esta prueba es de las partes, quienes deben ofrecer a los testigos que van a presentar, cumpliendo con dos obligaciones fundamentales: presentar una minuta de puntos de prueba y una de testigos. Al respecto, se ha afirmado que “El cumplimiento de estas dos obligaciones está destinado a preparar la prueba testimonial, permitiendo al contendor constatar si concurren o no las inhabilidades que quisiera hacer valer como también formular las tachas que sean aplicables.” (Casarino 2007, 81)

Luego, previa citación, los testigos deben comparecer a deponer en la audiencia testimonial, que se rinde ante el juez, con la presencia de un receptor judicial que toma acta y autoriza la declaración, como también con la presencia de las partes. Allí se rige un rito compuesto de una serie de formalidades (Casarino 2007):

1. El juramento;
2. Los testigos deben ser interrogados separada y sucesivamente;
3. Los testigos son interrogados por el juez en presencia de las partes y abogados;
4. Se formulan interrogaciones conducentes a estudiar las causales de inhabilidad legal (tachas) que pueden oponerse a los testigos;
5. Los testigos son interrogados y conainterrogados sobre los hechos y de la forma que tuvieron conocimiento de ellos;
6. El acta de la audiencia debe ser ratificada por el testigo.

Respecto al valor probatorio, la prueba pericial es tasada y dependerá de si los hechos fueron revelados de manera directa o a través de oídas, de la cantidad de testigos contestes que relaten los hechos, su imparcialidad, veracidad, fama o experticia.

ii. Particularidades de la prueba testimonial en sede penal.

De acuerdo al artículo 309 del C.P.P la regla general es la habilidad de los testigos, salvo que la ley establezca expresamente su inhabilidad. Sin embargo, el mismo artículo señala un control de las declaraciones mediante “preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de

vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad.”

Los testigos participan en tres etapas del proceso penal:

a. En la etapa de investigación: el fiscal y los testigos estarán obligados a comparecer si el fiscal solicita algún apremio. De todos modos, la oportunidad procesal para rendir la prueba testimonial es la audiencia de juicio oral en lo penal.

Sin embargo, excepcionalmente, de acuerdo al artículo 331 del C.P.P, podrá reproducirse o darse lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, cuando los testigos, por cualquier motivo que sea difícil o imposible de superar no puedan comparecer, siempre que sean recibidas por el juez de garantía bajo las reglas de la prueba anticipada; mediante la validación de pruebas (Meneses 2017), esto es, cuando constaren en registros o dictámenes que las partes acordaren incorporar con aquiescencia del tribunal; cuando el acusado cause la no comparecencia de los testigos, peritos o coimputados; y cuando se tratare de declaraciones realizadas por coimputados rebeldes, prestadas ante el juez de garantía.

b. En la audiencia en la audiencia preparatoria de juicio oral:

Previo a la audiencia, el ofrecimiento de la prueba testimonial debe efectuarse presentando una lista de testigos que debe ser incluida por el fiscal en su acusación, el querellante en su acusación particular o su adhesión, mientras que el imputado previo a la audiencia preparatoria o en su inicio.

La lista debe contener una individualización completa de los testigos.

En la audiencia preparatoria, se escucha a las partes y se ejercen las facultades de exclusión probatoria, lo que implica que no podrán declarar los testigos que no se encuentren especificados en el auto de apertura de juicio oral en lo penal.

c. En la audiencia de juicio oral en lo penal: el artículo 329 señala un requisito de la esencia de la prueba testimonial: la comparecencia personal de los testigos y del hecho de que sean interrogados personalmente. Por lo tanto, salvo en los casos que nos referimos, la declaración personal no puede ser sustituida por una declaración escrita.

De acuerdo al mismo artículo, en esta audiencia:

1. Se tomará juramento al testigo;
2. La declaración se rige por el sistema de declaración dirigida (Maturana y Montero 2017) por lo que la declaración de los testigos se sujetará al interrogatorio de las partes.
3. Los interrogatorios serán realizados en primer lugar por la parte que hubiere ofrecido la respectiva prueba y luego por las restantes.
4. Los miembros del tribunal podrán formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos.
5. Los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni ver, oír ni ser informados de lo que ocurriere en la audiencia.

La prueba testimonial es valorada de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

De todo lo anterior, es inconcuso que las secciones con declaraciones del I.F de testigos del I.F, que allí son presentadas por escrito y reproducidas parcialmente, no pueden ser incorporadas como prueba testimonial. Si bien son deposiciones cuya fuente es la percepción de los sentidos, no podrían ser considerados como medios de prueba testimoniales al no cumplir las reglas procesales de incorporación y producción.

Como estudiamos, la prueba testimonial es un procedimiento altamente reglado y formalizado. Este último punto es esencial, pues la lógica adversarial de los procesos judiciales, las garantías del debido proceso, el principio de la bilateralidad de la audiencia rige las reglas de la prueba testimonial y se

manifiestan tanto la determinación de la persona del testigo, como la incorporación y producción de esta probanza.

Por el contrario, los testimonios ante el investigador carecen de formas, solemnidades ni los resguardos legales propios de un testimonio judicial. (Morán 2014)

En realidad, las declaraciones ante el investigador son desformalizadas, carecen de las formas, solemnidades y resguardos propios de testimonial judicial. Así, tampoco existe un procedimiento que permita el control de terceros, como si lo existe en sede civil o penal en la incorporación de la prueba testimonial mediante la lista de testigos, ni menos los interrogatorios ni conainterrogatorios en buena medida porque no hay nadie más en el acto. (Morán 2014)

Además, en la sede técnica no existen normas que permitan controlar la credibilidad e imparcialidad del testigo, ya sea mediante las inhabilidades y tachas en sede civil o las preguntas del artículo 309 C.P.P, las que no se dan en la investigación de accidentes.

Al mismo tiempo, en la investigación de accidentes el testigo no tiene las obligaciones de concurrir a declarar, declarar ni decir la verdad. Además, tampoco juran, por lo que no pueden ser incriminados por falso testimonio en caso de afirmar falsedad, negar o callar la verdad en todo o en parte ante el investigador (Morán 2014).

En realidad, el incorporar la prueba testimonial mediante el I.F que es un documento, se produciría una desnaturalización de un medio de prueba.

Al respecto, se ha dicho que “Supongamos que una parte pretende ingresar a juicio una declaración jurada ante notario de un testigo clave para su teoría del caso en vez de solicitar su comparecencia personal. En un escenario de ese tipo me parece bastante pacífico sostener que dicha prueba no debiera ser admisible para nuestra legislación procesal penal y, por lo mismo, salvo

excepciones muy raras, normalmente no sería aceptada como prueba a juicio oral. La razón de esto no sería por la concurrencia de una causal regulada en el artículo 276 del CPP (eventualmente no es aplicable con claridad ninguna), sino porque con ello no se respetarían reglas básicas que constituyen la esencia de la prueba testimonial, como lo es la regla de comparecencia personal del artículo 329 del CPP. Detrás de esta regla se pretende resguardar el derecho de la contraparte de quien presenta la prueba de realizar un contra examen, lo que no solo sirve para el propósito de asegurar el derecho a defensa, sino que establecer un sistema de mayor control de calidad de la información que se presenta a juicio.” (Duce 2016, 306)

2.1.3. El testimonio experto del investigador técnico como prueba pericial.

Como hemos señalado, el I.F. es confeccionado por un ente especializado en aeronáutica, la DGAC, quien, tras la aplicación de principios y análisis especializados sobre los restos de la aeronave, establece una causa probable y los factores contribuyentes del accidente permitan la formulación de recomendaciones de seguridad.

Es inevitable que las partes recurran al I.F. como medio de prueba, al ser gran utilidad para el juzgador en cualquier caso en que las circunstancias y causas del accidente sean hechos a probar, al ser la aeronáutica y el accidente aéreo hechos técnicos que, naturalmente, escapan al conocimiento medio del juez¹⁴², quien, además, no está condiciones de percibir por sí mismo el estado de los restos ni menos colegir conclusiones respecto a ellos.

¹⁴² Incluso, en algunas ocasiones el desconocimiento de los caracteres técnicos y de Derecho Aeronáutico, ha llevado a omitir el juez el pronunciamiento del juez sobre el valor de la prueba técnica aportada por las partes, lo cual es del todo cuestionable. En un caso en que un comandante demandó su empleador, una aerolínea, por tutela laboral y despido injustificado tras haber sido desvinculado por incumplir en varias oportunidades los procedimientos operaciones de seguridad, y particularmente, en un procedimiento de aterrizaje en condiciones de mínima visibilidad, lo que pudo haber causado un grave y fatal accidente, el juez estimó “*Que habiendo sido valorada la prueba conforme a las normas de la sana crítica, se estima que los restantes antecedentes no alteran lo concluido, puesto que los medios de prueba de las partes que no han sido expresamente mencionados hacen referencia principalmente a las circunstancias de ocurrencia del evento de los días 9 y 10 de julio de 2018, la forma en como la empresa determinó los mismos, los procedimientos que resultaban aplicables, la forma en como el actor siguió o no dichos procedimientos y en general cuestiones*

Por ello es natural preguntarse ¿es el I.F. un medio de prueba pericial?

En un sentido amplio, la prueba pericial es un medio de prueba circunstancial que se origina y verifica a través del proceso (Maturana y Montero 2012) y que siempre involucra el ofrecimiento de información especializada que deberá contribuir a la decisión sobre los hechos en un proceso judicial, mediante un tercero ajeno a la causa y técnicamente idóneo dada su formación, experiencia o conocimiento (Vázquez 2015) , el perito, *“llamado a dar opinión y dictamen fundando en un proceso, acerca de la comprobación de hechos cuyo esclarecimiento requiere conocimientos especiales sobre determinada actividad, técnica o arte, el cual es ajeno al juzgador.”* (Aguirrezábal 2012, 336)

En este sentido, es importante considerar que, desde una perspectiva epistemológica, la prueba pericial es un testimonio, un acto de comunicación en que un tercero comunica información a otro que adquiere dicho conocimiento, y que como tal constituye un modo indirecto o mediato para el juez de conocer los hechos de la causa al no tener contacto directo con el objeto de la prueba, lo que otras palabras, significa adquirirla de segunda mano. (Vázquez 2015)

Esta similitud con la prueba testimonial ha llevado a equiparar la prueba testimonial con prueba pericial. En realidad, si bien tanto testigo como perito se asemejan en ser terceros ajenos a proceso, difieren en cuanto:

- El testigo jura decir la verdad, el perito sólo promete desempeñar fielmente el cargo. (Casarino 2011);
- El testigo narra hechos, el perito su opinión (Casarino 2011);
- El testigo toma conocimiento de los hechos con anterioridad al juicio por percibirlos por sus sentidos, por el contrario, el perito aprecia los hechos con motivo del juicio (Casarino 2011) aportando un conocimiento científico o

relacionadas con regulaciones aeronáuticas, todo lo cual no resulta pertinente al juicio, por las razones relativas al contenido de la demanda y de la carta de despido y por haberse acogido la excepción de finiquito sobre todas las acciones interpuestas.” Sentencia T- 1719-2018 (Santiago, Segundo Juzgado Laboral de Santiago, 2018).

técnico necesario para valorar de mejor manera esos mismos hechos (Aguirrezabal 2012):

- En sede civil, cualquier persona puede ser testigo salvo las que la ley declare inhábiles, en cambio el perito solo puede ser tal si tiene conocimientos especiales de una ciencia o arte (Casarino 2011). En efecto, en el artículo 413 C.P.C. prescribe que el perito debe tener habilidad suficiente para ser perito en juicio, las mismas para los testigos, y tener título profesional si la ciencia o arte está regulada por ley y hay dos más personas que puedan desempeñar el cargo, lo que sin embargo puede ser alterado por las partes. Además, los peritos deben escogerse del listado de peritos que establece la Corte de Apelaciones.
- En sede penal, no existen peritos inhábiles, sin perjuicio de que se le pueden realizar preguntas tendientes a contrastar su imparcialidad, lo cual es una norma particular para los peritos que no aplica para los testigos.
- En cuanto al momento que conocen de los hechos, el testigo los conoce con anterioridad al juicio, mientras que el perito los conoce con motivo del juicio. En este sentido, se dice que los testigos no son fungibles al no poder reemplazados por cualquier persona al ser su conocimiento único. Por el contrario, los peritos serían fungibles al conocer los hechos con motivo del juicio y ser su labor de apreciación de los hechos reemplazable. (Maturana y Montero 2012);
- En relación a la base para valorar la credibilidad de la prueba, el juez puede evaluar la credibilidad del testimonio basado en su cultura media, a diferencia del peritaje en que él carece de un criterio sustantivo.

