



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

**EL ACTUAL FUNCIONAMIENTO EN CHILE DEL PERITAJE EN MATERIA DE
FAMILIA Y SU EVENTUAL AFECTACIÓN AL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.**

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES.

SOFÍA LA ROCHE CONTRERAS

PROFESORA GUÍA:
CAROLA CANELO FIGUEROA

Santiago, Chile
2021

ÍNDICE

RESUMEN.	3
INTRODUCCIÓN.	4
CAPÍTULO I: GENERALIDADES DEL DEBIDO PROCESO Y LA PRUEBA.	7
1. DEBIDO PROCESO.	7
1.1 CONCEPTO.....	7
1.2 ELEMENTOS DEL DEBIDO PROCESO.....	10
a) EL DERECHO A QUE EL PROCESO SE DESARROLLE ANTE UN JUEZ INDEPENDIENTE E IMPARCIAL.....	11
b) EL DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL PRECONSTITUIDO POR LA LEY.....	12
c) EL DERECHO A LA ACCIÓN Y DEFENSA.....	12
d) EL DERECHO A UN PROCEDIMIENTO QUE CONDUZCA A UNA PRONTA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO.....	13
e) EL DERECHO A UN PROCEDIMIENTO QUE CONTEMPLE LA EXISTENCIA DE UN CONTRADICTORIO.....	13
f) EL DERECHO A UN PROCEDIMIENTO QUE CONTEMPLE LA EXISTENCIA DE UNA SENTENCIA DESTINADA A RESOLVER EL CONFLICTO.....	14
g) EL DERECHO A DEFENSA.....	14
h) EL DERECHO A UN PROCEDIMIENTO QUE PERMITA A LAS PARTES LA RENDICIÓN DE PRUEBA.	16
i) EL DERECHO A UN PROCEDIMIENTO QUE CONTEMPLE LA IGUALDAD DE TRATAMIENTO DE LAS PARTES DENTRO DE ÉL.....	19
1.3 REGULACIÓN NORMATIVA NACIONAL.	20
1.4 REGULACIÓN NORMATIVA INTERNACIONAL.....	22
CAPÍTULO II: GENERALIDADES DE LA PRUEBA PERICIAL EN FAMILIA EN CHILE Y EL MUNDO.	26
1. CONCEPTO DE PRUEBA PERICIAL.....	26
2. REGULACIÓN GENERAL DE LA PRUEBA PERICIAL EN CHILE.	27
3. REGULACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE FAMILIA EN CHILE.....	28
4. SITUACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.....	31
4.1 REGULACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE FAMILIA EN ESPAÑA.	31
4.2 REGULACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE FAMILIA EN ALEMANIA.....	34

4.3	REGULACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE FAMILIA EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.....	36
4.4	REGULACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE FAMILIA EN INGLATERRA.....	38
CAPÍTULO III: SITUACIÓN ACTUAL EN LOS TRIBUNALES DE FAMILIA CON RESPECTO A LA PRUEBA PERICIAL.....		41
1.	PERITOS DE CONFIANZA DE LAS PARTES.....	42
1.1	CONTROL DE ADMISIBILIDAD DEL PERITO.....	42
1.2	ASISTENCIA DEL PERITO A LA AUDIENCIA.....	46
1.3	INFORMES PERICIALES.....	51
1.4	VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL.....	55
1.5	CONCLUSIONES GENERALES.....	57
2.	PERITAJE HECHO POR ORGANISMOS PÚBLICOS O ACREDITADOS POR EL SERVICIO NACIONAL DE MENORES.....	58
2.1	CALIDAD DEL PERITO.....	59
2.2	VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL.....	62
2.3	CONCLUSIONES GENERALES.....	66
CAPÍTULO IV: RELACIÓN ENTRE EL PERITAJE DE FAMILIA Y EL DEBIDO PROCESO, PROPUESTAS PARA LA MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA.....		67
1.	RELACIÓN ENTRE LA SITUACIÓN DESCRITA Y EL DEBIDO PROCESO.....	67
1.1	AFECCIÓN AL DERECHO A LA IMPARCIALIDAD.....	67
1.2	AFECCIÓN AL DERECHO A LA DEFENSA.....	69
1.3	AFECCIÓN AL DERECHO A LA PRUEBA.....	70
1.4	AFECCIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD.....	71
1.5	SÍNTESIS.....	72
2.	POSIBLES SOLUCIONES.....	73
2.1	ADAPTAR EL SISTEMA.....	73
2.2	CAMBIAR EL SISTEMA.....	75
CONCLUSIÓN.....		79
BIBLIOGRAFÍA.....		82
	LIBROS.....	82
	REVISTAS ESPECIALIZADAS.....	83
	JURISPRUDENCIA.....	83
	OTROS.....	84

RESUMEN.

El presente trabajo consiste en un análisis del tratamiento que actualmente se le ha dado, en la práctica diaria de los Tribunales de Familia, a la prueba pericial y los informes periciales, para dilucidar si se está cumpliendo con el denominado derecho al debido proceso, y a su vez con el derecho a la prueba. Para lograr lo anterior, primero se expone exhaustivamente el concepto de debido proceso, luego se describe la situación normativa y práctica de la prueba pericial en materia de familia en Chile y el mundo, y después se compara la regulación del peritaje en materia de familia en Chile con lo que ocurre efectivamente en la práctica. Finalmente, se propone un análisis acerca de lo señalado y su relación con el debido proceso y se ofrecen una serie de soluciones y conclusiones que buscan incidir en el mejoramiento del actual sistema de peritaje en materia de familia y en su mayor vinculación con el derecho a un debido proceso.

INTRODUCCIÓN.

El año 2004 entró en vigor la Ley 19.968 que creó los Tribunales de Familia. Con esta se produjo una especialización de la judicatura de las causas de familia que antes estaba entregada a la justicia civil ordinaria. Basada en los principios de oralidad, concentración e inmediatez, entre otros, se buscó que con esta modificación se pudiera asegurar los derechos de los niños y niñas del país y regular mejor las consecuencias del término de la vida matrimonial¹.

Dentro de las normas que regulan el procedimiento establecido por esta nueva ley, se buscó incorporar nuevos métodos de prueba tendientes siempre a asegurar el interés superior del niño y la protección del cónyuge menos favorecido, principios que fundamentan el derecho de familia. Es por esto, que se le entregó un alto grado de discrecionalidad al juez, permitiéndole por una parte apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica y, además, se aceptaron como medios de prueba todos aquellos obtenidos lícitamente².

A pesar de la libertad de prueba, antes mencionada, la ley reguló específicamente algunos medios de prueba. Para este análisis es importante considerar la prueba pericial que se regula a partir del artículo 45 de la Ley. En este se establece la procedencia de la prueba pericial, señalando que son las mismas partes las que pueden recabar informes elaborados por peritos de su confianza o el juez puede, de oficio o a petición de parte, solicitar un informe pericial a algún órgano público u organismo acreditado ante el Servicio Nacional de Menores. Con lo señalado, se introduce en nuestro derecho de familia, además del tradicional perito judicial, el concepto de perito privado o perito de confianza de las partes.

La incorporación de este nuevo tipo de peritaje significó un gran cambio en el funcionamiento del derecho de familia en Chile como lo conocíamos, de ahí que

¹ Mensaje presidencial de la Ley 19.968.

² Turner, S. (2002). *Los Tribunales de familia*. Recuperado el 15 de Noviembre del 2018, de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200013.

suscite un gran interés el análisis por las consecuencias prácticas que ha significado esta innovación y por la relación directa que ha tenido esta modificación legal con una eventual vulneración al debido proceso y sus elementos, principios básicos de todo sistema jurídico.

En primer lugar, para entender dichas consecuencias es necesario definir correctamente qué es lo que se entiende por debido proceso y cuáles son los elementos que conlleva un proceso hoy en día, para poder analizar correctamente si la nueva regulación en materia pericial familiar los ha considerado o los ha vulnerado.

En segundo lugar, hay que remitirse al funcionamiento que ha tenido la prueba pericial en materia de familia en este tiempo, para lo que se expondrá tanto la normativa actual como su funcionamiento en la práctica tanto en Chile como otros ordenamientos del mundo.

En tercer lugar, a partir de lo señalado, se realizará un análisis acerca de la afectación al debido proceso y se propondrán una serie de soluciones o modificaciones que debe tener el ordenamiento actual para poder suplir las falencias antes detectadas.

Así, el objetivo de este trabajo es analizar la prueba pericial en materia de familia en la práctica, a la luz de su vinculación con el debido proceso, para poder proponer soluciones que ayuden a la discusión, poco desarrollada aún en el país, y fomenten un cambio en el sistema implementado hace ya más de una década.

El trabajo se estructurará en 4 capítulos:

En el capítulo I se definirá qué se entiende por debido proceso y cuáles son los elementos que debe considerarse en cualquier proceso actualmente tanto a nivel nacional como internacional, en el capítulo II se analizará la normativa vigente en materia de prueba pericial en general y específicamente en el Derecho de Familia en Chile y en los ordenamientos jurídicos de España, Alemania, los Estados Unidos de

América e Inglaterra, en el capítulo III se expondrá la situación real del peritaje familiar en Chile y sus principales falencias detectadas en la práctica diaria de los tribunales de familia, finalmente, en el capítulo IV se hará un análisis de lo señalado en virtud de visualizar una posible afectación al debido proceso y se presentarán posibles soluciones a los problemas encontrados junto con las conclusiones de este trabajo.

CAPÍTULO I: GENERALIDADES DEL DEBIDO PROCESO Y LA PRUEBA.

1. DEBIDO PROCESO.

1.1 CONCEPTO.

El derecho es una disciplina dinámica y en constante cambio producto de su relación con la sociedad. Esto le ha permitido ir avanzando a lo largo de la historia, buscando procesos jurisdiccionales cada vez más justos, dentro de los límites de la legalidad y donde se respeten los derechos fundamentales de toda persona. Es en este contexto, que actualmente se han establecido ciertos principios comunes, que rigen los procesos jurídicos modernos, y que buscan confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana dentro de cualquier tipo de proceso³. A esto se le ha llamado “Debido Proceso”.

Para entender el concepto del debido proceso primero debemos comprender, someramente, qué es el proceso. Este ha sido definido por Carnelutti como “*el conjunto de todos los actos que se realizan para la solución del litigio*”⁴. Por otro lado, para el autor chileno José Quezada, el proceso puede ser definido como “*el conjunto de actos jurídicos procesales que tienen por finalidad desenvolver conjuntamente la jurisdicción y la acción*”⁵.

Conceptualizado así el proceso, la noción de que debía existir un proceso justo o un debido proceso tiene su génesis en el derecho anglosajón. Diversos autores afirman que su consagración se pudo apreciar por primera vez en la Carta Magna Inglesa de Juan Sin Tierra en el año 1215. En el Capítulo XXXIX de la carta mencionada se señalaba:

³ Rodríguez, V. (1998). *El Debido Proceso y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio*, (II), p.1296

⁴ Carnelutti, F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: UTEHA, p. 396.

⁵ Quezada, J. (1999). *Disposiciones comunes a todo procedimiento*. Chile: Ediciones Digesto Ltda, p.50.

“Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino.”⁶.

Se puede observar cómo se comenzaba a establecer que para enjuiciar a una persona debía existir previamente un juzgamiento que siguiera cierto marco de legalidad. A partir de lo anterior, el término fue evolucionando y se hizo conocido para la posteridad como *due process of law*, debido proceso, proceso justo o juicio justo⁷.

Positivamente, la palabra “debido” se observa por primera vez en la Quinta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos. En esta se estableció que:

“Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización”⁸.

Más allá de la historia de cómo se formó este principio, actualmente el debido proceso es un concepto que ha sido definido por diferentes autores, sin tener un significado uniforme dentro de la doctrina.

Para Andrés Bordalí el derecho a un debido proceso “*habrá de entenderse como una garantía consistente en que el legislador deberá regular la actuación jurisdiccional por*

⁶ De la Rosa, P. (2010). *El debido proceso, sus orígenes, su evolución y su reconocimiento en el nuevo sistema de justicia penal en México. alter; enfoques críticos*, (2), p.63.

⁷ Pérez, A. (2016). *Evolución y perspectivas de la interpretación del debido proceso. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, p.402,

⁸ Alvarado, A. (2014). *La imparcialidad judicial y el debido proceso. Ratio Iuris*, (1), p.232.

*medio de un proceso, lo que supone por definición enfrentar a dos partes parciales en términos de dualidad, contradicción e igualdad, frente a un tercero imparcial, como debe ser el juez estatal. A ello habrá de agregarse por el legislador unas garantías específicas que hacen de ese proceso un proceso justo o debido, como ocurre con el derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley*⁹.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos el debido proceso es “*el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera*”¹⁰.

Por otro lado, nuestra jurisprudencia ha postulado un planteamiento similar acerca del debido proceso. Esto se puede observar en una sentencia de la Corte Suprema del año 2016 donde se señaló que “*Incorporado en Chile mediante el texto de la Constitución de 1980, cabe resaltar que los comisionados entendieron el debido proceso como un principio que comprendía múltiples otras garantías judiciales y consideraron favorablemente la posibilidad de que su consagración cumpliera una función integradora de los derechos fundamentales*”¹¹.

A partir de lo señalado, se puede observar que el debido proceso hace referencia a diferentes principios mínimos, establecidos en favor de las partes, que deben ser garantizados durante la realización del proceso. Una buena síntesis de lo anterior la hace el autor Adolfo Alvarado, cuando señala que el debido proceso supone como garantías; el derecho a la jurisdicción, al libre acceso al tribunal, la posibilidad plena de audiencia, el derecho a que el proceso se efectúe con un procedimiento eficaz y sin

⁹ Bordalí, A. (2004). El Recurso de protección como proceso de urgencia. *Revista Chilena de Derecho*, (31 n°2), pp.269-288.

¹⁰ Artículo 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos

¹¹ Causa ROL n°18323-16 del 10/05/2016.

dilaciones, con asistencia letrada, el derecho a probar, el derecho a un juez imparcial, entre otros¹².

1.2 ELEMENTOS DEL DEBIDO PROCESO.

Considerando la conceptualización del debido proceso hecha anteriormente, se puede observar que el denominado debido proceso posee ciertos elementos o garantías mínimas.

Para Mario Casarino, todo buen proceso debe tener las condiciones mínimas de seguridad, brevedad, economía y actividad. Mediante estos conceptos, el autor establece que un buen proceso debe caracterizarse por proporcionar a ambas partes la oportunidad de alegar y probar su derecho en perfecta igualdad, debe estar exento de trámites inútiles, debe tener un juez activo que cumpla un papel de justicia efectiva, entre otros¹³.

A mayor abundamiento, el profesor Maturana ha señalado una serie de garantías mínimas que debe contener todo proceso. Estas son¹⁴:

1. El derecho a que el proceso se desarrolle ante un juez independiente e imparcial.
2. El derecho a un juez imparcial preconstituido por la ley.
3. El derecho a la acción y defensa.
4. El derecho a un procedimiento que conduzca a una pronta resolución del conflicto.
5. El derecho a un procedimiento que contemple la existencia de un contradictorio.
6. El derecho a un procedimiento que contemple la existencia de una sentencia destinada a resolver el conflicto.

¹² Alvarado, A. (2014). La imparcialidad judicial y el debido proceso. *Ratio Iuris*, (1), p.232.

¹³ Casarino, M. (2005). *Manual de Derecho Procesal Civil. Tomo III*. Chile: Editoria Jurídica, p. 11.

¹⁴ Maturana, C. (2012). *Disposiciones comunes a todo procedimiento*. Chile: Facultad de Derecho U.Chile, pp. 17-18

7. El derecho a un defensor.
8. El derecho a un procedimiento que permita a las partes la rendición de la prueba.
9. El derecho a un procedimiento que contemple la igualdad de tratamiento de las partes dentro de él.

En virtud del tema de análisis de este trabajo, a continuación se explicarán los elementos del debido proceso poniendo un mayor énfasis en los últimos tres, que tienen mayor relevancia a la hora de vincular el debido proceso y el sistema de peritaje en materia de familia.

a) **EL DERECHO A QUE EL PROCESO SE DESARROLLE ANTE UN JUEZ INDEPENDIENTE E IMPARCIAL.**

El derecho a que el proceso se desarrolle frente a un juez imparcial e independiente es fundamental para el correcto desarrollo del proceso. Este derecho, ha sido establecido en importantes Tratados Internacionales, como el Pacto de San José de Costa Rica o el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y también ha sido reconocido expresamente por nuestra jurisprudencia, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones¹⁵.

Esta garantía se refiere a dos elementos conectados, pero no iguales; por un lado, el juez tiene que ser independiente, esto quiere decir que el juez, como parte del Poder Judicial, debe ser autónomo e independiente de los otros Poderes y tribunales. Como señala el profesor Bordalí *“la independencia se relaciona con la doctrina de la separación de poderes y con la autonomía para juzgar de todo juez dentro de la estructura judicial interna”*¹⁶; por otro lado, el juez debe ser imparcial. La imparcialidad se relaciona con las diferentes relaciones que puede llegar a tener el juez con las

¹⁵ Ver por ejemplo la Causa ROL 1243-08 de fecha 2/20/2008.

¹⁶ Bordalí, A. (2009). El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (XXXIII), pp.263-302.

partes de la causa o con el objeto del litigio. La doctrina moderna ha considerado que la imparcialidad puede ser subjetiva, que dice relación con el posicionamiento interno de los jueces con respecto a las partes, u objetiva, que toma en consideración aquellas condiciones exteriores que pueden comprometer o perjudicar la administración imparcial de la justicia¹⁷.

b) EL DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL PRECONSTITUIDO POR LA LEY.

Este elemento del debido proceso, llamado también el derecho a un juez natural, es un derecho ampliamente reconocido en el mundo. A pesar de que nuestra Constitución no lo establece directamente, se ha entendido que deriva de lo que se establece en el artículo 19 N° 3 como la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales.

Esta garantía es una consecuencia del derecho a un juez imparcial, anteriormente tratado. Se refiere específicamente a que el órgano judicial haya sido designado previamente al hecho que motiva el proceso, siguiendo el mecanismo legal de constitución¹⁸.

c) EL DERECHO A LA ACCIÓN Y DEFENSA.

El derecho a la acción y defensa es el que materializa que las personas puedan tener el acceso a la justicia. Como señala Alejandro Romero “*La acción es el derecho más importante en el campo jurídico procesal. Sobre él se articula todo el sistema de protección que se puede obtener del órgano jurisdiccional a través del proceso*”¹⁹.

Sin el derecho a la acción las personas no podrían acudir a un proceso, y mucho menos a un debido proceso. En el fondo es lo que permite el acceso a un

¹⁷ Bordalí, A. (2009). El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (XXXIII), pp.263-302.

¹⁸ Acuña, R. (2012) *La garantía constitucional del juez natural*. vii congreso nacional de derecho procesal garantista. Universidad nacional de catamarca - Facultad de derecho

¹⁹ Romero, A. (2012). *Curso de Derecho Procesal Civil, Tomo I*. Chile: Editorial Jurídica, p. 13

procedimiento. Por eso está íntimamente ligado al derecho a defensa, que se verá con mayor abundamiento más adelante.

d) EL DERECHO A UN PROCEDIMIENTO QUE CONDUZCA A UNA PRONTA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO.

El derecho a un procedimiento que conduzca a una pronta resolución del conflicto no está contenido directamente en nuestra Constitución. Sin embargo, esta es una de las garantías más antiguas del proceso. Ya en la época de Justiniano se comprendía la necesidad de una duración corta de los juicios, estableciendo que *“los litigios no se hagan casi interminables y excedan de la duración de la vida de los hombres”*²⁰. Actualmente, lo podemos observar consagrado en el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica.

Esta garantía se relaciona directamente con el derecho a ser juzgado sin dilaciones y dentro de un plazo determinado o razonable. Lo que se busca con este derecho es que el proceso en sí no se convierta en una especie de pena para las partes, y que sea fluido y razonable, porque si no lo fuera, estaríamos en un supuesto de denegación efectiva de la justicia.

e) EL DERECHO A UN PROCEDIMIENTO QUE CONTEMPLA LA EXISTENCIA DE UN CONTRADICTORIO.

El derecho a que exista un contradictorio, o también llamado, principio de bilateralidad de la audiencia, se relaciona con dos ideas; por un lado, el proceso busca la verdad por lo que necesita de la oposición de diferentes versiones de los hechos y el derecho, y por el otro lado, el proceso le garantiza a las partes ciertos derechos mínimos dentro de los cuales está el poder defenderse, oponer pruebas, entre otros. Por lo anterior, el derecho a que exista un contradictorio es fundamental para hacer valer estas garantías. Como señala Couture, este *“consiste en que, salvo situaciones excepcionales establecidas en la ley, toda petición o pretensión formulada por una de*

²⁰ *Constitutio Properandum* -Código, Libro III, Título I, Ley 13, Proemio.

*las partes en el proceso, debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda esta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición*²¹.

Por lo mencionado, se puede visualizar que este derecho está incorporado también para hacer valer la igualdad de las partes, dado que ambas deben ser capaces de oponerse a través de pruebas, en los hechos y en el derecho a lo que la otra parte señala.

f) EL DERECHO A UN PROCEDIMIENTO QUE CONTEMPLE LA EXISTENCIA DE UNA SENTENCIA DESTINADA A RESOLVER EL CONFLICTO.