Aun así, existen zonas grises. Por ejemplo, para Maturana y Montero (Maturana y Montero 2012) existe el Testigo Perito, aquel que declara sobre lo que ellos han observado con motivo de su conocimiento profesional y que, como tales, son testigos y no peritos. Por ejemplo, un médico en un servicio de urgencia que atiende a una víctima de lesiones u homicidio.

En el mismo sentido, para Duce existen los testigos expertos aquellos “*aportan al juicio una opinión fundada en un conocimiento o experiencia especial que tienen sobre una materia determinada.*” (Duce 2016, 320)

Para Larroucau (Larroucau 2014) también existen los expertos testigos en los casos de responsabilidad médica, particularmente de aquellos facultativos que trabajan en el mismo servicio que el profesional demandando o que incluso ocupan un cargo de jefatura y que concurren a declarar sobre el funcionamiento de un determinado servicio o sobre puntos relativos mismo demandando, lo cual se explicaría porque en nuestra jurisprudencia existe una amplia regla inclusiva sobre la admisión de dichos expertos como testigos que se sustenta una “presunción de imparcialidad” del profesional imperativa ante la necesidad de contar con un relato experto para evaluar los protocolos y metodologías con las que se miden los deberes de cuidado como también el riesgo inherente al servicio.¹⁴³

Al compartir ambos sujetos la característica de ser poseedores de conocimiento experto se les asimila, aunque, en realidad, la principal diferencia estriba en que, a diferencia del perito que conoce de los hechos con motivo del proceso, el testigo experto ha adquirido o presenciado de manera espontánea, como cualquier testigo, los hechos o fenómenos sobre los cuales va a declarar. (Duce 2016)

Con todo, la situación de qué estatuto normativo aplica a los testigos peritos no está regulada en nuestra legislación. Sin embargo, existe cierto consenso en el derecho comparado en regularlos según las reglas de la prueba testimonial y no conforme a la regla de la prueba pericial¹⁴⁴. (Duce 2016)

¹⁴³ Sin embargo, advierte que hay elementos que pueden afectar la objetividad de su testimonio, como la existencia de “conjuras de silencio” en los equipos médicos, lo cual puede solucionarse con las tachas (Larroucau 2014).

¹⁴⁴ “*Estas mismas ideas han tenido consagración normativa en varios códigos procesales penales de la región que han establecido sistemas acusatorios de la misma orientación que el chileno. Uno de ellos es el*

Sin embargo, Duce advierte que el *“El problema central que presenta un uso amplio de la categoría de testigos expertos o testigos peritos es la posibilidad que los litigantes intenten evadir los requisitos que debe cumplir la presentación de peritos que suelen ser mucho más estrictas que la de los testigos. En efecto, como se ha visto, la regulación legal de esta prueba suele establecer que el tratamiento jurídico de la misma debiera ser el de la prueba testimonial (incluyendo entonces, entre otros, las reglas referidas a la admisibilidad). Por lo mismo, el uso del testigo experto debe limitarse a casos en donde, como ya he señalado, el testigo ha tomado conocimiento casual de los hechos sobre los que va a prestar declaración, sin intentar sustituir el trabajo de los peritos a los cuales el sistema en general pone mayores requisitos y exigencias para su admisibilidad (por ejemplo, estableciendo la obligación de realizar un informe escrito en el que conste su opinión). Si nuestros sistemas legales no son estrictos en esto, se corre el riesgo que el conjunto de reglas especiales que rigen la actividad pericial, diseñadas para garantizar un adecuado funcionamiento del sistema y el debido proceso, se vean defraudadas por malas prácticas de litigio y escaso control judicial. (Duce 2016, 322)*

i. El perito como auxiliar de la administración de justicia en el sistema civil.

En el sistema civil, el juez incluso puede decretar la prueba pericial de oficio. Esto va en línea con la concepción del perito como un auxiliar de la administración de justicia que ayuda al juez en su labor, y que es, por lo tanto, una persona imparcial, distinta e independiente de las partes.

El perito auxiliar de la administración de justicia es, esencialmente, un perito de confianza del juez que se basa en la confiabilidad del perito, atributo que para Carmen Vázquez (Vázquez 2015) tiene dos aspectos:

Código Procesal Penal de Guatemala. En su artículo 225, inciso segundo dicho cuerpo legal señala que ‘No rigen las reglas de la prueba pericial para quien declare sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente, sin haber sido requerido por la autoridad competente, aunque para informar utilice las aptitudes especiales que posea. En este caso, rigen las reglas de la prueba testimonial.’” (Duce 2016, 321)

1. El cognitivo referido a la autoridad teórica que un experto puede tener para el caso en cuestión;
2. El motivacional, según el cual el perito coincide con el objetivo institucional de averiguación de la verdad, por lo que su interés en la continuidad de sus labores va en el mismo sentido. Por consiguiente, el perito no tendría interés en perder su imparcialidad y, por tanto, tergiversar su dictamen dándole el favor a alguna de las partes.

Esta confiabilidad del perito se valora a la hora de su nombramiento mediante sistemas institucionales de selección previa, como listados oficiales, la regulación de procedimientos de elección o , también la posibilidad de acudir a entidades públicas o privadas que estas elijen y suministren a los peritos, los cuales asegurarían *ex ante* que el perito pasó ciertos controles que justificarían su autoridad cognitiva, como también su imparcialidad, no obstante, señalarse que esto debe ser tratado con cautela, pues fe ciega en sus competencias e imparcialidad. (Vázquez 2015)

En relación a este último aspecto, la imparcialidad del perito es esencial, pues éste proporciona al juez los conocimientos necesarios para la valoración de los hechos controvertidos y si su dictamen es parcial. Dicha parcialidad se comunicará a la decisión del juez, siendo por ello indispensable tanto que el perito actúe conforme a los criterios válidos y vigentes de la disciplina como que diga la verdad. (Aguirrezabal 2012)

De este modo, en su labor tiene los mismos deberes de resguardo de la garantías del debido proceso que el juez, en especial la garantía de imparcialidad, cuyo fin es mantener en el juzgador su carácter de tercero, evitando que concurra a resolver un asunto si existe alguna sospecha de que sea injustamente influenciado por sus vínculos por las partes o interés en el objeto del proceso; exigencia que es extensible a todos quienes intervienen en el proceso, en especial a los peritos y a los testigos, a los cuales se hacen aplicables las inhabilidades de los testigos, particularmente la del artículo 358

Nº 6 del Código de Procedimiento Civil que establece como inhábiles para declarar como testigos a "los que a juicio del tribunal carezcan de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el pleito interés directo o indirecto." (Aguirrezabal 2012)

En este sentido, en el caso Angloamerican Sur S.A con Constructora Daves Limitada sobre una constitución de una servidumbre minera, la Corte de Apelaciones confirmó la sentencia de primera instancia con declaración de pagarse al demandante un monto menor por restarle valor probatorio a un informe pericial tras conocerse de la celebración de un contrato de honorarios entre la demandante y el perito que estipulaba que en el caso de serle favorable la demanda este último recibiría una bonificación. De esta forma, sentenció que el informe pericial *"carece para este Tribunal de valor probatorio toda vez que el propio perito ha reconocido que al momento de su confección tenía un interés patrimonial en la resulta de este juicio, elemento que le hace perder la imparcialidad que debe tener al momento de ejecutar la labor que le encomendara el tribunal, sobre todo si se tiene presente que su labor es de auxiliar en la administración de justicia."*¹⁴⁵

La evaluación de la imparcialidad como la competencia del perito no son indubitables. Por ello y en virtud del principio contradictorio, las partes pueden controlar el uso de las pruebas como los elementos de prueba en los que el juez fundará su decisión, lo que constituye un control racional sobre su actividad que se manifiesta tanto en la facultad de cuestionar en la facultad de cuestionar la autoridad o aspecto motivacional del perito como también en el que las partes puedan asistir a las operaciones periciales y cuestionar el informe pericial del perito, quien, a su vez, deberá asumir la obligación de demostrar la verdad de sus afirmaciones. (Vázquez 2015)

¹⁴⁵ Sentencia Recurso de Apelación, Rol 2166-2010 (Santiago, Corte de Apelaciones, 2010).

Con todo, la responsabilidad de valorar la prueba y tomar la decisión fáctica es del juez, por el informe pericial en ningún caso reemplaza la función jurisdiccional. (Vázquez 2015)

Ahora, en relación al procedimiento de la prueba pericial en la proceso civil, podemos señalar que en nuestro actual sistema civil la prueba pericial pueden solicitarla las partes u ordenarla el juez de oficio, y se realizará de forma obligatoria cuando lo ordene la ley o cuando sea necesaria para el conocimiento de puntos de hecho para cuya apreciación se requiere algún conocimiento especial de alguna ciencia o arte o también sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera, sin perjuicio de pueda realizarse facultativamente.

Cuando la pericial sea iniciativa de las partes, debe realizarse una audiencia de designación de peritos, cuya citación debe notificarse por cédula, y se celebra con las partes que asistan y tiene un cuádruple objetivo (Casarino 2011): primero, debe determinarse el número de peritos; segundo, la calidad, aptitudes o títulos que deben tener; tercero, el punto o materia del informe; cuarto, la persona del perito.

En cambio, si no hay acuerdo o es una designación de oficio, el tribunal debe notificar a las partes de su decisión, quienes pueden deducir oposición basadas en alguna inhabilidad legal.

Nombrado el perito, puede aceptar el cargo, jurando desempeñarlo con fidelidad.

Posteriormente, se realiza la operación de reconocimiento, *“aquel conjunto de operaciones por medio de las cuales el perito procede a estudiar el caso sometido a su apreciación y que le permiten una opinión motivada.”* (Casarino 2011, 115)

Esta operación está sujeta al control de las partes, quienes deben ser citadas por el perito y pueden realizar las observaciones que estimen oportunas y pedir que se hagan constar los hechos y circunstancias que estimen convenientes. (Casarino 2011)

Por último, se presenta el informe, que debe ceñirse a la apreciación de puntos de hecho que le fueron encomendados, de acuerdo con su ciencia o arte, careciendo de eficacia probatoria todo juicio de valor o calificación jurídica que exceda a su competencia. (Aguirrezabal 2012)

Finalmente, su valoración se realiza por las reglas de la sana crítica, lo cual significa que no puede apreciarse contrariando los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

ii. El perito en sede penal.

En esta sede se concibe al perito como un perito de confianza de las partes y, por lo tanto, son ellas quienes deciden si quieren llevar o no un perito y a cuál, estando así al servicio de la teoría del caso de cada parte. (Duce 2016)

Esta tendencia, que inspira la regulación de los nuevos en los nuevos sistemas orales tiene como referente al *Common Law*, en que el testigo es entendido como un testigo experto, a quien se le aplican los mecanismos procesales de los testigos, con salvedad de que se le permite que realice inferencias sobre hechos y dé su opinión, siendo así una excepción a la regla según la cual no se permite a los testigos dar su opinión de los hechos que se sustenta en la necesidad de contar con su conocimiento en juicio (Gertz 1974).