La sentencia es la que pone fin al caso en cuestión, es la resolución judicial definitiva de un proceso. Se ha entendido que la sentencia está ligada al principio de cosa juzgada, es decir, que una vez que se ha dictado una sentencia firme no se puede volver a entablar en otro proceso un caso cuyo objeto sea idéntico al ya resuelto. Entendiendo así la importancia de la sentencia, podemos visualizar como es un derecho para las partes que exista una sentencia. Sin la sentencia, las partes no pondrían nunca fin al conflicto en cuestión y estarían sometidas a la incertidumbre de que se produjeran otros juicios con el mismo objeto.

En síntesis, podemos comprender el derecho a una sentencia dado que *“Es indudable que las partes persiguen en el proceso la obtención de la dictación de una sentencia del juez que venga a zanjar en definitiva las dificultades de orden jurídico que existen entre ellas, de modo que lo resuelto no pueda discutirse más, ni dentro del mismo proceso ni en otro futuro; y que si implica una condena, pueda también exigirse su cumplimiento por medios compulsivos*²².

g) EL DERECHO A DEFENSA.

²¹ Couture, E. (1993). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, p. 183.

²² Villagra, G. (2009). *Material elaborado para el curso Derecho Procesal de la Profesora Carola Canelo*. Recuperado el 20 de noviembre de 2018 de:
https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D124A0740/1/material_docente/previsualizar?id_material=156123

Este principio fundamental del debido proceso es una de las garantías procesales que se recoge expresamente en nuestra Constitución. El artículo 19 N° 3 establece:

“Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida...” .

El derecho a defensa establecido en la Constitución es más bien restringido porque sólo se refiere a la intervención de un letrado. Sin embargo, modernamente se entiende de una manera más amplia. Esta concepción moderna considera que *“una parte pueda oponerse a un acto realizado por la contraparte... y garantiza la posibilidad de concurrir al proceso, hacerse parte en el mismo, defenderse, presentar alegatos y pruebas”*²³. Por lo anterior, se ha comprendido que la defensa tiene un sentido amplio, que no sólo incluye la intervención del letrado, sino que constituye también *“la oportunidad para el administrado de hacer oír sus alegaciones, descargos y pruebas”*²⁴.

Dentro del derecho a defensa podemos encontrar ciertas garantías mínimas que buscan que se cumpla con este derecho. Algunas de estas son que nadie puede declarar en contra de sí mismo, el derecho a un abogado, el derecho a un traductor o intérprete, derecho al tiempo y medios adecuados para preparar la defensa, entre otros²⁵.

Afirmando el análisis planteado, el Tribunal Constitucional en un fallo del año 2010 estableció que “el legislador está obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones”²⁶.

²³ BERNAL PULIDO, C. (2007). *El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia, p. 368

²⁴ Oelckers Camus, O. (1999). *El derecho a la defensa del interesado en el procedimiento administrativo. Especial referencia al proyecto de ley sobre bases de los procedimientos administrativos*, en *Revista de Derecho (Valparaíso)*. N° 20, p. 272.

²⁵ Alviar, H. (2016). *Constitución y democracia en movimiento*. Colombia: ediciones uniandes, pp. 230-231

²⁶ STC 1411 c.7 del 07/09/2010.

Por lo señalado, se debe concluir que el derecho a defensa “se trata del posibilitar de manera efectiva, que todo ser humano frente al poder estatal reciba un trato justo, adecuado y equitativo en protección de sus derechos. De que eso se materialice o no, depende, que podemos afirmar la existencia de un debido proceso...”²⁷.

h) EL DERECHO A UN PROCEDIMIENTO QUE PERMITA A LAS PARTES LA RENDICIÓN DE PRUEBA.

Este elemento del proceso está muy relacionado con el derecho a defensa analizado anteriormente, dado que no tendría sentido el derecho a defensa si no se le entrega a las partes la posibilidad de rendir pruebas durante el proceso²⁸.

Para entender correctamente esta garantía del debido proceso, debemos antes hacer una breve contextualización acerca de la prueba, para comprender su importancia y la necesidad de que exista un derecho a que la prueba sea rendida en todo proceso jurídico.

Para Taruffo la prueba es “cualquier elemento que pueda ser usado para establecer la verdad acerca de los hechos de la causa”²⁹. Como se ha señalado anteriormente con respecto al derecho a un proceso contradictorio, en todo proceso, existen hechos que deben ser contrastados con el fin de obtener la verdad. Para que esta tarea pueda ser realizada, es necesaria la existencia de medios de prueba que ayuden a la verificación de los hechos.

Por otro lado, el profesor Juan Orrego plantea que la prueba tendría 3 acepciones; en primer lugar, aludiría a lo señalado, es decir, a la demostración de la verdad de un hecho, de su existencia o inexistencia. En segundo lugar, la prueba haría referencia a los medios de prueba, es decir, los medios de convicción, considerados en si mismos.

²⁷ Montero, D. *Derecho de defensa en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 20 de octubre de 2019 de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32676.pdf>.

²⁸ Maturana, C. (2012). *Disposiciones comunes a todo procedimiento*. Chile: Facultad de Derecho, p. 23.

²⁹ Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Barcelona: Marcial Pons, p. 15

En tercer lugar, se hablaría de la prueba para referirse al hecho mismo de su producción, a la circunstancia de hacerla valer ante los tribunales³⁰.

Comprendida así la prueba, podemos sostener que en todo procedimiento judicial es necesaria la existencia de diferentes medios de prueba que sirvan a las partes para defender sus legítimas pretensiones y al tribunal para poder esclarecer la verdad acerca de los hechos. Derivado de esto, es que se ha comprendido que no sólo debe existir la prueba en el proceso, sino que además, debe estar amparada por el llamado derecho a la prueba.

El llamado derecho a la prueba, es uno de los elementos básicos del debido proceso y consagra además, el principio de bilateralidad de la audiencia. Este ha sido definido por Picó I Junoy 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”*³¹.

En principio, podríamos señalar que el derecho a rendir prueba es el que *“debería asegurar a ellas (las partes) la posibilidad de valerse de los medios de pruebas generalmente reconocidos por el ordenamiento y, al mismo tiempo, impedir al legislador poner obstáculos no razonables de los derechos hechos valer en juicio”*³².

En línea con lo anterior, se ha señalado que las personas que son parte del proceso, tienen derecho a recaudar evidencia que los favorezca, a conocer cuáles son las evidencias que se han presentado en contra de ellas y a poder solicitar las pruebas que consideren necesarias. Esto, siempre considerando que hay límites a la prueba, no permitiéndose la realización de prueba ilícita, es decir, que no se ajusta a derecho³³.

³⁰Orrego, J. (2019). *Teoría de la Prueba*. Chile. Juan Andrés Orrego Acuña Abogado & Profesor Recuperado de <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-de-la-prueba/>

³¹ Pico I Junoy, J. (1996). *El Derecho a la Prueba en el proceso civil*. España: editorial J.M Bosch, p. 18.

³² Cappelletti, M. (1947). *“Las garantías constitucionales de las partes en el proceso civil italiano”*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, p. 558

³³ Alviar, H. (2016). *“Constitución y democracia en movimiento”*. Colombia: ediciones uniandes, p. 238

Confirmando lo anterior, el Tribunal Constitucional señaló en una sentencia del año 2007 que “en lo que respecta al derecho a rendir prueba y su relación con las garantías del racional y justo procedimiento, esta Magistratura ha señalado en las sentencias Roles números 376, 389, 478, 481, 529 y 533, entre otras, que las garantías de un racional y justo procedimiento se concretan, entre otros elementos, en principios como el de la igualdad de las partes y el emplazamiento, materializados en el conocimiento oportuno de la acción, la posibilidad de una adecuada defensa y la aportación de la prueba, cuando ella procede”³⁴.

Por otro lado, parte de la doctrina ha entendido que el derecho a la prueba podría entenderse incluso como un derecho fundamental. Bajo esta concepción, el derecho a la prueba sería un derecho inherente a toda persona sólo por el hecho de ser persona, y no podría ser suspendido en ninguna circunstancia. Lo anterior es explicado señalando que “*el derecho a la prueba es fundamental en la medida que es inherente al ser humano. La condición humana está íntimamente ligada al uso que de la prueba se haga y de la justicia de la decisión sobre la existencia de los hechos por parte del juez. La inherencia al ser humano del derecho a la prueba también puede verse con el fenómeno consistente en que el objeto de la prueba se encuentra en todos los ámbitos de la vida de la persona...; de tal suerte que el ejercicio del derecho a la prueba tanto en su obtención como en su valoración incide en el ámbito de la persona en todas las esferas de su existencia*”³⁵.

Por todo lo antes señalado, se puede concluir que el derecho a presentar pruebas, entendido como una garantía del debido proceso y un derecho fundamental, es un derecho esencial del proceso que no sólo hace referencia a que deban existir medios de prueba en el proceso, sino que también incluye el poder asegurar los medios de prueba, solicitar diferentes tipos de prueba, que la prueba sea admitida, que se valore correctamente la prueba, entre otros.

³⁴ STC.596 c.16 del 12/07/2007.

³⁵ Ruiz, L. (2007). El derecho a la prueba como un derecho fundamental. *El derecho constitucional a la prueba, análisis de la jurisprudencia de la Cortes Constitucional y Suprema de Justicia*, p. 188.

i) **EL DERECHO A UN PROCEDIMIENTO QUE CONTEMPLE LA IGUALDAD DE TRATAMIENTO DE LAS PARTES DENTRO DE ÉL.**

El derecho a la igualdad de tratamiento entre las partes es otro de los elementos del debido proceso que se puede desprender de nuestra Constitución. Al igual que el derecho a la defensa, el artículo 19 N° 3 señala:

“La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”.

Este principio se traduce en que durante el proceso las partes tienen que ser tratadas en un plano de igualdad. Para Devis Echandia de esta garantía se derivan dos importantes consecuencias; (i) por un lado, que durante el proceso las partes tienen igualdad de oportunidades para su defensa, esto fundamentado en el principio que consagra la igualdad de los ciudadanos ante la ley en todo estado moderno; (ii) por otro lado, que no pueden existir procedimientos diferenciados o privilegiados³⁶.

Además de lo anterior, es necesario, para que se cumpla una igualdad efectiva, que las partes se encuentren en una igualdad económica ante el litigio. Así lo señala Couture cuando se pregunta “*¿De qué vale una declaración afirmando la igualdad ante el derecho, si tal igualdad no existe ante los hechos? ¿Qué mayor ironía que la de proclamar a todos iguales, si el costo de la justicia es, por sí mismo, un instrumento de desigualdad!*”³⁷.

La idea anterior, ha sido reafirmada por la Corte Interamericana cuando postula que “La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a los Estados a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Esto es así porque si no existieran estos medios de compensación, ampliamente reconocidos en distintos aspectos del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en

³⁶ Devis Echandia, H. (1999). *Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso*, Duodécima Edición. Buenos Aires: editorial universidad.

³⁷ Couture, E(1989). *Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo I*. Buenos Aires; ediciones Depalma, p. 65.

condiciones de desventaja disfrutaban de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”³⁸.

A la luz de lo señalado, se puede concluir que el principio de igualdad de tratamiento de las partes dentro del proceso es una derivación del derecho a igualdad ante la ley. Este derecho, ha sido confirmado y ampliado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, considerando la importancia que tiene su garantía para el debido proceso.

1.3 REGULACIÓN NORMATIVA NACIONAL.

Para entender el tratamiento que ha tenido el debido proceso en Chile, nos referiremos brevemente a la historia del concepto en nuestro país.

En los inicios de la que sería la República de Chile, el Reglamento Constitucional Provisorio del Pueblo de Chile dictado el año 1812 señalaba en su artículo XVIII que:

“Ninguno será penado sin proceso y sentencia conforme a la ley”³⁹.

A pesar de que no se establecía ninguna garantía procesal específica, se puede observar que a principios del siglo XIX ya se tenía la concepción de que debía existir un proceso y una sentencia legal, consagrando vagamente el principio de legalidad.

Más tarde, en 1818, se realizó la primera Constitución de Chile, donde no se hacían muchas referencias ni a un juicio justo ni a los elementos que debe tener el proceso. Las únicas menciones que se pueden encontrar serían en el Capítulo I, el derecho a ser oído⁴⁰ y la presunción de inocencia⁴¹, y en el Capítulo III el derecho al recurso en

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva 18/03 del 17-09-2003.

³⁹ Reglamento Constitucional Provisorio. https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion/c_1812.pdf

⁴⁰ **Art. 2:** Ninguno debe ser castigado o desterrado, sin que sea oído y legalmente convencido de algún delito contra el cuerpo social.

⁴¹ **Art. 3:** Todo hombre se reputa inocente, hasta que legalmente sea declarado culpado.

una serie de casos a través de la Cámara de Apelaciones⁴². Luego, en las Constituciones de 1822 y 1823 se empiezan a desarrollar conceptos como el de juez natural⁴³ y la existencia de un Tribunal Supremo⁴⁴, pero sin llegar todavía a un acabado listado de garantías procesales o a un concepto de debido proceso.

Así, a medida que fue consolidándose el Estado de Chile, se comenzaron a establecer mayores garantías procesales y se empezó a vislumbrar un mayor acercamiento con la idea de que tenía que existir un proceso justo. Es así como en la Constitución de 1828 se establece en el Capítulo III, denominado Derechos Individuales, el principio de que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales y que nadie puede ser detenido sin una orden de un juez⁴⁵. A lo anterior, la Constitución de 1833 agregó la idea de que nadie podía ser condenado, si no era juzgado legalmente, y en virtud de la ley que hubiera sido promulgada antes de los hechos⁴⁶. Para finalizar nuestra historia constitucional, la Constitución de 1925 no profundiza la necesidad de un debido proceso, sino que solamente repite las ideas anteriores relacionadas a la existencia de un juicio legal y un tribunal determinado.

A la luz de lo anterior, es necesario señalar qué ha ocurrido con nuestra Constitución actual. El concepto debido proceso no se encuentra expresamente señalado en la Constitución de la República de Chile, dictada el año 1980. Sin embargo, el legislador regula que el procedimiento debe cumplir con ciertas garantías en el artículo 19 N°3 de la Constitución. Este artículo señala las garantías principales del debido proceso, consagrando que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Además, se establece que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho,

⁴² https://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?idNorma=1005251&org=cch

⁴³ **Art. 199:** Todos serán juzgados en causas civiles y criminales por sus jueces naturales, y nunca por comisiones particulares.

⁴⁴ **Art. 160:** Habrá un Tribunal Supremo de Justicia, y de él dependerán la Cámara de Apelaciones, los Tribunales y empleados de justicia.

⁴⁵ **Artículo 13 y 15** Constitución de 1828.

⁴⁶ **Artículo 133:** Ninguno puede ser condenado, si no es juzgado legalmente, y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio.

consagrando la garantía de un tribunal imparcial. El mismo artículo señala también el derecho a defensa jurídica, la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos y el principio de inocencia.

Podemos observar de lo anterior, que recién en la Constitución de 1980 se desarrolla plenamente la idea de que debe existir un derecho al debido proceso, a pesar de que no se menciona este concepto de manera expresa, como reafirma Bordalí cuando señala que *“en Chile todas las personas que habitan el territorio nacional tienen reconocido un derecho fundamental a un debido proceso, pese a que no existe ninguna disposición constitucional que así lo exprese”*⁴⁷.

Lo anterior, ha sido reafirmado por el Tribunal Constitucional que el año 2006 sentenció que *“El derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la CPR asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores”*⁴⁸.

Considerando todo lo señalado, se puede concluir que el concepto de debido proceso no ha sido reconocido expresamente en ninguna de nuestras Constituciones a lo largo de la historia, pero que actualmente la doctrina y la jurisprudencia han afirmado que nuestra Constitución establece en su artículo 19 N° 3 una referencia directa a este concepto y a algunas de las garantías procesales que ésta considera.

1.4 REGULACIÓN NORMATIVA INTERNACIONAL.

⁴⁷ Bordalí, A. (2009). El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (XXXIII), pp.263-302.

⁴⁸ STC 478, C.14 del 08/08/2006.

Además de la normativa nacional anteriormente tratada, la normativa internacional es de suma relevancia para nuestro análisis, dado que como señala el artículo 5 inciso 2º de nuestra Constitución:

“Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Al observar la normativa internacional se puede visualizar que el concepto de debido proceso ha sido regulado en diferentes Tratados Internacionales y diversas Constituciones en el mundo, siendo uno de los pilares de la concepción del proceso actualmente. Ya en los juicios de Núremberg en el año 1940 se pudo apreciar, por primera vez, cómo en una instancia internacional se insistía por la necesidad de que las personas se vincularan a procesos justos y que dieran tratos dignos a todos los hombres⁴⁹. Más adelante, se celebraron diversos Tratados que garantizaban el derecho a un proceso justo.

Uno de los instrumentos internacionales de gran importancia es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. A pesar de que en este instrumento no se refirieron directamente a la palabra debido proceso, en su artículo 8vo se estableció que :

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

De la misma manera, su artículo 10mo establece los elementos de igualdad entre las partes y el derecho a un juez imparcial señalando que:

⁴⁹ Agudelo, M. (2004). *El debido proceso*. Revista Hispanoamericana de derecho. Perú, p. 91

“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Otro instrumento importante en la materia fue el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por Chile en 1972 y publicado en el año 1989. En su artículo 14 se estableció:

“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”.

Además de la consagración del principio de igualdad ante la ley y de la imparcialidad del tribunal que se pueden observar en el párrafo anterior, el mismo artículo en sus incisos siguientes consagra el principio de inocencia, garantías procesales, el derecho al recurso, el principio de cosa juzgada, entre otros. La suma de estos elementos constituye una clara muestra de que se está regulando el derecho a un debido proceso.

Por otro lado, a nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos celebrada el año 1969 y ratificada por Chile en el año 1990, estableció en su artículo 8º con el nombre de Garantías Judiciales los elementos del debido proceso. Al igual que los instrumentos anteriormente analizados, se estableció que:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Como se puede observar en todos los instrumentos analizados, a pesar de que estos no nombran directamente el debido proceso, en todos están establecidas las garantías mínimas para que las personas puedan ser sentenciadas luego de un proceso justo, imparcial, con la debida defensa y que se ajuste siempre al derecho, entre otros.

CAPÍTULO II: GENERALIDADES DE LA PRUEBA PERICIAL EN FAMILIA EN CHILE Y EL MUNDO.

1. CONCEPTO DE PRUEBA PERICIAL.

Como se ha observado en el capítulo anterior, la prueba es uno de los elementos esenciales de un proceso jurídico, dado que es el método que permite la búsqueda de la verdad acerca de los hechos, pero al mismo tiempo, es uno de los derechos fundamentales de las partes del proceso en tanto ayuda a estas a poder garantizar los diversos derechos que un debido proceso exige.

Dentro de los diversos medios de prueba que existen en los ordenamientos jurídicos, la prueba pericial ha sobresalido como método en el último tiempo en muchos países del mundo principalmente debido al avance que ha tenido la ciencia. Este tipo de prueba está directamente relacionada al conocimiento científico y técnico, dado que los peritos son “*personas que cuentan con una experticia especial en un área de conocimiento derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o del ejercicio de un determinado oficio*”⁵⁰.

Lo que se busca con la prueba pericial es que el perito, que es una persona externa al juicio, interprete los resultados de ciertos datos y los contraste con diferentes hipótesis defendiendo posteriormente esto en el juicio, dado que el juez carece de los conocimientos necesarios en esa materia como para poder analizarlos él mismo⁵¹. De lo anterior se deriva, que la interpretación hecha por un perito luego debe ser apreciada y valorada por el juez⁵².

En los diversos ordenamientos jurídicos del mundo, podemos señalar que existen principalmente tres tipos de peritos; los peritos judiciales, los peritos de parte y los peritos auxiliares de la administración. Además, algunos ordenamientos contemplan

⁵⁰ Duce, M. (2014). *La prueba pericial*. Argentina: Ediciones Didot, p. 29.

⁵¹ Gascón, M. (2013). *Prueba científica, un mapa de retos*. España: Universidad de Castilla, p. 188.

⁵² Al respecto, se han escrito numerosos artículos señalando cuál es el rol que debe tener el juez a la hora de apreciar la prueba pericial y los riesgos que este rol conlleva. Para más información consultar Marina Gascón, Michele Taruffo y otros.

los testigos expertos como medio de prueba, que son considerados por algunos autores como un método análogo al peritaje.

Los peritos judiciales son peritos que nombra el juez considerando una serie de requisitos formales que se necesitan para su nombramiento, como que cuente en una lista de peritos autorizados y cumpla con diversos requisitos que buscan acreditar su calidad⁵³.

Los peritos de parte son aquellos que designan las propias partes, siendo estas las que determinan su objeto y la oportunidad de su aportación⁵⁴.

Los peritos auxiliares de la administración son *“auxiliares de la función investigativa del ministerio público no son verdaderos peritos, sino que son miembros de los organismos técnicos que cooperan o ayudan a los fiscales en la averiguación de los delitos y la individualización de los delincuentes⁵⁵”*.

Por otro lado, los testigos expertos son *“una categoría regulada con poca claridad en las legislaciones procesal penales de la región y que suele confundirse con la noción de peritos... es un testigo que, sin ser ofrecido como perito, tiene sin embargo, un conocimiento de cierta especialización en una determinada materia que es relevante para un punto sobre el que prestará declaración⁵⁶”*.