De esta forma, en nuestro sistema se aplican los mismos mecanismos procesales de producción de la prueba pericial tanto a los testigos como a los peritos, considerando que ambos se asemejan en que ambos realizan

declaraciones verbales ante el órgano jurisdiccional, con la salvedad de que el perito aporta conocimientos técnicos por su preparación profesional y que no ha presenciado los hechos ni ha tenido referencias de ellos. (Aguirrezabal 2012)

Con todo, *“esto no significa que los peritos son serviles a quienes los presentan, sino que la decisión de presentarlo está asociada al hecho que el perito está dispuesto a afirmar en juicio, producto de su ciencia o disciplina, es consistente con la teoría del caso o la versión de quien lo presenta.”* (Duce 2016, 310).

En relación a la iniciativa, no existe la prueba pericial de oficio, y solo corresponde a las partes, debiendo así solicitarse por el fiscal en el escrito de acusación, por el querellante en su acusación particular o en su adhesión y por el acusado en su contestación a la acusación.¹⁴⁶

Cabe destacar que en esta sede no existen peritos inhábiles, sin embargo, y como una evidente manifestación del principio contradictorio, 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.¹⁴⁷

De esta forma, el artículo 316 del C.P.P establece un criterio de admisibilidad la prueba pericial, según el cual el juez de garantía debe evaluar, además de los requisitos generales de las admisiones de prueba, que los peritos y sus informes otorguen suficientes garantías de seriedad y confianza.

La prueba pericial consta de tres etapas: el reconocimiento, el dictamen o el informe mismo y la declaración del perito en el juicio oral (Maturana y Montero 2012):

¹⁴⁶ Artículos 259, 261 y 263 letra c) C.P.P.

¹⁴⁷ Artículo 318 C.P.P.

- El reconocimiento: a diferencia del peritaje en el medio civil, en sede penal es desformalizada, sin perjuicio que, en la etapa de investigación o la audiencia de preparación de juicio oral, los intervinientes tienen el derecho de solicitar al Juez de Garantía que dicte las instrucciones necesarias para que los peritos puedan acceder al examen de los objetos, documentos o lugares necesario para ejecución del peritaje.¹⁴⁸
- El informe o dictamen: El informe es donde se plasma y se justifica la actividad del perito. Es así definido como “*el escrito mediante el cual el perito pone en conocimiento del fiscal o del imputado la labor realizada y la conclusión técnica o científica a la que ha llegado respecto del punto o materia sobre la cual ha requerido su opinión.*” (Maturana y Montero 2012, 392)

Por ello, el artículo 314 del C.P.P. señala un principio fundamental de la prueba pericial, el que los informes deben emitirse con imparcialidad, ateniéndose a los principios de la ciencia o reglas del arte u oficio que profesare el perito.

En este sentido, el artículo 315 del C.P.P señala el contenido del informe, el que deberá 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 realizadas y de su resultado;
 - c. Las conclusiones que, en vista de los datos, formularen los peritos conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio.
- La declaración del perito:

¹⁴⁸ Artículo 320 C.P.P.

Hay que recordar que sólo podrá ser valorada la prueba rendida en la audiencia de juicio oral, no extrañando así que el legislador haya establecido elemento esencial de la prueba pericial: la deposición del perito en dicha instancia audiencia, que se rige bajo las mismas normas para la prueba testimonial, y que no puede ser reemplazada por con la sola presentación del informe, salvo en los casos taxativamente prescritos, como en los análisis de alcoholemia, de ADN y aquellas que recayeren sobre sustancias psicotrópicas o estupefacientes.¹⁴⁹

En este sentido, Duce (Duce 2016), Montero y Maturana (Maturana y Montero 2012) y Horvitz y López (Horvitz y López 2004) sostienen que el Informe Pericial no puede presentar como una prueba documental autónoma, pues la prueba pericial se produce con la declaración del perito presentado en el juicio oral, declaración prestada con intermediación y sujeta a la contrariedad del debate. Y, por el contrario, a la prueba pericial se produce con la lectura del documento.

En realidad, la prueba pericial es una prueba compleja constituida por dos elementos, por el informe pericial y la declaración del perito. (Maturana y Montero 2012)

De todo lo estudiado, ¿podemos afirmar que el I.F es una prueba pericial?

Ambos coinciden en que I.F. provee al juez de conocimientos técnicos de los que carece y que son necesarios para la adecuada resolución del caso, pero presenta varias diferencias:

- a. El investigador técnico es un testigo experto, no un perito:

La DAR 13 define al investigador encargado como “aquel *que se constituye en el lugar*

¹⁴⁹ Sin perjuicio de lo prescrito por el artículo 315 C.P.P analizado con relación a la prueba testimonial.

de ocurrencia del accidente o incidente con el propósito de realizar, organizar y controlar la investigación.”

De esta forma, el investigador de la DGAC es un sujeto experto que toma conocimiento del accidente espontáneamente, sin ser convocado a ningún proceso. Como tal es un testigo experto o un testigo perito, no un perito, pues éste sólo tomaría conocimiento del accidente tras ser conminado a conocer de él dentro del proceso.

De esta forma, al investigador no se le designa, no acepta ni menos jura desempeñar fielmente el cargo. Es decir, el investigador nunca “entra” al proceso como perito. Por consiguiente, sólo responde a la DGAC, no al juez ni a las partes.

De este modo, el investigador como testigo experto tiene un conocimiento único al ser unas de las únicas personas que tiene contacto directo con el sitio del suceso y sus restos, por lo que no es fungible. Por el contrario, el perito es fungible pues su labor pericial puede ser realizada por cualquier otro que tenga conocimientos en aeronáutica.

Refrenda nuestra tesis la regulación del investigador técnico en EE.UU. Recordemos que los investigadores de la NTSB pueden concurrir al proceso como testigos que conocieron sobre el estado de la aeronave tras el accidente, pero no como testigos expertos, pues no pueden testificar sobre la información factual que obtuvieron en el curso de la investigación, no pudiendo sobre materias más allá del alcance de su investigación ni dar testimonio ni dar testimonio ni opinión experta. En otras palabras, el legislador norteamericano ha detectado la naturaleza de testigo experto del perito, regulándola expresamente.¹⁵⁰

¹⁵⁰ § 835.10 Testimony in Federal, State, or local criminal investigations and other proceedings.

(a) As with civil litigation, the Board prefers that testimony be taken by deposition if court rules permit, and that testimony await the issuance of the factual accident report. The Board recognizes, however, that in the case of

En consecuencia, y este es un punto fundamental de esta tesis, es que el I.F. proviene de testigos peritos, constituyendo un testimonio experto documentado, pero no un informe pericial.

b. El carácter extraprocesal el I.F:

En el mismo sentido que en el punto anterior, recordemos que, en virtud del principio de independencia, la investigación técnica y el I.F. se producen con total independencia de cualquier proceso, al contrario de la prueba pericial que es circunstancial, y por lo tanto, se solicita, ordena, incorpora y rinde dentro de él.

Es imperativo destacar que, en virtud del principio de legalidad, las normas que rigen a los medios de prueba, y particularmente las de su producción, incorporación, rendición y valoración, ontológicamente determinan su ser y la fisionomía que le es propia. Por ello, para que una fuente de prueba sea incorporada como medio de prueba, debe cumplir con todos los requisitos que le rigen para “ser” de lo contrario “no es”.

Como ya hemos señalado, dichos requisitos no son fines en sí mismos, sino que buscan la consecución de valores deseados por el sistema,

coroner's inquests and grand jury proceedings this may not be possible. The Board encourages those seeking testimony of Board employees to contact the General Counsel as soon as such testimony is being considered. Whenever the intent to seek such testimony is communicated to the employee, he shall immediately notify the General Counsel.

(b) In any case, Board employees are prohibited from testifying in any civil, criminal, or other matter, either in person or by deposition or interrogatories, absent advance approval of the General Counsel. The Board discourages the serving of a subpoena for testimony but, if issued, it should be served on the General Counsel, rather than the employee.

(c) If permission to testify by deposition or in person is granted, testimony shall be limited as set forth in § 835.3. Only factual testimony is authorized; no expert or opinion testimony shall be given.

§ 835.3 Scope of permissible testimony.

(...)(b) For the reasons stated in paragraph (a) of this section and § 835.1, Board employees may only testify as to the factual information they obtained during the course of an investigation, including factual evaluations embodied in their factual accident reports. However, they shall decline to testify regarding matters beyond the scope of their investigation, and they shall not give any expert or opinion testimony.

principalmente el derecho a la prueba y, con menor o mayor fuerza el resguardo de los derechos fundamentales de las partes.

En este sentido y cómo constatamos del estudio que hicimos de la prueba pericial en ambas sedes, sus normas reguladoras tienen un fin principal: asegurar el derecho al contradictorio de las partes. En efecto, en todos los casos, la ley dota a la prueba pericial de diversas etapas que se encuentran inspiradas en el principio de la bilateralidad de la audiencia y del contradictorio, permitiendo a las partes para participar de la prueba pericial, particularmente mediante mecanismos que les permitan su control y contraste que no se dan en la Investigación Técnica ni en la incorporación del I.F.

De esta forma, y a modo ejemplar en sede civil partes no participan ni en el nombramiento del investigador (del cual legítimamente las podrían tener reparos, al ser la DGAC en un eventual responsable por su falta de servicio y como tal parcial), ni en la investigación misma que sería el símil del reconocimiento.

Por su lado, en sede penal, las partes no nombran al investigador, no existe la oportunidad para que el juez pueda evaluar su seriedad ni confianza ni, lo que es más importante en esta sede, no es imperativo que el investigador concurra a declarar. Y es que, tengamos en cuenta, la única prueba que puede valorar el juez es la que se rinde en la audiencia de juicio oral. En este sentido, el medio de prueba no es el informe del perito, sino que la declaración del perito (Maturana y Montero 2012) oportunidad en que las partes pueden dirigir preguntas a evaluar su imparcialidad, interrogar al perito para contrastar sus conclusiones.

Por ello, el legislador solo en casos calificados permite que la declaración del perito sea remplazada por la mera lectura del informe mediante la conversión de la prueba pericial en una pericia documentada. Esto es así, pues el legislador entiende que la omisión de la declaración del perito puede conculcar el derecho al contradictorio de las partes.

Así, en el artículo 315 se establece el caso de las pruebas de ADN o de sustancias psicotrópicas que se justifican por razones económicas, de tiempo y en cierto grado por el uso común y en cierto grado indubitado de esas pruebas, que han llevado al legislador a considerar el prescindir de la declaración del perito¹⁵¹.

Pero en los otros casos, siempre será necesaria la presencia del perito en la audiencia lo que permitirá el ejercicio del derecho al contradictorio de las partes salvo que exista una razón de peso como las prescritas por el artículo 331 del C.P.P. según el cual podrá permitir la lectura de registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, cuando estas no se hayan podido rendir de forma anticipada, cuando sea imposible la declaración del testigo o perito, cuando la no comparecencia de ellas sea imputable al acusado, o cuando constaren en registros o dictámenes que todas las partes acordaren en incorporar, con aquiescencia del tribunal, esto mediante la validación de pruebas en que las partes con pleno conocimiento pueden prescindir parcialmente de su derecho al contradictorio, lo cual analizaremos con mayor profundidad más adelante.

c. El I.F. excede al contenido de cualquier prueba pericial al plasmar recomendaciones de seguridad:

Al reflejar recomendaciones de seguridad el I.F. excede el contenido de cualquier informe de peritos, el que debe ceñirse a los puntos de hecho bajo los cuales fue solicitado. En un caso hipotético, si se solicitara un informe pericial sobre las causas de un accidente incluirá la determinación de la causa probable, pero en ningún caso algún tipo de recomendación de seguridad para que el accidente no vuelva a ocurrir.