2. REGULACIÓN GENERAL DE LA PRUEBA PERICIAL EN CHILE.

En Chile tenemos de los tres sistemas de peritaje mencionados anteriormente; en materia civil contamos con un sistema de peritos judiciales regulado por el Código de Procedimiento Civil, en materia de familia tenemos el perito de partes y judicial,

⁵³ Rodríguez, I. (2010). *Procedimiento civil: juicio ordinario de mayor cuantía*. Chile: Editorial Jurídica, p. 234.

⁵⁴ Abel, X & Picó, J. (2009). *La prueba pericial*. Barcelona: Bosch editor, pág. 30.

⁵⁵ Núñez, C. (2009). *Tratado del proceso penal y del juicio oral*. Chile: Editorial Jurídica de las Américas, p. 359.

⁵⁶ Duce, M. (2014). *La prueba pericial*. Argentina: Ediciones Didot, p. 31.

establecidos en la Ley de Tribunales de Familia, y en materia penal el Código Procesal Penal regula tanto los peritos de parte como los peritos auxiliares de la administración.

Los testigos expertos no tienen tanta cabida en nuestra legislación, pero se puede observar su existencia en nuestro sistema en el artículo 40 de la Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, donde se permiten los testigos expertos y se regulan.

3. REGULACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE FAMILIA EN CHILE.

Actualmente, la prueba pericial en materia de familia está regulada en la Ley 19.968 que creó los Tribunales de Familia el año 2004 y que ha sido modificada en varias oportunidades hasta la fecha.

El peritaje está regulado especialmente desde el artículo 45 al artículo 49 de esta Ley. En estos artículos se establece principalmente que se podrá ocupar la prueba pericial de partes para causas de familia, es decir, que las partes podrán presentar los informes elaborados por peritos y podrán solicitar que éstos sean citados a declarar a la audiencia de juicio. Se señala también que sólo se podrá utilizar el peritaje en los casos determinados por la ley, siempre que fueren necesarios conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio y acompañando antecedentes que acrediten la idoneidad profesional del perito.

Además, se establece la posibilidad de que el juez, a petición de parte o de oficio, pueda solicitar la elaboración de un informe de peritos a algún órgano público u organismo acreditado por el Servicio Nacional de Menores que reciba aportes del Estado y que desarrolle la línea de acción del artículo 4, N° 3.4 de la ley N°20.032, cuando lo estime indispensable para resolver el conflicto.

Por otro lado, el artículo 46 regula el contenido del informe pericial señalando que se contempla la posibilidad de que los peritos concurren a declarar ante el tribunal, a

petición de parte, y establece la obligación, sin importar si concurren o no a declarar, de entregar el informe pericial por escrito con por lo menos cinco días de anticipación a la audiencia de juicio. Además, se señala que será aplicable el artículo 315 del Código Procesal Penal que regula el contenido del informe pericial señalando que este debe contener un mínimo de datos. Según este artículo, los informes deben contener; la descripción de la persona o cosa que fuere objeto de él, del estado y modo en que se hallare; la relación circunstanciada de todas las operaciones practicadas y su resultado; y las conclusiones que, en vista de tales datos, formularen los peritos conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio.

El artículo 47 regula el control de admisibilidad que debe llevar a cabo el juez para asegurarse que los peritos otorgan suficiente garantía de seriedad y profesionalismo. También, señala que los honorarios derivados de la intervención del perito corresponden a las partes presentes. A pesar de que el artículo no lo señala expresamente, los honorarios de los peritos nombrados por el juez no son cubiertos por las partes, sino que por recursos públicos⁵⁷.

Por otra parte, los artículos 48 y 49 regulan que no cabe la inhabilitación de peritos, aunque pueden dirigirse contra estos preguntas durante la audiencia para determinar su objetividad e idoneidad. Así mismo, la ley regula la declaración de los peritos señalando que esta sigue las normas establecidas para la declaración de testigos, pudiendo ser apercibidos con arresto por falta de comparecencia⁵⁸.

Además de lo señalado, otra de las grandes modificaciones que hizo la Ley de Tribunales de familia fue que prescribió la “prueba pericial” como medio de prueba y no los informes periciales. Comprendida así la prueba, los informes periciales pasaban a segundo plano, siendo la parte fundamental de la prueba la declaración del perito en la audiencia. Sin embargo, esta idea inicial fue modificada con la reforma al artículo 46

⁵⁷ Fuentes, C. (2017). *La prueba pericial en los tribunales de familia de Santiago: un escenario sin control*. Recuperado el 17 de noviembre de 2018, de http://www.derecho.uach.cl/jornadasdederechoprobatorio/docs/_ponencias/Claudio_Fuentes.pdf

⁵⁸ Esto está señalado en el artículo 34 de la Ley que hace referencia al artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

que se hizo el año 2008 por la Ley 20.286 que permitió que el perito pueda no comparecer a la audiencia, siendo su comparecencia facultativa a si las partes lo solicitan⁵⁹. Por lo anterior, los únicos controles que plantea el sistema actualmente, dado que como vimos en el artículo 48 no existe la inhabilidad de los peritos, es la admisibilidad que hace el juez de la prueba pericial y las preguntas que se le pueden hacer en el juicio al perito.

También, cabe mencionar que el artículo 64 de la Ley regula la producción de la prueba durante la audiencia, señalando que el perito será identificado por el juez, se le tomará juramento o promesa de decir la verdad y luego deberá exponer el contenido y las conclusiones de su informe para pasar a ser interrogado por las partes. Se permite además que sea el mismo juez el que haga preguntas a los peritos para pedir aclaraciones o adiciones a su testimonio y se regula que el informe debe ser exhibido y leído en el debate.

Con respecto a la valoración de la prueba, el artículo 32 de la Ley establece que los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Señala también el artículo que los jueces no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados y que en la sentencia deberán hacerse cargo de fundamentar toda la prueba rendida. A modo de entender qué es lo que se entiende por sana crítica, Couture señala que son *"las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia"*⁶⁰.

Finalmente, en el caso de los peritos judiciales, estos están regulados también en la Resolución Exenta N° 8.083 del Servicio Médico Legal que establece los procedimientos básicos y la estructura que debe contener el informe pericial en la

⁵⁹ Horvitz, D. (2019). *Procedimientos de familia: Deficiencias en la prueba pericial*. Revista de Abogados, 76, pp. 10-14.

⁶⁰ Couture, E(1989). *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires; ediciones Depalma, p. 195.

"Guía Normativa Técnica pericial de salud mental en las áreas de Psiquiatría, Psicología y Trabajo social médico legal".

A partir de lo antes mencionado, es que se debe concluir que el análisis de este trabajo debe centrarse en dos ejes fundamentales; las consecuencias de un informe pericial hecho por un perito de confianza de las partes y las consecuencias de que el juez o una de las partes solicite un informe pericial a un órgano público.

4. SITUACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.

Una vez analizada la regulación del peritaje en materia de familia en Chile, es necesario entender cómo se trata el mismo tema en otros países del mundo antes de analizar cómo se da la práctica de este sistema en Chile. Esto, con el fin de vislumbrar las similitudes y diferencias que presenta nuestro sistema con otros modelos, para poder analizar si es que nuestro país podría adoptar alguno de ellos en el caso de que efectivamente se considerara que nuestro sistema de peritaje actual en materia de familia vulnera el debido proceso y la garantía al derecho a la prueba, entre otras.

En el mundo los casos de divorcio han aumentado exponencialmente y con ello se ha tenido que ir modificando la legislación que regula los problemas derivados de estos para poder adaptarse a las mejores soluciones en miras de que se proteja tanto el interés superior de los hijos como a las partes involucradas. Es por lo anterior, que en los diferentes países del mundo, sin importar el tipo de sistema jurídico que tengan, se ha tendido a dar un vuelco en la legislación sobre materias de familia para cumplir con la búsqueda de las soluciones señaladas.

4.1 REGULACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE FAMILIA EN ESPAÑA.

En el caso de España el sistema de peritajes general se encuentra regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con respecto al sistema de peritaje en materia de familias, este fue establecido en 1981, muchísimo tiempo antes a nuestra regulación⁶¹.

En materia de familias, se establece la posibilidad de que existan 3 tipos de peritajes; en primer lugar, existen los equipos técnicos, que están adscritos a cada juzgado y cuentan con la presencia de sicólogos y trabajadores sociales, en segundo lugar, en los lugares donde no hay tribunales de familia hay equipos colaboradores similares a los anteriores, y en tercer lugar, las partes pueden presentar informes de peritos sicólogos privados⁶². Se puede observar cómo en este ordenamiento cualquiera de los padres o el juez puede solicitar el llamado informe psicosocial, ya sea del equipo técnico o de un sicólogo particular.

Con respecto al informe pericial, el perito, ya sea un perito privado o el miembro de un equipo técnico, emite un dictamen pericial escrito siguiendo las reglas que señala la Ley de Enjuiciamiento civil. Este informe o dictamen puede ser incorporado en la demanda o contestación o como prueba durante el juicio⁶³.

En relación a la valoración de la prueba pericial, el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que el juez debe valorar los dictámenes periciales de acuerdo a la sana crítica. Esto permite que el juez no esté totalmente vinculado a los peritos, y que pueda tomar su propia decisión de acuerdo a sus propios criterios. Como se puede apreciar, el sistema, a grandes rasgos, es bastante similar a nuestra legislación.

Considerando las características antes mencionadas, el año 2015 tres profesores de la Universidad Ramón Llull y de la Universidad de Barcelona llevaron a cabo un estudio

⁶¹ En España el divorcio se aprobó el 7 de Julio de 1981, de esto se deriva que se haya regulado la prueba pericial en materia de familia con tanta anterioridad a nuestro sistema donde el divorcio se aprobó recién el año 2004.

⁶² Roda, D. *La prueba pericial en los procedimientos de familia: peritos testigos peritos. procedencia. práctica y valoración*. Recuperado el 4 de noviembre de 2019, de http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=207

⁶³ Idem.

que se dedicó a estudiar la estructura, metodología y contenido de los informes periciales en tribunales de familia en España. De las conclusiones que extrajeron en su estudio se logra vislumbrar que el sistema español, que tiene como base dos tipos de peritaje, de juez y de parte, al igual que el nuestro, a pesar de que tiene mucha más historia, no está exento de dificultades tampoco. Las conclusiones obtenidas por estos profesores demuestran que los problemas del sistema español se relacionan con la calidad de los expertos, siendo una de las principales falencias que 1/3 de los peritos no tenía grado forense y que los peritos privados hacían un estudio más acabado de los casos en comparación a los peritos del estado⁶⁴.

Una de las maneras que ha tenido España para controlar el nivel de los informes psicosociales y que merece ser mencionada por su importante aporte al mejoramiento del sistema, ha sido a través de guías prácticas para la elaboración de informes periciales. El año 2009 el Colegio de Psicólogos de Madrid escribió un texto donde regula tanto los principios que deben guiar el procedimiento como el procedimiento mismo⁶⁵.

Podemos concluir entonces, que la legislación española cuenta con un sistema pericial en sede familiar muy similar al nuestro, pero que tiene muchos años más y que ha logrado establecer un equipo técnico ocupado específicamente de los informes periciales en este ámbito. A pesar de lo anterior, este no está exento de problemas tampoco, puesto que también existe una diferenciación entre los dos tipos de informes periciales dependiendo del perito del que se trate, y todavía existen profesionales que no tienen un título forense. Es interesante analizar este tipo de ordenamiento por las soluciones creativas que ha tenido a estos dilemas, como por ejemplo la creación de la guía práctica mencionada.

⁶⁴ Rodríguez-Domínguez, C & Jarne Espacia, A & Carbonell, X. (2015). *Informe pericial psicológico en tribunales de familia: análisis de su estructura, metodología y contenido*. Escritos de Psicología. Recuperado el 17 de Noviembre del 2018, de <https://dx.doi.org/10.5231/psy.writ.2015.1203>

⁶⁵ Colegio oficial de Psicólogos de Madrid. (2009). *Guía de buenas prácticas para la elaboración de informes psicológicos periciales sobre custodia y régimen de visitas de menores*. Consultado el 19 de noviembre de 2018, de http://www.copmadrid.org/webcopm/recursos/guia_buenas_practicas_informes_custodia_y_regimen_visitas_julio_2009.pdf

4.2 REGULACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE FAMILIA EN ALEMANIA.

En Alemania los procedimientos familiares están regulados en 2 fuentes legales principalmente; en el Código de Procedimiento Civil (*The Code of Civil Procedure (ZPO)*)⁶⁶ y en la Ley relativa a procedimientos de familia y casos no contenciosos o voluntarios (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FAM FG)*).

En la primera legislación, Código de Procedimiento Civil, se regula la prueba pericial a nivel civil general. En los § artículos 402 en adelante se establece que los peritos serán designados por el tribunal, pero que este puede solicitar a las partes que designen personas adecuadas para ser tomadas como peritos o que las mismas partes pueden proponer de común acuerdo personas para que actúen como peritos. Se regula también que el tribunal debe dirigir la actividad del perito, que este puede ser recusado por las mismas causales que un juez, se señalan los distintos deberes que tienen los peritos y las reglas que regulan los dictámenes de estos, pudiendo solicitarse un nuevo dictamen si se considera que es insuficiente el entregado⁶⁷. Además, el artículo §414 señala que pueden existir testigos peritos.

Por otro lado, específicamente en materia de familia, se señala que cuando hay un menor involucrado las partes deben ir donde un trabajador social (Jugendamt) que es avisado por la Corte. Este debe realizar un reporte acerca de la situación en la que se encuentran las partes, debiendo señalar si es que considera que hay una solución posible para el conflicto, y si no, simplemente señalando la situación fáctica que observó al juez. El reporte se encuentra muy regulado por la legislación alemana, debiendo señalar expresamente dónde y cuándo se visitó a las partes y qué fue lo que

⁶⁶ Melon, C. (1959). *El Derecho de familia en Alemania*. Gobierno de España. Recuperado el 19 de noviembre de 2019, de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1959-10000300126

⁶⁷ Pérez, Á & Ortiz, JC. (2006). *Proceso en primera instancia*. En CÓDIGO PROCESAL CIVIL ALEMÁN(264-268). Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer.

se observó⁶⁸. Además, este informe, no tiene un carácter vinculante, pero como constató la abogada Isabel Winkels el año 2016, la información contenida en el informe es considerada por los jueces alemanes como fundamental a la hora de dictar sentencia⁶⁹.

Adicionalmente, el artículo §163 de la FAM FG regula que se puede presentar el informe de un perito experto, señalando que *“El informe debe ser presentado por un experto adecuado que debe tener al menos una calificación psicológica, psicoterapéutica, psiquiátrica infantil, psiquiátrica, médica, pedagógica o socio-pedagógica. Si el experto tiene una cualificación profesional pedagógica o socio-pedagógica, la adquisición de conocimientos diagnósticos y analíticos suficientes debe demostrarse mediante una cualificación adicional reconocida”*.

A partir de ambas regulaciones se puede señalar que en Alemania, en general, existe un sistema de peritaje civil que puede ser judicial, de partes o de testigos expertos, según las categorías ya analizadas. Además, en materia familiar, se consagra un sistema mixto como podemos observar en los artículos §162 y §163 del FAM FG; por un lado, existe un procedimiento que establece trabajadores sociales (Jugendamt) que deben estar presentes en el proceso, deben entrevistar a las familias, elaborar un informe y presentarlo, lo que es de gran importancia a la hora de resolver. Por otro lado, si el juez o las partes consideraran necesario que además de este informe se presente un informe pericial realizado por un perito experto, pueden presentarlo en las formas ya señaladas⁷⁰. Además, la regulación familiar alemana tiene una importante fijación en que si hay menores involucrados en los conflictos, estos deben seguir un procedimiento especial para asegurarse de que no se estén vulnerando sus derechos y los informes de los expertos deben tener una acreditación de calidad del experto.

⁶⁸ Anonimus. *German Family Law*. Recuperado el 19 de noviembre de 2018, de https://www.aph.gov.au/~media/wopapub/senate/committee/legcon_ctte/completed_inquiries/2002_04/legalaidjustice/submissions/sub85a_att4_doc.ashx

⁶⁹ Winkels, I (2016). *Así funcionan los juzgados de familia alemanes*. Recuperado el 19 de noviembre de 2018, de <https://confilegal.com/20160711-asi-funcionan-los-juzgados-familia-alemanes/>

⁷⁰ Anonimus. *German Family Law*. Recuperado el 19 de noviembre de 2018, de https://www.aph.gov.au/~media/wopapub/senate/committee/legcon_ctte/completed_inquiries/2002_04/legalaidjustice/submissions/sub85a_att4_doc.ashx

Por lo antes mencionado, es posible concluir que en Alemania es ampliamente reconocido el interés superior del niño y esto se refleja, por ejemplo, en el avanzado sistema de peritaje que han desarrollado. Esto ya ha sido señalado anteriormente por la doctrina comparada, así don José Manuel de Torres, profesor de la Universidad de Málaga, sostiene en su artículo “Tratamiento del interés del menor en el Derecho Alemán” que *“podemos afirmar al respecto que Alemania es el país más avanzado de nuestro entorno europeo en la regulación de la protección jurídica del menor. Efectivamente la doctrina alemana se ha centrado en el estudio del «interés del menor» desde los primeros años setenta resultando que lo que para ellos es un tema muy tratado, para nosotros supone una materia novedosa. Si a ello unimos la reciente reforma que paulatinamente se ha venido operando en el Derecho de familia alemán en los últimos años, podemos concluir que el análisis de los avances conseguidos en dicho Ordenamiento nos puede servir de gran ayuda⁷¹”*.

4.3 REGULACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE FAMILIA EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

Los Estados Unidos de América tiene un sistema legal muy diferente al establecido en Chile y en los países ya analizados; pertenece al derecho anglosajón o Common Law y el país se divide en diferentes estados. Lo anterior hace que sea difícil encontrar una regulación uniforme con respecto a la prueba pericial en todo el país, pero sí se pueden vislumbrar ciertos patrones comunes o generales. En principio, la regla general es que el peritaje sea aportado por las partes y que más que ser peritos expertos, se trataría de testigos expertos, llamados en los Estados Unidos de América expert witness, que son previamente calificados y deben seguir principios y métodos confiables⁷².

⁷¹ De Torres, JM. (2003). *Tratamiento del interés del menor en el derecho alemán*. Recuperado el 19 de noviembre de 2018, de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2006-20067500742_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Tratamiento_del_inter%E9s_del_menor_en_el_Derecho_alem%E1n

⁷² Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, p. 90.

A pesar de lo señalado, y que cada estado puede diferir en cómo regula el peritaje, la mayoría de los estados siguen las llamadas Reglas Generales de Evidencia (Federal Rules of Evidence) en cuya regla número 702 se regula específicamente el testimonio de los testigos expertos, estableciendo que estos pueden testificar siempre que su conocimiento ayude al evaluador a comprender la evidencia o determinar hechos, el testimonio se base en hechos o datos suficientes, el testimonio sea producto de principios y métodos confiables, y el experto haya aplicado de manera confiable los principios y métodos a los hechos del caso.

Además de lo establecido anteriormente, como el sistema estadounidense funciona con precedentes, el criterio utilizado para calificar como válido el testimonio de un testigo experto es el llamado criterio Daubert (que proviene del caso Daubert v. Dow Pharm)⁷³. Según este, sólo puede considerarse lo que señala un testigo experto si la opinión tiene una conexión científica válida con el caso investigado⁷⁴.

En el ámbito de familia también se utilizan los testigos expertos, siendo los más comunes los testigos expertos trabajadores sociales o psicólogos. En esta materia en específico se ha cuestionado si es admisible la aplicación del estándar Daubert, dado que podría significar un obstáculo para la presentación de testigos expertos en casos de familia, pero a pesar de la preocupación señalada, los tribunales han seguido admitiendo los testimonios de testigos expertos en estos casos⁷⁵.

Lo anterior se puede visualizar concretamente en casos de custodia familiar como Surman v. Surman⁷⁶ donde el Tribunal sostuvo que *“para que el testimonio de un experto sea admitido, el testigo debe de hecho ser considerado un experto. Además, debe haber evidencia que requiera el análisis de un experto y el conocimiento del*

⁷³ Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc., 509 US 579 (1993).

⁷⁴ Gomez, S. (2013). “Family Law Expert Witness and an Introduction to Family Law”. Recuperado el 17 de noviembre de 2018, de <https://www.theexpertinstitute.com/family-law-expert-witness-introduction-family-law/>

⁷⁵ Stephen, G. (2013). Family Law Expert Witness and an Introduction to Family Law. Recuperado el 18 de noviembre de 2019, de <https://www.theexpertinstitute.com/family-law-expert-witness-introduction-family-law/>

⁷⁶ Surman v. Surman , 277 Mich. App. 287, 745 NW2d 802 (2007)

*experto debe estar en un área particular de conocimiento o experiencia más allá de la de un laico*⁷⁷.

En otros casos como *Barth v. Barth*⁷⁸ es interesante que el Tribunal no admitió la declaración de un trabajador social que no había visto a los niños del caso. Acá se puede observar cómo se está resguardando realmente el interés superior del niño y se verifica que los testigos expertos tengan un real conocimiento tanto de la profesión como de los personajes involucrados.