¹⁵¹ Lo que no deja de ser cuestionable.

En sentido se ha señalado en relación al proceso civil que *“Nuestra jurisprudencia ha ratificado este criterio señalando que de acuerdo a lo establecido en los artículos 411 Nos Iº, 13 Nº 2, 414, 419 y 421 del Código de Procedimiento Civil, es de la esencia de la prueba de peritos que en ‘la ilustración de las cuestiones que debe resolver el Juez’, el perito, se refiera y deba ceñirse necesariamente a la ‘apreciación’ de ‘puntos de hecho’ y de aquellas ‘circunstancias’ pertinentes en que se necesiten ‘conocimientos especiales de una ciencia o arte’, siendo precisamente por ello que en la designación de todo perito habrá de estarse al ‘título profesional’ que tuviere o, en su defecto y en su caso, a la ‘calidad’ o ‘aptitudes’ que ‘deben tener’ los referidos peritos en relación al ‘punto o puntos materia del informe’, agregando que ‘carecerá de valor en su dictamen todo aquello que escape a la ‘ciencia o arte’ que el perito profese, siendo consiguientemente también ajeno a su natural órbita de competencia todo juicio de valor y con mayor razón toda calificación jurídica que saliéndose de ese ámbito emita el perito al cumplir su encargo”* (Aguirrezabal 2012, 346)

En conclusión, los investigadores de la DGAC son testigos peritos que dan un testimonio documentado de lo que vieron sobre el accidente y su opinión de la causa probable, pero no son peritos al no ser convocados como tales.

Los testigos peritos se rigen por las reglas de la prueba testimonial y no por las de la prueba pericial. (Maturana y Montero 2012) (Duce 2016)

Por consiguiente, el I.F. tiene una naturaleza testimonial y no pericial, no obstante compartir caracteres periciales al poseer un conocimiento experto.¹⁵²

¹⁵² Destacado es nuestro.

2.1.4. El I.F. como prueba documental.

Considerando lo anterior, y atiendo lo tratado al principio de este capítulo en que ya hemos descartado que el I.F. sea un instrumento público, es necesario dilucidar si el I.F. puede ser incorporado como una prueba documental.

Al respecto, debemos señalar que la doctrina está conteste en que no todo documento puede ser incorporado como una prueba documental. (Meneses 2017) (Nadal 2014) (Marinoni & Arenhart 2009) (Duce 2016) (Carnelutti 1982)

Por consiguiente, para determinar el carácter probatorio de un documento debe atenderse al contenido del documento y no al documento que es un mero soporte.

En este sentido, para Meneses (Meneses 2017) todo documento para ser prueba documental debe cumplir con dos requisitos en su contenido:

- i. El contenido del documento debe recaer sobre hechos coetáneos al momento de su confección:

En cuanto al primero, el autor distingue entre documentos declarativos en el que constan declaraciones coetáneas a la confección del documento y los documentos testimoniales en que constan hechos del pasado. En este sentido Carnelutti señala que *“Quien describe por un escrito un hecho mientras lo percibe forma un documento, porque quiere representar para el futuro un hecho presente mediante el escrito formado; quien describe por escrito un hecho que percibió en otra ocasión, forma un testimonio, porque quiere representar actualmente un hecho pasado mediante el acto de escribir.”* (Carnelutti 1982, 154)

La importancia de esta distinción es que solo los documentos dispositivos tienen valor de prueba legal, mientras que los segundos solo contienen declaraciones de conocimiento que, por el solo hecho de que se documenten, no pueden tener más eficacia el valor de la propia declaración. En otras palabras, el solo hecho de que un testigo exponga su declaración ante un notario no implica que dicho documento tenga el valor de una prueba documental, pues no es una prueba documental, sino que una testifical documentada. (Montero Aroca 2012)

- ii. El contenido del documento debe referirse a hechos y no a información probatoria de otras evidencias:

En este sentido, *“Es perfectamente posible que un documento público contenga informes periciales, declaraciones testimoniales o confesiones. Un ejemplo típico son las declaraciones de testigos, que de acuerdo al artículo 370 inc. 2° CPC deben ser autorizadas por el receptor en su carácter de ministro de fe. Esas actas son efectivamente documentos públicos. También lo son las actas donde se consigan las absoluciones de posiciones (art. 395 CPC); las actas de inspección personal del tribunal (art. 407 CPC); los registros de las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la Policía (arts. 227 y 228 CPP); los informes elaborados por funcionarios públicos en el marco de procedimientos administrativos (arts. 5°, 37 y 38 ley N°19.880 de 2003). Pero en ninguna de esas hipótesis podemos hablar de documentos públicos como medio de prueba.”* (Meneses 2017, 148)

En efecto, no porque un documento tenga por objeto el reproducir un testimonio o una pericia implica que pierda su objeto transformándose en un medio de prueba documental. Por eso, el documento que contiene dicho testimonio o pericia continúa teniendo esos caracteres y valoraciones (Marinoni & Arenhart 2009), análisis que aplica tanto para el sistema civil y el para el penal

De esta forma, el I.F. es un documento que como medio de prueba adolece de una disonancia entre sus caracteres externos e internos, su soporte y su contenido, que impiden que sea considerado una prueba documental pues:

1. Constituye un documento en el que consta un testimonio de los investigadores que da cuenta de investigaciones y análisis del pasado, al reproducir los datos de vuelo de la aeronave siniestrada, de su hallazgo, como también el resultado de las investigaciones que se dieron en el transcurso de un año (plazo máximo para entregar los resultados de la investigación) y que no da cuenta de un hecho coetáneo a su percepción.

Podría tener así valor documental un documento similar a los *factual findings* del sistema norteamericano, que es un informe con los datos de hallazgo de la aeronave emitido brevemente tras la constitución de NTSB en el sitio del accidente, que incluye los datos de vuelo, tipo de aeronave, modelo y matrícula, tripulación afectada, pasajeros a bordo, sobrevivientes, heridos y fallecidos, lugar geográfico del accidente, hora local del suceso y reseña del hallazgo (posición, componentes, etc.) y que no incluye análisis alguno sobre sus causas. Por lo mismo, es el único documento admitido en los procesos por accidentes aéreos en el derecho norteamericano.

Pero desde este punto de vista, el I.F. no podría ser una prueba documental.

2. El I.F. da cuenta de hechos que se refieren a otras probanzas como es la prueba testimonial, por lo que mal podría tener valor documental.

Un caso similar es el analizado por Duce (Duce 2016) en relación a la introducción de informes en derecho nacional como medio de prueba en el proceso penal. Dicho autor, estima que no puede constituir una prueba documental autónoma, al ser solo la versión escrita de una opinión experta, aspecto que le asemeja a la prueba pericial, y la prueba pericial es un

medio de prueba complejo que consta del informe escrito y la posterior de la declaración del perito en juicio.

Así, “en la medida en que se admitiera el informe pericial como una prueba documental autónoma, el litigante tendría derecho a que dicha prueba se incorporara por vía de la lectura del informe (documento) de conformidad a lo que dispone el artículo 333 del CPP. Ello obviamente podría llevar a los intervinientes a prescindir de la comparecencia del perito debido a que lo central de sus declaraciones podría introducirse por vía lectura. Se trataría de una forma burda de saltarse los valores básicos de nuestro sistema acusatorio (como por ejemplo el derecho a confrontación de la prueba) y reglas tan firmes como la de obligación de comparecencia prevista en el artículo 329 del CPP.” (Duce 2016, 318)

De esta forma, la introducción del I.F. como medio de prueba documental implica una desnaturalización del I.F. como medio de prueba, pues se está probando con una prueba documental algo que debería probado mediante una prueba testimonial que debe ser producida como tal, lo que soslayaría las estrictas normas reguladoras de dichos medios de prueba que protegen un valor sagrado dentro del proceso como es el debido proceso, específicamente, el derecho al contradictorio.

Por esta razón, creemos que la única forma apropiada de introducir el I.F. como medio de prueba es mediante la validación expresa de pruebas *“un fenómeno procesal basado en la voluntad de las partes y la aquiescencia del tribunal, en mérito de la cual dentro de una causa judicial es posible atribuir idoneidad a una evidencia que no reúne todas las condiciones legales para producir efectos probatorios en ella.” (Meneses 2017, 187)*

Así, esta consistiría en la aceptación expresa de pruebas contenidas en un documento público, a fin de que genere efecto en una causa (Meneses 2017), por ejemplo, *“la admisión de un litigante para que una opinión técnica*

emitida por un funcionario público, y que se encuentra contenida en un documento oficial, valga como prueba pericial en un proceso civil.” (Meneses 2017, 188)

La solución del proceso penal en cuanto a la validación de elementos recolectados durante la etapa de investigación del artículo 331 del C.P.P., que si bien, no pueden incorporados al incumplir con las garantías fundamentales de la imparcialidad del juzgador y la contradicción, carecen de la legitimidad necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia del imputado, pero los intervinientes pueden acordar incluirlos siempre que el tribunal apruebe esta decisión^{153 154} (Meneses 2017)

En relación al proceso civil, Meneses señala que la validación formulada por las partes en forma expresa y aprobada por el juez es un juicio civil es una vía apta para permitir el uso de estos documentos, por lo que a través de la validación, el documento público deja de estar afecto a esta desnaturalización, solución que no es del todo pacífica en la jurisprudencia. (Meneses 2017)

Sin embargo, “Este es un asunto opinable. En nuestro concepto, el método de la validación de prueba puede operar en los juicios civiles, tomando en cuenta tres aspectos. Primero pensamos que en aras de admitir el derecho a la prueba (integrante de la garantía del debido proceso legal) debe permitirse a las partes que de común acuerdo acepten soluciones como las expuestas.

¹⁵³ Una solución similar se da en los procedimientos laborales y de familia, en que las partes de mutuo acuerdo pueden prescindir de la declaración del perito, conforme al artículo 49 de Ley 19.698 y 453 N°8 inciso 5° del Código del Trabajo. (Meneses 2017)

¹⁵⁴ Esta solución también se da en el Derecho Marítimo. Así, el artículo 1209 del Código de Comercio señala que *“Cuando las partes estuvieren de acuerdo, las diligencias probatorias que se hubieren solicitado en juicio o en medidas prejudiciales y que se refieran a materias tratadas por este Libro, podrán llevarse a cabo extrajudicialmente, pero con asistencia de los abogados de las partes.*

Si durante la producción de estas pruebas se suscitaren desinteligencias entre las partes, se suspenderá el acto reservándose la decisión del desacuerdo para el juez que conoce del proceso o del que deba conocer, si se trata de diligencias prejudiciales. Lo anterior, no obsta a que se continúe extrajudicialmente con otras actuaciones probatorias.

Las diligencias probatorias que se hubieren interrumpido por oposición de alguna de las partes podrán continuarse judicialmente si así se solicita.

El tribunal podrá ordenar de oficio la ratificación de las pruebas producidas extrajudicialmente”

Segundo, estimamos que - de todos modos- estos acuerdos deben ser aprobados por el tribunal, dado que éste es el órgano encargado de velar por la corrección del procedimiento y por el debido resguardo del antedicho derecho. Tercero, siempre debe quedar vigente la posibilidad de que el tribunal ordene medidas tendientes a comprobar la información contenida en los documentos públicos, disponiendo, por ejemplo, la comparecencia del sujeto (testigo o experto) para que dé razón de sus dichos y ratifique lo expuesto en el documento.” (Meneses 2017, 190)

Esta solución tiene dos elementos:

1. Somete a la evaluación y aprobación de las partes y del tribunal, el cumplimiento del derecho al contradictorio. Si las partes consideran que introducción I.F no conculca sus derechos y el tribunal está de acuerdo, es del todo lícito que se permita la incorporación del I.F.
2. El I.F. no se incorpora una naturaleza documental, sino mantiene la del estatuto que le es propio. Es así, y como hemos sostenido, mantendría la naturaleza testimonial.

Otra solución, es no incorporar el I.F. y citar a los investigadores como testigos, siguiendo las normas prescritas para la prueba testimonial.

2.2. Algunas consideraciones generales en torno a la valoración del I.F.

En otro orden de ideas hay dos aspectos sobre la valoración del I.F., relacionados con sus caracteres periciales, que deben ser analizados con cuidado por el juzgador.

El primero de ellos corresponde a la concepción de la DGAC como auxiliar de la administración de justicia y el segundo de ellos al carácter científico del I.F.

2.2.1. La DGAC como auxiliar de la administración de justicia.

Constatamos que existe una concepción generalizada sobre la DGAC que le entiende como un auxiliar de la administración de justicia en virtud de ser un ente de naturaleza estatal con autoridad teórica sobre la aviación civil en virtud de sus naturales conocimientos en aeronáutica.

Así, en el caso *Rodríguez y otro con Línea de Aero Servicios S.A.*¹⁵⁵ conocido por el Primer Juzgado Civil de Santiago, se sentenció que el I.F constituye una decisión adoptada por la DGAC dentro del procedimiento de investigación de accidentes, que no es vinculante para el juzgador por el particular objetivo con el legislador concibió a dicho proceso técnico, lo que no obsta a que el I.F. sea valorado, especialmente por el carácter eminentemente técnico que reviste la decisión de dicha autoridad que permite ilustrar o acreditar las condiciones técnicas de la aeronave siniestrada, elemento fundamental a efectos de decidir acerca de la conducta que imputada a la demandada en relación la mantención y/ o estado de la aeronave siniestrada.

En el mismo sentido, recordemos el caso de la Corte Suprema de Colombia quien estimó que la investigación de accidentes de aviación civil es una función oficial del estado fundada en la potestad de supervigilancia y control la aviación, para lo cual ha destinado un personal oficial y especializado con idoneidad técnica para investigar accidentes aéreos.¹⁵⁶

A prima facie, la DGAC puede ser considerada como un auxiliar de la administración de justicia, pues suele creerse que cualquier ente público estatal y especializado lo es. En este sentido, el artículo 321 del C.P.P¹⁵⁷ señala que cualquier organismo estatal y especializado podrá prestarle ayuda en su función

¹⁵⁵ Sentencia Rol N° 11024-2005, "Rodríguez y Otro con Línea Aéreo Servicios S.A." (Santiago, Primer Juzgado Civil de Santiago, 2011). Considerando 23°

¹⁵⁶ Sentencia Recurso de Casación, 27 de septiembre de 1955 (Bogotá, Corte Suprema de Justicia) Gaceta Judicial, Tomo LXXXI, N°2163 - 2168.

¹⁵⁷ Artículo 321. C.P.P Auxiliares del ministerio público como peritos. El ministerio público podrá presentar como peritos a los miembros de los organismos técnicos que le prestaren auxilio en su función investigadora, ya sea que pertenecieren a la policía, al propio ministerio público o a otros organismos estatales especializados en tales funciones.

investigadora como auxiliar de la administración de justicia, y sus miembros presentados como peritos.

Sin embargo, la DGAC no es ni puede ser un auxiliar de la administración de justicia, pues incumple con un requisito esencial: su imparcialidad.

Recordemos que la DGAC es un ente eventualmente responsable por su falta de servicio, cuyos funcionarios, además, pueden ser eventuales responsables, ya penales por cuasidelito de homicidio o civiles por su falta personal, y que dadas las especiales características de la causación del error en aviación, la DGAC siempre tendrá un interés directo o indirecto en el resultado del juicio, lo que constituye una parcialidad de origen en su dictamen (Vázquez 2015).

Como hemos estudiado, la imparcialidad del ente (perito como auxiliar de la administración de justicia) que suministra conocimiento al juez como auxiliar de la administración de justicia es un requisito de la esencia de la prueba pericial, quien al proporcionar al juez los conocimientos necesarios para la valoración de los hechos controvertidos, comparte con él un deber de imparcialidad, por lo que no puede conocer de un asunto si influenciado por tener algún interés en el objeto del proceso.

De esta forma, la DGAC no cumple con la imparcialidad necesaria para ser un auxiliar de la administración de justicia.

2.2.2. El I.F. como prueba científica.

Complementando lo anteriormente dicho a propósito de los caracteres periciales del I.F., el I.F. constituye una prueba científica, pues plasma las conclusiones de la investigación técnica que mediante la aplicación de

principios y técnicas científicas determina la causa probable y los factores contribuyentes del accidente.

Las pruebas científicas constituyen un medio probatorio de aplicación cotidiana, y se les atribuye un gran valor probatorio. No obstante ello, se ha advertido de la necesidad de una valoración racional de dichas pruebas (Vázquez 2015), más aún cuando el juez tiene un rol *de peritus peritorum*, según el cual el juez recurre al científico por no tener los conocimientos científicos necesarios, pero al mismo tiempo se le exige ser capaz de valorar y atribuirle el peso probatorio que en base a su convicción estime adecuado. (Taruffo 2008)

Así, Marina Gascón (Gascón 2013) ha advertido del riesgo que en la práctica judicial se le envista de un aura de infalibilidad a prueba científica que la deja expuesta a dos tipos sobrevaloraciones que la autora ha clasificado como sobrevaloración epistémica y semántica:

i. Sobrevaloración epistémica:

La autora señala que este fenómeno ocurre cuando la prueba científica se entiende como infalible, cuando, por el contrario, debe considerarse que no lo es.

Primero, porque estas pruebas pueden realizarse por métodos científicos diferentes y no todos ellos gozan del mismo crédito en la comunidad científica, de la cual obedecerá la calidad y la validez de la actuación efectuada.

Luego, la fiabilidad atribuible a una prueba científica depende también de la calidad técnica, dependiendo del rigor al controlar la realización de la prueba.

Y, en tercer lugar, no hay que olvidar que la prueba es realizada por personas, y por lo tanto susceptible de error.

En conclusión, la validez de la prueba científica no es algo que haya que dar por descontado, sino que depende de la validez científica del método usado de que se haya utilizado la tecnología apropiada y de que se hayan seguido rigurosos controles de calidad. (Gascón 2013)

ii. Sobrevaloración semántica:

Se refiere a la posibilidad de que los resultados dicen cosas distintas de las que en realidad se aprecian a simple vista, lo que está relacionado con el paradigma de la individualización, que sostiene la supuesta capacidad de llegar a identificar plenamente a un individuo, un objeto o una relación de causalidad a partir de vestigios, lo cual ha sido criticado por una pretensión no comprobada de que es posible vincular un vestigio desconocido a una única fuente, o, en otras palabras, se considera imposible identificar una prueba concluyente de la unicidad.

Por el contrario, *“los científicos consideran que hay que interpretar los resultados de las pruebas no en términos de identificación (de un vestigio con una fuente) sino en términos de una razón de verosimilitud (likelihood ratio). Lo que se sostiene más concretamente, es que no hay fundamento científico alguno para que un perito sostenga categóricamente que ha sido capaz de identificar una persona o un objeto a partir de los análisis llevados a cabo en el laboratorio. El resultado de un análisis de voz, por ejemplo, o el de una comparación de perfiles de ADN, no dice (ni conclusiva ni probablemente) que la voz, o el ADN del vestigio analizado, pertenezca a tal o cual persona, sino que sólo aporta datos que, una vez interpretados con las adecuadas herramientas estadísticas, dicen cosas del siguiente tipo: ‘es x veces más probable que se observe tal rasgo en la voz analizada si ésta pertenece al acusado que si esta no pertenece a él’ o ‘es x veces más probable que coincidan los perfiles genéticos si el vestigio analizado procede del acusado o de una fuente distinta. En otras palabras, las pruebas científicas hablan de la probabilidad de datos analíticos y técnicos resultantes tras el análisis de*

laboratorio a la luz de las hipótesis judiciales examinadas, y no al revés; es decir no hablan la probabilidad de las hipótesis judiciales consideradas a la luz de esos datos. Por eso la extendida costumbre de expresar los resultados de las pruebas científicas en términos de identificación categórica o incluso probabilística debe ser abandonada.” (Gascón 2013, 187)

Por eso mismo, Gascón sostiene que las pruebas científicas deben evaluarse según el paradigma de la verosimilitud, debiendo así el juez determinar qué debe creerse, pues es él quien debe analizar qué creer mediante la comprobación de las hipótesis enfrentadas a partir de los datos analizados por el perito, como también lo que dice el resto de las informaciones disponibles.

En este orden de ideas, la autora señala que esta labor corresponde al juez, por tener él atribuida la función institucional de proveer una solución jurídica al caso y así la determinar cuáles han sido los hechos, como también en virtud del principio de libre convicción que consagra que el juzgador no deberá dar por probado un hecho si no está convencido de su verdad. Lo contrario, la solución del paradigma de la individualización, implicaría que la prueba científica estaría reemplazando su función jurisdiccional.

Aplicando lo expuesto para el tema en análisis, el I.F. puede generar un sesgo epistémico, otorgándole un peso desmedido al informe final como medio de prueba, en virtud de su carácter científico.

También puede ocasionar un sesgo semántico al entender que la causa probable del I.F. es una determinación absoluta sobre las causas del accidente, e incluso un sinónimo de la causa como factor de atribución de la responsabilidad lo cual naturalmente no sólo termina por desvirtuar el fin de la investigación técnica, sino que aplicaría que el I.F. reemplazaría su función

jurisdiccional, de modo de constituir prácticamente una sentencia anticipada, lo cual no resiste mayor análisis.

En efecto, es en este sentido que el Anexo 13 define Causas como *“Causas. Acciones, omisiones, acontecimientos, condiciones o una combinación de estos factores que determinen el accidente o incidente. La identificación de las causas no implica la asignación de culpa ni determinación de responsabilidad administrativa, civil o penal.”*

En conclusión, y no obstante todas las prevenciones que hemos realizado respecto a la incorporación del I.F y de su naturaleza probatoria, creemos que la valoración del I.F. debe ser cautelosa y hasta desconfiada y, por lo tanto, el juzgador debe evitar darle un peso desmedido al I.F al momento de la evaluación judicial de las causas del accidente, en especial consideración de que la DGAC no puede ser considerado como un auxiliar de la administración de justicia y los riesgos de sobrevaloración de la prueba científica.

Creemos sumamente atinente los parámetros fijados por la jurisprudencia norteamericana que vimos en el Capítulo III a propósito del caso *Beech Aircraft Corp. con Rainey*¹⁵⁸ que estableció como criterios de valoración de los documentos públicos emitidos por entes técnicos:

- 1) La oportunidad de la investigación;
- 2) Las habilidades y experiencia del investigador;
- 3) Si el documento es sido expuesto en una audiencia pública;
- 4) Los posibles prejuicios del investigador previendo un eventual juicio.

¹⁵⁸ United States Supreme Court, *Beech Aircraft Corp. con Rainey*, 488 U.S. 153 (1988).

2.2.3. La valoración jurisprudencial del I.F en sede civil.¹⁵⁹

No obstante, las prevenciones realizadas a lo largo de este capítulo, el I.F. es usualmente incorporado como una prueba documental y valorado como un documento oficial de carácter técnico conforme a las reglas de las presunciones judiciales.