Por lo analizado, cabe destacar que el sistema utilizado en los Estados Unidos de América tiene grandes ventajas porque hay mucho mayor control de la calidad del testigo experto. Sin embargo, tiene también graves deficiencias como que no todos los estados siguen esta tendencia y más grave aún, que se ha sobreutilizado el recurso del testigo experto incluso llegando a utilizar 4 informes de expertos en promedio por caso⁷⁹. Esto último nos trae de vuelta a las preguntas por la infalibilidad de la prueba pericial.

4.4 REGULACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE FAMILIA EN INGLATERRA.

En Inglaterra, al igual que en los Estados Unidos de América, lo que regula la ley son los testigos expertos (expert witness). Este medio de prueba ha tenido admisibilidad en el sistema Inglés desde 1782 donde en el emblemático caso *Folkes v. Chadd* se estableció que se podía escuchar la declaración de científicos expertos cuando “*una opinión experta es admisible para proporcionar al tribunal información científica que probablemente esté fuera de la experiencia de un juez o jurado*”⁸⁰.

⁷⁷ Gomez, S. (2013). *Family Law Expert Witness and an Introduction to Family Law*. Recuperado el 17 de noviembre de 2018, de <https://www.theexpertinstitute.com/family-law-expert-witness-introduction-family-law>

⁷⁸ *Barth v. Barth*, 2010-Ohio-425 (Ohio Ct. App. 4 de febrero de 2010).

⁷⁹ Sarah J. Brown, Leam A. Craig, Rebecca Crookes, Amy Summerfield, Natalie Elizabeth Corbett, Joanne Lackenby & Erica Bowen. (2015). *The use of experts in family law*. United States: Ministry of Justice Analytical Series.

⁸⁰ Milroy, C. (2017). *A Brief History of the Expert Witness*. Recuperado el 19 de noviembre de 2019, de <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6474433/#bibr20-2017.044>

La diferencia fundamental entre los testigos expertos en los Estados Unidos de América y en el Reino Unido radica en que en Inglaterra el año 1999 se limitó bastante al testigo experto, abandonando la práctica de que las partes nombren a los expertos, y estableciendo que deben ser autorizados por el tribunal y que este tiene facultades para limitar el número, la materia y la forma sobre la cual recae la prueba pericial⁸¹. Se puede observar cómo esta modificación introducida en la ley inglesa con las nuevas normas procesales civiles de 1999 (Civil procedure rules of 1999) cambió el sistema, pasando de un peritaje de partes a uno judicial⁸².

Por otro lado, como el derecho Inglés es consuetudinario, para encontrar dónde se regula específicamente el peritaje en materia de familias se debe observar las leyes dictadas por el parlamento y lo que señalan los tribunales superiores⁸³. Una de las leyes más relevantes para nuestro análisis es la Ley de los niños y las familias (Children and families act 2014). Esta regula los testigos expertos, señalando en su parte 2 sección 13 que para que un experto pueda participar en el procedimiento se debe pedir autorización al juez. Además de lo anterior, el experto debe ajustarse a una serie de normas y debe presentar un informe por escrito. Se puede observar cómo se consagra en materia de familia, al igual que en el procedimiento general, la práctica del testigo experto judicial y no de parte.

Adicionalmente a la ley señalada, debido a que el año 2011 la Revisión de Justicia Familiar (Family Justice Review) de Reino Unido llegó a preocupantes conclusiones acerca de la calidad de los expertos en los tribunales de familia, el año 2013 se publicó en Inglaterra el documento “Normas para testigos expertos en procedimientos sobre niños ante los tribunales de familia de Inglaterra y Gales” (Standards for expert witnesses in Children’s Proceedings in the family courts). En este documento se establecieron estándares mínimos que deben cumplir dichos expertos, sobretodo

⁸¹ Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, p. 93.

⁸² Picó, J. (2003). *La prueba pericial en el derecho civil español: Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: J.M. Bosch Editor.

⁸³ Stewart, J& Floyd E & Dziobon, R. (2019). *Family law in the UK (England and Wales)*. Recuperado el 20 de noviembre de [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-590-4465?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-590-4465?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1)

cuando se trata de casos relacionados con niños. Dentro de estos estándares se encuentran diversas áreas que incluyen, por ejemplo, el área de competencia del experto y su relevancia para el caso particular, mantener la experiencia a través del desarrollo profesional continuo del experto, llevar un registro legal o membresía de cuerpos profesionales apropiados, la necesidad de que los abogados y jueces proporcionen retroalimentación a los expertos, buenas prácticas y transparencia en relación con los honorarios en casos financiados con fondos públicos, entre otros⁸⁴.

Como se puede observar, Inglaterra al igual que los Estados Unidos de América utiliza un sistema de testigo experto y no de peritaje. A pesar de que en este país se han encontrado ciertas falencias al sistema, se puede concluir que es un sistema que funciona bastante bien dado que ha ido mejorando a través de la integración de normas de estándares que regulan la calidad de los expertos. Además, tiene una gran barrera de admisibilidad, dado que el juez debe aceptar expresamente al experto para que este pueda participar en el procedimiento.

⁸⁴ Courts and tribunals judiciary. (2013). *Standards for Expert Witnesses in the Family Courts in England and Wales*. Recuperado el 20 de noviembre de 2018, de <https://www.judiciary.uk/related-offices-and-bodies/advisory-bodies/fjc/reports-publications/fjc-publications/cp-standards-expert-witnesses-family-cts/>

CAPÍTULO III: SITUACIÓN ACTUAL EN LOS TRIBUNALES DE FAMILIA CON RESPECTO A LA PRUEBA PERICIAL.

Luego de analizar el marco normativo que regula el peritaje en materia de familia en Chile y de observar cómo se regula en el mundo, es necesario considerar qué es lo que ha ocurrido en la práctica jurídica durante estos años que ha estado en funcionamiento, porque, como señala la abogada especialista en Derecho de Familia Daniela Horvitz, “*este nuevo sistema presenta diversos problemas que en su mayor parte no se derivan de la regulación normativa, sino de la implementación de esta y de las materias que no quedaron específicamente reguladas*”⁸⁵.

Como se ha señalado a lo largo del capítulo segundo, luego de la creación de la Ley 19.968 se reguló que en materia de familia los informes periciales pueden tener dos fuentes; una primera opción es que provengan del análisis realizado por un perito de confianza de las partes, o una segunda opción es que el peritaje lo haga un organismo público o acreditado por el Servicio Nacional de Menores.

A la luz de la importancia de nuestro análisis, es fundamental distinguir, en primer lugar, cómo se han dado en la práctica ambos métodos de peritaje, para observar si se produce una diferenciación en el tratamiento dependiendo del tipo de peritaje, y en segundo lugar, qué es lo que ocurre efectivamente con los informes periciales y el peritaje en la práctica diaria de los tribunales de familia que nos permita dilucidar si se está afectando directamente el derecho a la prueba y el debido proceso.

Es menester señalar, que el tema anterior y el peritaje en materia de familia en general, ha sido muy poco desarrollado por la doctrina chilena, y solamente hay un par de documentos al respecto. Considerando principalmente el libro publicado en 2010 “*Funcionamiento de los Tribunales de Familia en Chile*”⁸⁶, una investigación realizada

⁸⁵ Horvitz, D. (2019). *Procedimientos de familia: Deficiencias en la prueba pericial*. Revista de Abogados, 76, p. 10.

⁸⁶ Marín, F & Ríos, E & Fuentes, C. (2010). *Funcionamiento de los Tribunales de familia en Santiago*. Chile: Ceja.

por Ciper Chile⁸⁷, la ponencia “*La prueba pericial en los tribunales de familia de Santiago: un escenario sin control*”⁸⁸, las entrevistas anónimas realizadas a peritos expertos y personas relacionadas con la materia⁸⁹ y la jurisprudencia que existe en materia de familia, podemos concluir que los principales problemas prácticos que ocurren hoy en día en materia pericial en familia se relacionan fundamentalmente con el poco control que existe a la calidad del perito y a su admisibilidad, la inasistencia del perito a la audiencia, la escasa uniformidad de los informes periciales y la manera en que valoran los informes periciales los jueces de familia.

1. PERITOS DE CONFIANZA DE LAS PARTES.

Como se ha mencionado anteriormente, los peritos de confianza de las partes son peritos que las partes eligen como quieran, sin tener que estar en ninguna lista de la Corte ni tener que contar con una autorización judicial para su presentación. Como también hemos analizado, el artículo 45 de la Ley 19.968 establece su procedencia en los casos de familia en Chile.

En el contexto de lo antes descrito, es importante saber si a más de quince años de su creación, el sistema de peritos de confianza ha significado un aporte positivo o negativo para las causas llevadas en sede familiar.

1.1 CONTROL DE ADMISIBILIDAD DEL PERITO.

En primer lugar, existe un problema con respecto al control de admisibilidad que se le realiza al perito aportado por las partes en las causas de familia. Este problema está directamente relacionado con la calidad del perito, dado que si no se le realiza un control de admisibilidad o este se realiza de manera deficiente, entonces no hay

⁸⁷ Jara, M & Albert, C. (2016). *Tribunales de Familia: las graves deficiencias del sistema de peritos*. Recuperado el 19 de noviembre de 2018, de <http://ciperchile.cl/2016/08/30/tribunales-de-familia-las-graves-deficiencias-del-sistema-de-peritos/>

⁸⁸ Fuentes, C. (2017). *La prueba pericial en los tribunales de familia de Santiago: un escenario sin control*. Ponencia para las I Jornadas Chilenas de Derecho Probatorio en Valdivia.

⁸⁹ Para el estudio se realizaron entrevistas a peritos expertos en la materia y personas relacionadas con el tema, pero para mantener el anonimato que solicitaron, sus opiniones fueron utilizadas como base de las problemáticas que analiza la investigación.

manera de asegurarse de que el experto tiene la profesión y las habilidades requeridas para poder desempeñar la importante labor que se le solicita.

Lo anterior se regula en los mencionados artículos 45 y 47 de la Ley de Tribunales de Familia. Si se hace un análisis exegético de estos artículos, podemos observar que; en el primero se establece que la parte que presenta al perito debe acompañar los antecedentes que acrediten la idoneidad profesional del perito y en el segundo se señala que el juez admitirá la prueba pericial cuando además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, se debe considerar que los peritos otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo. Por lo señalado, para que exista una real idoneidad del experto tendríamos que analizar dos cosas; primero, los antecedentes que deben ser solicitados para acreditar la idoneidad y segundo, las medidas que tomará el juez para saber si el profesional otorga las garantías suficientes de seriedad y profesionalismo.