Destaca así la sentencia Décimo Octavo Juzgado Civil al señalar que *“Que es el caso que con el informe Final de Accidente de Aviación N° 1388ES, efectuado por la Dirección de Aeronáutica Civil y que fuera elaborado por el Investigador del Accidente don Ernesto Santander Campillo, se encuentra acreditado que ‘la causa del accidente se debió a una falla operacional, al efectuar el piloto un vuelo visual (VFR) entre nubes y cerros (condiciones meteorológicas de vuelo instrumental o IMC), perdiendo referencia con el terreno o el agua.”*¹⁶⁰

En el mismo sentido, otro juzgado sentenció que el IF. es una decisión adoptada por la DGAC dentro del procedimiento de investigación de accidentes, que no es vinculante para el juzgador por el particular objetivo con el legislador concibió a dicho proceso técnico, lo que no obsta a que el I.F. sea valorado, especialmente por el carácter eminentemente técnico que reviste la decisión de dicha autoridad que permite ilustrar o acreditar las condiciones técnicas de la aeronave siniestrada, elemento fundamental a efectos de decidir acerca de la conducta que imputada a la demandada en relación la mantención y/o estado de la aeronave siniestrada.¹⁶¹

¹⁵⁹ Cabe destacar que nuestra investigación, sólo arrojó información de causas en procesos civiles, ya que aún no hay jurisprudencia relevante en los procesos penales al no constar información de casos en que el I.F. haya sido incorporado, pues la competencia de los penales en materia aeronáutica es reciente. En efecto, sólo desde el 2010, tras la Ley 20.477 que modificó el artículo 201 del Código Aeronáutico, se concedió competencia común a los juzgados penales para conocer de delitos aeronáuticos cometidos por civiles, lo que antes eran conocidos por los Juzgados de Aviación y sustanciados mediante las reglas del Código de Justicia Militar.

¹⁶⁰ Sentencia Rol N° 7335-2006, “Contreras con Aerogala” (Santiago, Décimo Octavo Juzgado Civil de Santiago, 2015). Considerando 30°.

¹⁶¹ Sentencia Rol N° 11024-2005, “Rodríguez y Otro con Línea Aéreo Servicios S.A.” (Santiago, Primer Juzgado Civil de Santiago, 2011). Considerando 23°

En un caso distinto, estimó que constituía una presunción judicial al considerar que *“Que, con la prueba rendida por las partes y singularizada en el considerando décimo cuarto, constitutivas de presunciones judiciales, por ser graves, precisas y concordantes, especialmente con las singularizadas en los números 2 y 26, consistente en Informe Final de la Dirección de Aeronáutica, y en su Tomo I “Sección Investigación de Accidentes e Incidentes de Aviación” en el cual a fs. 189, 216 y 237 se encuentra agregado el Informe de Alcoholemia de don Oscar Nelson Aguayo Chávez, el cual arrojó como resultado que presentaba 0,27 gramos por mil de alcohol en la sangre.”*¹⁶²

En otro, se le resta valor al no establecer el I.F la causa del accidente, distinguiendo el juzgado entre el I.F. y la prueba pericial al sentenciar que no se pudo establecer la responsabilidad de la demandada porque el I.F. las causas del accidente categóricamente, además de no rendirse un peritaje ¹⁶³ de un especialista.¹⁶⁴

Con todo, se ratifica lo expuesto a propósito de que el I.F no es considerado como un instrumento público, pero tampoco como una prueba pericial. Más bien constituye documento público oficial de carácter que técnico establece presunción judicial¹⁶⁵, tal y como establece la Tesis del Tercer Género según la cual existiría una presunción de autenticidad y de veracidad a los documentos públicos que sólo puede ser desvirtuada por la parte que lo impugna. (Rioseco 2002)

En efecto, *“podríamos decir que esta última explicación es la ha tenido*

¹⁶² Sentencia Rol N°3239-2009 “Fernández con Inversiones Aéreas Patagonia.” (Juzgado Civil de Puerto Montt 2009). Considerado 23°.

¹⁶³ Destacado es nuestro.

¹⁶⁴ Sentencia Rol N° 760-2012, “I.S.T. con Helicópteros del Pacífico S.A.” (Temuco, Segundo Juzgado Civil de Temuco, 2015), Considerando 15°.

¹⁶⁵ “que deduce el juez de ciertas circunstancias o antecedentes conocidos, que constan, naturalmente, en el proceso. El juez, en este caso, es libre para emplear como prueba cualquier hecho, en cuanto la experiencia le consienta deducir de él la existencia o inexistencia de un hecho a probar.” (Rodríguez Papic 1998, 217)

mayor recepción en la jurisprudencia del último tiempo, en la que se ha sostenido que existe una presunción de autenticidad y de veracidad que acompañaría a esta categoría intermedia de prueba documental (que son calificados como oficiales y no como instrumentos públicos). Se trata de una presunción judicial que emanaría de los propios caracteres de las documentaciones oficiales, en cuya virtud estas deben ser apreciadas por los tribunales de la instancia con una fuerza superior a la que poseen los instrumentos privados.” (Meneses 2017, 346)

CONCLUSION

En el tiempo en que escribíamos estas páginas tuvimos conocimiento de dos nuevos siniestros que refrendan la importancia y alcance mundial de la institucionalidad de investigación de accidentes de la aviación civil que aquí tratamos. Hablamos de dos accidentes protagonizados por dos aeronaves de última generación Boeing 737 – 800 MAX que sucedieron con tan solo 5 meses de diferencia y en idénticas circunstancias.

El primer accidente ocurrió el 9 de octubre del 2018 tras despegar la aeronave desde el Aeropuerto Internacional Soekarno-Hatta en Indonesia. Esta perdió el control en la fase de ascenso cobrando la vida de 189 personas.

El segundo ocurrió el 10 de marzo de 2019 tras despegar del Aeropuerto de Addis Abeba en Etiopía, sufriendo una pérdida de control en la fase ascenso que provocó la muerte de 157 pasajeros.

Gracias a la investigación técnica de las autoridades aeronáuticas de países tan distantes como Indonesia y Etiopía, se descubrió una falla en el software del sistema automático de estabilización de la aeronave (MCAS), lo que determinó la paralización mundial de los 371 Boeing 737-800 MAX operativos en todo el mundo, sin que hasta la fecha exista una fecha cierta de su reincorporación.

Como estudiamos en el primer capítulo, la investigación de accidentes de aviación civil es esencial en la seguridad del transporte mundial, pues a través de ella se emiten recomendaciones de seguridad con alcance internacional que permiten evitar nuevos accidentes.

Ésta, parte desde una perspectiva sistémica que considera que los accidentes no son la consecuencia de un solo y monumental error. Al contrario, son consecuencia de acciones u omisiones de todos los actores del sistema aeronáutico, desde el operario de primera línea hasta el ente fiscalizador.

En este sentido, se centra en el estudio del error desde una filosofía no punitiva que incentiva su reconocimiento en vez de castigarlo, de forma tal de descubrir apropiadamente las causas del accidente y realizar recomendaciones de seguridad eficaces que establezcan nuevos cortafuegos que eviten la repetición del accidente por esa misma causa o similares.

Es desde esta perspectiva que la regulación internacional del Convenio de Chicago y del Anexo 13 establecen que la investigación de accidentes de aviación civil es una obligación estatal inspirada en los principios preventivo, de independencia en tres niveles, de protección de pruebas de información y de transparencia y proactividad, los cuales no son considerados por nuestra legislación interna.

Primero, porque no se cumple el principio de independencia del ente investigador, pues se encomienda la investigación a la DGAC, mismo órgano que administra y fiscaliza a la aviación civil. Es decir, la DGAC es juez y parte.

Segundo, porque la investigación técnica no es independiente de cualquier proceso destinado a establecer culpas o responsabilidades, ni tiene un fin exclusivamente preventivo. Esto halla su máxima expresión en la utilización del Informe Final como medio de prueba en el establecimiento de culpas o responsabilidades en sede judicial, lo que desvirtúa la eficacia preventiva de la investigación técnica y mezcla dos procesos con fines absolutamente distintos.

Es esto lo que profundizamos en el Capítulo II. Estudiamos que el proceso se basa en el ejercicio de la jurisdicción, un poder deber del estado radicado en los tribunales de justicia que, a requerimiento de parte y bajo las reglas de un racional y justo procedimiento, resuelven los conflictos de relevancia jurídica que conocen ejerciendo una función de garantía normativa mediante el establecimiento y sanción de la violación de la garantía primaria, lo cual hace mediante tres facultades: la de conocer, resolver y ejecutar lo fallado con efecto de cosa juzgada.

El conflicto entre la investigación técnica y el proceso se da a propósito de la facultad de conocer, que permite a las partes recabar e incorporar todos los antecedentes para resolver el asunto sometido al conocimiento del tribunal.

Es en este punto que los principios del fin preventivo de la investigación y de independencia buscan evitar que los antecedentes obtenidos en la investigación y el I.F. sean aportados como medios de prueba en sede judicial.

Por ello estudiamos la institución de la prueba. Así, desde la perspectiva de las partes, la prueba es una actividad de demostración de la verdad de sus enunciados fácticos, los que serán verdaderos sólo si han existido en el mundo real.

En este sentido, no existe en el proceso una verdad formal distinta a la de la realidad: la verdad es la correspondencia empírica de los hechos del proceso con el mundo exterior.

Por lo mismo, la verdad es un presupuesto de la justicia y racionalidad de la decisión judicial, pues solo mediante la determinación verdadera de los hechos de la causa, el supuesto de hecho de la norma está correctamente aplicado y, así, la decisión será justa.

El rol de la verdad es algo que comparten el proceso y la investigación técnica. En el proceso es una garantía de la justicia y de la racionalidad judicial; en la investigación técnica, el presupuesto de su eficacia preventiva. Sin embargo, el descubrimiento de la verdad se da bajo contextos y fines distintos en cada caso, lo que se analizó en profundidad en el Capítulo II.

Así, los procesos se sustentan en el ejercicio de la jurisdicción considerando los conceptos de tribunal, parte y conflicto; tienen una lógica adversarial y, por tanto, un carácter acusatorio y están reglados en los respectivos códigos procesales que establecen normas de oportunidad, admisibilidad y rendición de la prueba, como, asimismo, por los principios de igualdad, legalidad, debido proceso, defensa en juicio y contradictorio. Además, miran hacia el pasado buscando

establecer culpas o responsabilidades; se fundamentan en la garantía constitucional del artículo 19 N°3 de la C.P.R que asegura la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Por el contrario, la Investigación Técnica se basa en una aplicación estatal administrativa de investigación de accidentes, carece de una lógica adversarial, no hay parte ni conflicto, está orientada hacia el futuro en virtud de su finalidad exclusivamente preventiva, no impone sanciones ni medidas de resarcimiento, busca proteger el derecho a la vida y se rige por los principios prescritos por la regulación internacional del convenio de Chicago.

De esta forma, la incorporación del I.F. como medio de prueba implica que se mezclen dos procesos con fines opuestos. Esto puede incidir en la eficacia de futuras investigaciones, pues si la investigación técnica es utilizada para castigar, los eventuales y futuros involucrados naturalmente no hablarán, conculcando así el derecho a la vida de futuros pasajeros, tripulantes y terceros en superficie.

En este sentido, como estudiamos en el Capítulo III, el descubrimiento de la verdad en el proceso no es la única finalidad de éste. En realidad, es un plexo de valores a ponderar (Bordali 2016), valores entre los que se cuenta la celeridad del proceso, la protección del debido proceso y otros derechos, principalmente constitucionales.

Es por ello que analizamos la procedencia de las limitaciones probatorias a la incorporación del I.F., las que derivan tanto de su legalidad como de su licitud.

Así desde el punto de vista de la legalidad, el I.F. es un medio de prueba ilegal, entre otras razones, porque su incorporación probatoria está excluida por el Anexo 13.

Desde la perspectiva de licitud, la incorporación del I.F es ilícita, pues puede afectar el derecho a la vida de futuros pasajeros, tripulantes y terceros en superficie; como también por producirse en un proceso administrativo que no cumple con las garantías del debido proceso.

En este orden de ideas, en países como EE.UU y Nueva Zelanda han limitado, total o parcialmente, la incorporación del I.F, a diferencia de España o Chile, en donde no existe limitación alguna.

En el Capítulo IV estudiamos la naturaleza probatoria del I.F. considerando que existe una indeterminación de ella, pues comparte caracteres que le asemejan a varios medios de prueba.

Como fuente de prueba, el I.F. no es un instrumento público ni un instrumento privado, sino un documento oficial confeccionado en el ejercicio de funciones públicas, y, como tal está dotado de una presunción de autenticidad y veracidad.

Como medio de prueba:

1. No es una prueba confesional respecto a los involucrados, puesto que no cumple con el *animus confitenti* ni con las normas que rigen su incorporación y producción;
2. Respecto a los terceros que presenciaron el accidente, no es una prueba testimonial, pues incumple su régimen de incorporación y producción, salvo que se valide expresamente;
3. En relación con la opinión experta de la DGAC reproducida en el I.F., concluimos que los investigadores son testigos peritos que dan un testimonio documentado de lo que vieron sobre el accidente y su opinión de la causa probable, pero no son peritos al no ser convocados como tales. Por lo mismo, el I.F. no es un informe pericial ni menos una prueba pericial, sino un testimonio documentado.

Por lo mismo, el I.F. no puede ser incorporado sin más como documental. En realidad, no todo documento es una prueba documental, pues debe cumplir con dos requisitos en su contenido: el primero, es que debe versar sobre hechos coetáneos a su confección y, el segundo, es que no puede contener materias referentes a otras probanzas.

Por el contrario, el I.F. emitido al final de la investigación técnica, reproduce hechos del pasado y su contenido refiere al de otras probanzas, como la prueba testimonial. Por esto, no puede ser incorporado como prueba documental.

Si se hace, se estaría desnaturalizando al I.F. como medio de prueba, al probarse con una prueba documental algo que debería ser probado mediante una prueba testimonial que debe ser producida conforme sus reglas. Esto infringe la legalidad de los medios de prueba, como también el derecho al contradictorio de las partes.

Por eso, hay dos soluciones.

La primera es citar a los investigadores como testigos siguiendo el procedimiento que la ley ha prescrito para la prueba testimonial.

La segunda, es la validación expresa de pruebas, en que las partes con aquiescencia del tribunal pueden incorporar un testimonio o una pericia documentada.

En otro orden de ideas, concluimos que hay dos aspectos que el juzgador debe considerar con cuidado al valorar el I.F.

Uno, es que, al ser la DGAC un ente eventualmente responsable por su falta de servicio y sus funcionarios, posibles responsables penales o civiles, no puede ser un auxiliar de la administración de justicia, al no ser un ente imparcial.

Otro, es que debe considerar que el I.F. es una prueba científica y, como tal, debe evitar darle un peso indebido, ya sea, sobrevalorando la autoridad teórica de la DGAC o bien, haciendo que el Informe suplante su labor institucional en la determinación de los hechos de la causa.

Finalmente, analizando la valoración jurisprudencial en sede civil, el I.F. es considerado un documento oficial. Constatamos que, en tal carácter, la jurisprudencia civil sigue la Teoría del Tercer Género, según la cual los

documentos oficiales están dotados de una presunción de autenticidad y veracidad, valorándole así, como una presunción judicial.

De todo lo anterior, creemos necesaria una regulación expresa del régimen probatorio del I.F., la que no es extraña ni en el derecho comparado ni en casos similares en la legislación nacional.

Una solución, puede ser la del artículo 118 del D.L 2.222 que estudiamos en el Capítulo IV, aunque del todo inadecuada de acuerdo con la regulación internacional vigente en Chile sobre la investigación de accidentes.

Más bien, creemos necesario que dicha reforma se sustente en dos puntos:

1. En una faz institucional, en que se separe la función de investigación de accidentes de la función regulatoria y fiscalizadora sobre la aviación civil, mediante una institución estatal e independiente, similar a la NSTB de EE.UU, que podría denominarse Junta Independiente de Investigación de Accidentes de Aviación Civil.
2. Que se prohíba expresamente la incorporación probatoria del I.F. en conformidad a la regulación internacional.

De esta forma, proponemos la siguiente reforma legislativa que modifique el actual artículo 181 del Código Aeronáutico:

Artículo 181.- Corresponderá al ente investigador técnico la investigación administrativa de los accidentes e incidentes de aeronaves que se produzcan en el territorio nacional y los que ocurran a aeronaves chilenas en aguas o territorios no sujetos a la soberanía de otro Estado, sin perjuicio de las facultades que corresponden a los tribunales competentes.

La investigación se realizará con la finalidad exclusiva de determinar la causa del accidente o incidente y adoptar medidas tendientes a evitar su repetición.

No será su finalidad el establecimiento de culpa o responsabilidad.

Artículo 181 bis.- El ente investigador no dará a conocer los registros siguientes para fines que no sean la investigación de accidentes o incidentes, a menos que la autoridad judicial que conozca una causa relacionada con un accidente de aviación civil determine de conformidad con la legislación nacional y con sujeción al Convenio de Aviación Civil Internacional, que la divulgación o uso de dichos registros es más importante que las posibles consecuencias adversas, a nivel nacional e internacional, que podría tener tal decisión para esa investigación o futuras investigaciones:

a) las grabaciones de las conversaciones en el puesto de pilotaje y las grabaciones de las imágenes de a bordo, y toda transcripción de éstas;

b) los registros bajo la custodia o el control de la autoridad encargada de la investigación de accidentes son:

1) todas las declaraciones tomadas a las personas por las autoridades encargadas de la investigación en el curso de la misma;

2) todas las comunicaciones entre personas que hayan participado en la operación de la aeronave;

3) la información de carácter médico o personal sobre personas implicadas en el accidente o incidente;

4) las grabaciones de las conversaciones en las dependencias de control de tránsito aéreo y las transcripciones de las mismas;

5) los análisis efectuados y las opiniones expresadas acerca de la información, incluida la información contenida en los registradores de vuelo, por la autoridad encargada de las investigaciones de accidentes y los representantes acreditados en relación con el accidente o incidente.

Artículo 181 ter.- Ni el Informe Técnico final ni el Informe Preliminar de la investigación administrativa podrán utilizarse como medio de prueba.

Sólo podrá incorporarse un reporte factual con los datos de hallazgo de la aeronave.

Artículo 181 quarter.- El o los investigadores podrán comparecer como testigos, pero no deponer sobre los análisis u opiniones de su investigación.

Finalmente, cabe reiterar la importancia de lo aquí tratado por la magnitud económica y social de los accidentes de aviación civil, que afectan en nuestro país a un número no menor de aeronaves de aviación general y comercial de bajo tonelaje año a año. Quizás el no tener que lamentar un accidente reciente de alguna gran aeronave comercial, nos hace creer que estamos exentos de él. En realidad, dado el panorama institucional analizado y la falta de un tratamiento jurídico adecuado de la información de seguridad, nos indica que no estamos haciendo lo suficiente para evitar un nuevo e indeseado accidente, el cual es poco probable pero predecible.

BIBLIOGRAFIA

- Aguirrezabal, Maite. 2012. «Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil.» *Revista de Derecho*: 335-351.
- Aldunate, Eduardo. 2010 «La posición de los Tratados Internacionales en el sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo.» *Revista Ius et Praxis*: 185- 210.
- Alessandri, Arturo, Manuel Somarriva, y Antonio Vodanovic. 1998. *Tratado de Derecho Civil*. Santiago: Editorial jurídica de Chile.
- Barros, Enrique. 2010. *Tratado de Responsabilidad Extrancontractual*. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile.
- Bennun, Marvyn E, and Gavin McKellar. 2009. "Flying Safely, the Prosecution of Pilots, and the ICAO Chicago Convention: Some Comparative Perspectives." *Journal of Air Law and Commerce*: 737-780.
- Bordali, Andres. 2016. «Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno. análisis en el contexto de facilidad probatoria .» *Revista de derecho (Coquimbo)*: 173-198.
- Capaldo, Griselda. «Centro de Estudios de Derecho Aeronautico y Espacial.» *La investigación de accidentes e incidentes en sus aspectos técnicos y jurídicos*. 26 de diciembre de 2012.
<https://cedaeonline.com.ar/2012/12/26/la-investigacion-de-accidentes-e-incidentes-en-sus-aspectos-tecnicos-y-juridicos/> (último acceso: 30 de noviembre de 2018).
- Capaldo, Griselda, y Luis Ortíz. 2000. «Can Justice Use Technical and Personal Information Obtained through Aircraft Accident Investigations.» *Journal of Air Law and Commerce*: 263-277.
- Capelleti, Mauro. 1974. *Proceso, ideología y sociedad. Las garantías constitucionales de las partes en el proceso civil italiano*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.
- Capps, Lean, y Steven D. Sanfelippo. 2006. «Admissible or Inadmissible - Getting in - or - Keeping Out Government Documents in Aviation Cases.» *Journal of Air Law and Commerce*: 449-469.
- Carnelutti, Francesco. 1982. *La prueba civil*. Buenos Aires: Depalma.

- Carocca, Alex. 1988. «Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile.» *Ius Et Praxis* 4, nº 2.
- Casarino, Mario. 2007. *Manual de derecho Procesal (Derecho Procesal Civil)*. Santiago: Editorial jurídica.
- Chamarro, Francisco. 2009. «El concepto de indefensión en la doctrina del tribunal constitucional español.» *Consttución y proceso* . Lima: Era editores.
- Colombo, Juan. 1968. *Los momentos de la jurisdicción*. Editorial Jurídica.
- Colombo, Juan. 2006. *El debido proceso constitucional*. Chile: LOM ediciones.
- Colombo, Juan. 1991. *La jurisdicción en el derecho chileno*. Santiago: Editoria jurídica.
- Conget, Josefa de Jesús. 2015. *La prueba como garantía mínima del debido proceso. Análisis jurisprudencial del Tribunal Constitucional*. Santiago.
- Contreras, Cristian. 2015. *La valoracion de la prueba de interrogatorio*. Madrid: marcial Pons.
- Cordero, Eduardo. 2013. *Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena*. Chile: Revista de derecho de Universidad Catolica del Norte.
- Couture, Eduardo. 1957. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Couture, Eduardo. 2010. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Santiago: Editorial Metropolitana.
- Cuerno, Cristina. «Centro de Estudios de Derecho Aeronáutico y Espacial.» *Las recomendaciones de seguridad. Pasado, presente y futuro de una herramienta clave en la seguridad aérea*. 13 de Noviembre de 2006. <https://cedaeonline.com.ar/2016/11/09/las-recomendaciones-de-seguridad-pasado-presente-y-futuro-de-una-herramienta-clave-en-la-seguridad-aerea/> (último acceso: 2 de Enero de 2018).
- Cury, Enrique. 2005. *Derecho Penal Parte General*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- D'Agostini, Franca. 2011. *Introduzione na alla verità*. Torino: Editorial Bollati Boringhieri.

- Damaska, Mirjan. 2000. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Duce, Mauricio. 2016. «Los informes en derecho nacional y su admisibilidad como prueba a juicio en el proceso penal chileno.» *Revista de derecho (Valdivia)*: 297-397.
- Etcheberry, Alfredo. 1998. *Derecho Penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Eurocontrol. «Just Culture Guidance Material for Interfacing with the Media.» 10.06.2008. Bruselas: EATM Infocentre, 10 de junio de 2008.
- Federal Aviation Administration. 2005. *Human error and general aviation accidents: a comprehensive, fine-grained analysis using HFAC*. Investigación estatal, Washington D..C: Federal Aviation Administration.
- Fernández, Jorge Cortés-Monroy. 2016. «Memoria de La "valoración negativa" y la exclusión de la prueba en el proceso penal. Una crítica desde la concepción racionalista de la prueba.» Santiago.
- Ferrer, Jordi. 2003. «Derecho a la prueba y la racionalidad de las decisiones judiciales.» *Jueces para la democracia*: 27-34.
- Figuroa, Gonzalo. 2009. «El "derecho a la vida y el "derecho a hacer la vida" en colisión. Algunas consideraciones frente a una sentencia judicial.» *revista Chilena de Derecho Privado*.
- García, Gonzalo, y pablo Contreras. 2011. *El derecho la tutela judicial y el debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*. Talca: Estudios Constitucionales.
- Gascón, Marina. 2013. «La prueba científica. Un mapa de retos.» En *Estándares de prueba y prueba científica.*, de Carmen. Vázquez, 181-201. Madrid: Marcial Pons.
- Gascón, Marina. 2002. «Sobre el modelo cognoscitivista en la prueba judicial. A propósito de las observaciones de Mario Ruiz.» *Anuario de filosofía del derecho*, 2002: 489-496.
- Gertz, Paul W. 1974. «Expert Testimony in Aviation Accident Litigation:» *Journal of Air Law and Commerce*: 509-532.
- Gonzáini, Osvaldo. 2015. *Prueba científica y verdad*. Lima: Derecho & Sociedad.

- Guerrero Lebrón, María Jesús. 2017. «Investigación Técnica y proceso penales derivados de grandes accidentes aéreos.» *El fiscal ante los procesos penales de grandes catástrofes. 1 y 2 de junio de 2017*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos. 1-49.
- Henríquez, Miríam. 2008. «Jerarquía de los tratados de Derechos Humanos: análisis jurisprudencial desde el método de caos.» *Estudios Constitucionales*: 73-119.
- Honorato, Marcelo. 2012. «Os princípios jurídicos do sistema de investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos - SIPAER".» *Revista Conexão Sipaer*: 11-32.
- Horvitz, María Ines, y Julian. López. 2004. *Derecho procesal penal chileno tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- IATA. 2019. *IATA anuncia los resultados en seguridad aérea operacional en 2018*. Comunicado, Montreal: IATA.
- IATA. 2013. *Introduction to the Airline Industry*. Montreal: IATA.
- Jequier, Eduardo. 2007. «La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil. Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno. .» *Revista Chilena de Derecho*.
- Lahabetián, Laura. 2016. «Normas de derechos humanos: colisión y complementariedad .» *Revista de derecho*.
- Larroucau, Jorge. 2014. «¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena?» *Revista de Derecho (Valdivia)*: 43-79.
- Laudan, Larry. 2013. *Verdad, error y proceso penal; un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Maturana, Cristian. «Introducción al Derecho Procesal, la jurisdicción y la competencia (apuntes de Derecho Procesal).» Santiago: Departamento de Derecho Procesal, Universidad de Chile., 2012.
- Maturana, Cristian. 2012. Plazos, actuaciones judiciales, notificaciones, resoluciones judiciales y el juicio ordinario, conteniendo la teoría general de la prueba (apuntes de derecho procesal). Santiago: Facultad de derecho de la Universidad de Chile.
- Maturana, Cristian, y Raúl Montero. 2012. *Derecho Procesal Penal*. Santiago: LegalPublishing.

- Maturana, Cristian, y Raúl Montero. 2017. *Derecho Procesal Penal*. Santiago: Librotecnia.
- Meneses, Claudio. 2017. *El documento público como medio de prueba en el proceso civil chileno*. Santiago: Legal Publishing.
- Montero Aroca, Juan. 2012. *La prueba en el proceso civil*. Navarra: Thomson Reuters.
- Montero, Juan. 1996. *La prueba en el proceso civil*. Valencia: Editoria Civitas, 1996.
- Morales Contardo, Patricio, y Sergio Cea Cienfuegos. 2015. *Derecho aeronáutico chileno. Perspectiva administrativa y penal*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Morán, Gustavo. *Centro de Estudios de Derecho Aeronautico y Espacial*. 2 de Septiembre de 2014. <https://cedaeonline.com.ar/2014/09/02/el-accidente-aereo-y-los-procesos-judiciales/> (último acceso: 25 de Noviembre de 2018).
- Morillas, María José, María Victoria Petit, y María Jesús Guerrero. 2014. *Derecho Aéreo y del Espacio*. Santiago: Marcial Pons.
- Mosquera, Mario, y Cristian Maturana. 2017. «Los recursos procesales.» Editado por Editorial Juridica de Chile. Santiago.
- Nadal, Irene. 2014. *La coordinación del proceso penal y la investigación técnica de accidentes aereos*. Madrid: Marcial Pons.
- Nogueira, Humberto. 2013. *Elementos del bloque constitucional del acceso a la jurisdicción y el debido proceso proveniente de la Convención Americana de Derechos Humanos*. talca: Estudios Constitucionales.
- NTSB. *National Transportation Safety Board*. s.f. <https://www.nts.gov/investigations/process/Pages/default.aspx> (último acceso: 15 de Mayo de 2019).
- Nuñez, René, y Mauricio Cortés. 2012. *Derecho procesal de Familia*. Santiago: Thomson Reuters.
- OMS. *Accidentes de tránsito*. 7 de Diciembre de 2018.
- Paillás, Enrique. 2002. *Estudios de derecho probatorio*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Pallares, Eduardo. 1961. *Derecho Procesal Civil*. Mexico: Editorial Perrúa, 1961.

- Reason, James. 1990. *Human Error*. 20. Nueva York: Cambridge University Press.
- Rioseco, Emilio. 2002. *La prueba ante la jurisprudencia. Derecho Civil y Procesal Civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Rodriguez Papic, Ignacio. 1998. *Procedimiento Civil*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.
- Schapell, Scott, y Douglas Wiegmann. *Research Gate*. Julio de 2000.
https://www.researchgate.net/figure/The-Swiss-cheese-model-of-human-error-causation-adapted-from-Reason-1990_fig1_247897525 (último acceso: 30 de Diciembre de 2018).
- Silva, Carlos de. *El Acto Jurisdiccional*. 10 de 2004.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182004000200006 (último acceso: 21 de 07 de 2019).
- Taruffo, Michelle. 1996. «La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?» En *Corrupción y estado de derecho*, de Perfecto Andrés Ibañez, 139. Madrid: Trotta.
- Taruffo, Michelle. 2005. «Conocimiento científico y estándares de prueba judicial.» *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 114: 1285-1312.
- Taruffo, Michelle. 2007. «¿Verdad negociada?» *Revista de derecho*: 129-151.
- Taruffo, Michelle. 2007. «Consideraciones de la prueba y motivación.» *Revista jurídica*: 71-79.
- Taruffo, Michelle. 2008. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, Michelle. 2010. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. España: Marcial Pons.
- Taruffo, Michelle. 2011. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.
- Taruffo, Michelle. 2013. *Simplemente la verdad*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Ureña, Belen. 2016. «La verdad de los hechos como conditio sine qua non de una decisión judicial justa en el pensamiento de Michele Taruffo.» *Instituto de Investigaciones Jurídicas (Boletín Mexicano de Derecho Comparado)*: 281-304.
- Wróblewski, Jerzy. 1989. *Sentido y hecho del derecho*. San Sebastián: Universidad del País Vasco.

Zuñiga, Rodrigo. 2000. «La prueba ilícita Penal.» Santiago.

NORMATIVA

CHILE, Código Aeronáutico, 1990.

CHILE, Código Civil, 1855.

CHILE, Código de Procedimiento Civil, 1902.

CHILE, Código del Trabajo, 2003.

CHILE, Código Orgánico de Tribunales, 1943.

CHILE, Código Procesal Penal, 2000.

CHILE, Constitución Política de la República de Chile, 1980.

CHILE, Decreto Ley N° 2.222, 1978.

CHILE, Ley N° 16.752, 1968.

CHILE, Ley N° 18.705, 1988.

CHILE, Ley N° 19.880, 2003.

CHILE, Ley N° 19.968, 2004.

CHILE, Ley N° 20.285, 2008.

CHILE, LOC N° 18.575, 1986.

CHILE, Reglamento Sobre Investigación de Accidentes e Incidentes de Aviación (DAR-13), 2003.

CHILE, Reglamento Sobre Procedimientos Infraccional Aeronáutico (DAR-51), 2004.

CHILE, Resolución de DGAC 1105 (DAN-13), Investigación de Accidentes de Aviación, 2017.

ESPAÑA, Constitución Española, 1978.

ESPAÑA, Ley de Seguridad Aérea N° 21/2003 de 7 de julio.

ESPAÑA, Ley N° 1/2011 de 4 de marzo.

ESTADOS UNIDOS, Código de los Estados Unidos (*Code of Laws of the United States*).

ESTADOS UNIDOS, Código de Regulaciones Federales (*Code of Federal Regulations*).

ESTADOS UNIDOS, Reglas Federales de Evidencia (*Federal Rules of Evidence*).

NUEVA ZELANDA, Enmienda de la Comisión de Investigación de Accidentes de Traspotes (*Transport Accident Investigation Commision (TAIC) Emenden Act*).

NORMATIVA COMUNITARIA, Reglamento (UE) N° 996/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo.

TRATADO INTERNACIONAL, Convenio Sobre Aviación Civil Internacional (1944).

TRATADO INTERNACIONAL, Anexo 13 de Investigación de Accidentes de Aviación Civil.

JURISPRUDENCIA

CHILE, Sentencia Rol N° 2166-2010, “Angloamerican Sur S.A con Constructora Daves Limitada” (Santiago, Corte de Apelaciones de Santiago, 2011)

CHILE, Sentencia Rol N° 3239-2009, “Fernández con Aerocord” (Puerto Montt, Segundo Juzgado Civil de Santiago, 2013)

CHILE, Sentencia Rol N° 11024-2005, “Rodríguez y Otro con Línea Aéreo Servicios S.A.” (Santiago, Primer Juzgado Civil de Santiago, 2011).

CHILE, Sentencia Rol N° 7335-2006, “Contreras con Aerogala” (Santiago, Décimo Octavo Juzgado Civil de Santiago, 2015).

CHILE, Sentencia Rol N° 760-2012, “I.S.T. con Helicópteros del Pacífico S.A. (Temuco, Segundo Juzgado Civil de Temuco, 2015)

CHILE, Sentencia Rol N° 84-2005, “Miller con Babaik” (Punta Arenas, Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 2005)

CHILE, Sentencia Rol N° T-1719-2018, “Marchant con Sky Airlines S.A.” (Santiago, Segundo Juzgado de Letras de Trabajo, 2019)

CHILE, Sentencia Requerimiento N° 165-93 (Santiago, Tribunal Constitucional, 1993).

CHILE, Sentencia Requerimiento N° 198-94 (Santiago, Tribunal Constitucional, 1995).

CHILE, Sentencia Requerimiento N° 340-01 (Santiago, Tribunal Constitucional, 2001).

CHILE, Sentencia Requerimiento N° 346-02 (Santiago, Tribunal Constitucional, 2002).

CHILE, Sentencia Requerimiento N° 616-06 (Santiago, Tribunal Constitucional, 2007)

CHILE, Sentencia Recurso de Inaplicabilidad N° 977-07 (Santiago, Tribunal Constitucional, 2008)

COLOMBIA, Sentencia Recurso de Casación, 27 de septiembre de 1955 (Bogotá, Corte suprema de Justicia).

ESPAÑA, Sentencia Recurso de Apelación, ROJ N° 14579/2011 (Madrid, Audiencia Provincial de Madrid Sección Décimo Quinta, 2011).

ESPAÑA, Sentencia Recurso de Apelación, ROJ 1773/2006 (Málaga, Audiencia Provincial de Málaga Sección sexta, 2006).

ESPAÑA, Sentencia Recurso de Apelación, STS 4036/1988 (Madrid, Tribunal Supremo Español, Sección Primera Contenciosa Administrativa, 1988).

ESTADOS UNIDOS, Beech Aircraft Corp. con Rainey, 488 U.S. 153 (1988).