Con respecto a los puntos señalados y llevados a la práctica jurídica, Ciper Chile demostró en su investigación que a pesar de que este control de admisibilidad es obligatorio y es una de las pocas formas que contempla el sistema para controlar que efectivamente los peritos que las partes presentan sean profesionales calificados, en la práctica son muchos los jueces que simplemente no hacen este control, provocando que la calidad del perito quede entregada al simple título profesional que este presenta como antecedente. Tal es la magnitud de lo anterior, que Ciper presentó casos de peritos psicólogos que tienen títulos emitidos en otros países y que no han sido convalidados en Chile o que falsificaron sus antecedentes para poder ser admitidos⁹⁰.

Evidenciando lo anterior, luego del descubrimiento de Ciper, una investigación periodística realizada por el diario El Minuto demostró que figuraban por lo menos tres

⁹⁰ Jara, M & Albert, C. (2016). *Tribunales de Familia: las graves deficiencias del sistema de peritos*. Recuperado el 19 de noviembre de 2018, de <http://ciperchile.cl/2016/08/30/tribunales-de-familia-las-graves-deficiencias-del-sistema-de-peritos/>

querellas por ejercicio ilegal de la profesión contra peritos psicólogos sólo en los juzgados sexto y séptimo de Santiago⁹¹.

Adicionalmente a lo señalado, en el estudio realizado por los abogados de la Universidad Diego Portales Claudio Fuentes, Felipe Marín y Erick Ríos con respecto al funcionamiento de los tribunales de familia, donde asistieron a 30 audiencias en los tribunales de familia de Santiago, establecieron como una de las preocupaciones de su investigación que en las múltiples audiencias observadas en casos de familias, no se dio realmente un debate sobre la idoneidad de los peritos, señalando expresamente que *“otro aspecto relevante es sobre la prueba pericial, en donde no existe debate sobre la idoneidad de los peritos. En ninguna de las audiencias observadas en donde se ofreció prueba pericial dicho punto fue tocado. Esta es una cuestión que debiera ser discutida en la audiencia preparatoria a nivel de admisibilidad”*⁹².

Esto es concordante con lo mencionado anteriormente en el estudio de Ciper Chile y con lo señalado por el abogado Claudio Valdivia a un reportaje de Canal 13 titulado *“Peritos judiciales sin regulación; niños en riesgo”*⁹³ donde este manifestó que no existe una calificación de las habilidades del perito.

Por otro lado, si observamos la jurisprudencia, las conclusiones afirmadas por Ciper y los académicos antes mencionados son concordantes, dado que al analizar, a modo de ejemplo, 6 causas sobre cuidado personal que se tramitaron entre los años 2005 y 2007 en diferentes Juzgados de Familias de Chile en casos donde se incorporaron como prueba informes periciales psicológicos de los miembros familiares, en ninguna se da cuenta de que efectivamente haya existido un debate sobre la idoneidad del

⁹¹ Diario El Minuto. (2018). *Tribunales de Familia y Fiscalía: Pericias, vulneración y corrupción*. Recuperado el 20 de noviembre de 2018, de <https://elminuto.cl/tribunales-de-familia-sistema-de-peritaje-corrupto/>

⁹² Marín, F & Ríos, E & Fuentes, C. (2010). *Funcionamiento de los Tribunales de familia en Santiago*. Chile: Ceja, p. 39.

⁹³ Canal 13 [T13]. (31 marzo 2019). #ReportajesT13: Peritos judiciales sin regulación: Niños en riesgo. [Video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=cmailLxkCTCM>

perito, lo que se agrava si consideramos que son causas que muchas veces contienen los informes de más de 3 peritos⁹⁴.

En otro orden de ideas, a raíz de lo señalado, existe un segundo problema relacionado con la calidad del perito. Además de que existan situaciones donde no se realiza un control de admisibilidad correcto, cabe preguntarse por cuáles son las consecuencias de que en los casos donde si se realiza este control, un perito no logre acreditar su calidad. Al respecto la Ley de Tribunales establece en su artículo 48 que no se puede inhabilitar a un perito, pero durante la audiencia se le pueden realizar preguntas para demostrar su idoneidad, como veremos en la siguiente sección.

Si un juez considera que un perito no cumple con los requisitos mínimos de admisibilidad, o que existen incoherencias entre su historial laboral y académica, debe dar aviso a la Corte de Apelaciones. El problema es que si la Corte considera que las acusaciones son verdaderas, no inhabilita al perito para seguir trabajando o le hace una amonestación solamente y lo tiene en cuenta para una posible próxima inscripción del perito en el registro. Por lo tanto, si el perito comete una falta grave, perfectamente puede volver a hacer informes periciales en un juicio posterior⁹⁵.

Siguiendo la idea anterior, la abogada Daniela Horvitz señala que *“cuando las partes y/o el juez logran ejercer adecuadamente ese control, y detectan falencias o negligencias graves en el desempeño del perito, escasamente ese actuar desprolijo o derechamente doloso es sancionado como debiese. Y si bien existen las normas generales de responsabilidad civil y penal frente a este tipo de conductas, habría sido deseable una norma expresa en la LTF y un mecanismo que no implique para la parte*

⁹⁴ Causa RIT C-92-2006 Juzgado de Familia de Melipilla, Causa RIT C-407-2006 Juzgado de Familia de San Miguel, Causa RIT P-12-2007 Juzgado de Familia de Peñaflo, Causa RIT C-339-2005 2º Juzgado de Familia de Santiago, Causa RIT C-1028-2006 Juzgado de Familia de Talagante y Causa RIT P-1221-2007 Juzgado de Familia de San Miguel. Todas disponibles en Muñoz, K. (2011). *Análisis Jurisprudencial en materia de Cuidado Personal y Relación Directa y Regular, Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales* de http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111568/de%20Mu%c3%b1oz_Karin.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁹⁵ Jara, M & Albert, C. (2016). *Tribunales de Familia: las graves deficiencias del sistema de peritos*. Recuperado el 19 de noviembre de 2018, de <http://ciperchile.cl/2016/08/30/tribunales-de-familia-las-graves-deficiencias-del-sistema-de-peritos/>

*afectada por el mal actuar del perito asumir además el costo de iniciar acciones judiciales, especialmente en materia civil*⁹⁶.

Por todo lo antes señalado, se puede concluir que los problemas que existen en la práctica con la admisibilidad del perito en materia de familia provocan que la calidad del perito sea incierta, lo que es perjudicial para el sistema si se considera la importancia probatoria que tendrá el sólo informe de ese experto. Esto atenta directamente contra el derecho a la prueba, dado que como hemos analizado en el capítulo primero, el derecho a la prueba es amplio y comprende además de la presentación de diversos tipos de prueba, que la prueba presentada sirva para esclarecer la verdad acerca de los hechos, lo que no se estaría logrando a través de prueba presentada por un supuesto experto que no lo es. Además, se estaría vulnerando el principio de igualdad de las partes, dado que si una parte presentara un peritaje hecho por un perito real y otra por un perito sin conocimientos reales, el sistema sería incapaz de diferenciar ambos informes y se estaría perjudicando la igualdad de trato.

1.2 ASISTENCIA DEL PERITO A LA AUDIENCIA.

Otro gran problema que se presenta en la práctica en los tribunales de familia, que hemos introducido anteriormente, es que los peritos no siempre asisten a las audiencias. Esto se produce dado que la normativa analizada establece que no es obligatorio que el perito concurra a la audiencia de juicio, pudiendo ausentarse de esta si es que las dos partes están de acuerdo. Así lo señala expresamente el artículo 49 de la Ley, estableciendo que excepcionalmente, el juez podrá, con acuerdo de las partes, eximir al perito de la obligación de concurrir a prestar declaración, admitiendo en dicho caso el informe pericial como prueba.

Lo anterior no sería extremadamente problemático si es que efectivamente en la práctica se diera como una excepción, pero como lo han demostrado tanto los estudios

⁹⁶ Horvitz, D. (2019). *Procedimientos de familia: Deficiencias en la prueba pericial*. Revista de Abogados, 76, p.13.

señalados como la jurisprudencia que se analizará más adelante, esto ocurre en la mayoría de los casos observados, pudiendo señalarse que, en principio, se trataría de una práctica común en nuestros tribunales de familia.

Si se confirma entonces que la práctica es que el perito no asista a la audiencia, que como hemos señalado, es el momento donde se le pueden hacer preguntas al experto para dejar en evidencia su falta de profesionalismo, y además le sumamos a esto el primer problema acerca de que el juez no hace el control de admisibilidad que debería realizar, no tenemos ninguna forma de desacreditar el simple informe que acompañó el perito.

En concordancia con lo indicado, el abogado director de INJUV señaló al reportaje de canal 13 mencionado anteriormente, que en su experiencia, *“en el sistema procesal penal..., el peritaje siempre es al perito exponiendo en el tribunal, en cambio en familia el peritaje muchas veces es simplemente el papelito (haciendo referencia al informe) que se presenta, y al papelito no se le pueden realizar preguntas”*⁹⁷. Esto es reafirmado por el abogado Claudio Fuentes, académico de la Universidad Diego Portales y especialista en el tema, quien señaló al mismo medio que el principal problema radica en que a pesar de lo que dice la ley, los peritos no van a los juicios. A lo anterior, agregó que *“cuando no concurren a declarar es muy difícil fiscalizar si la pericia es confiable o no, es muy difícil saber, por ejemplo, información específica que el informe no diga”*⁹⁸.

Lo señalado se puede corroborar de manera jurisprudencial en diferentes causas. A modo de ejemplo, en la causa RIT N° C-92-2006 del Juzgado de familia de Melipilla con respecto al cuidado personal de un menor, se solicitó un informe pericial a un perito psicólogo y se señaló en la causa que “se incorporó el informe a la audiencia mediante

⁹⁷ Canal 13 [T13]. (31 marzo 2019). #ReportajesT13: Peritos judiciales sin regulación: Niños en riesgo. [Video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=cmailXkCTCM>

⁹⁸ Ídem.

su lectura”⁹⁹, de lo que podemos desprender que no se encontraba presente este, sino que sólo se utilizó el informe realizado por él. La misma situación la podemos encontrar en la causa RIT C-2806-2007 del Segundo Juzgado de familia de Santiago donde se incorporó “con lectura resumida”¹⁰⁰ el informe de la psicóloga clínica del padre del menor. De las causas señaladas, podemos desprender que si los peritos no asisten a la audiencia, sus informes cobran plena validez sin que se haya hecho un análisis del experto que los realizó, lo que es un gran riesgo para la veracidad de la prueba y el debido proceso en general.

La importancia de la asistencia del perito a la audiencia, la resume muy bien el secretario de la Corte Suprema don Jorge Sáez cuando señala que “*yo necesito que el perito de la cara ante el juez en la audiencia oral donde tenga la posibilidad de hacerle esas preguntas para que el juez perciba o que el peritaje está muy bien elaborado o que el peritaje es inidóneo para resolver la disputa*”¹⁰¹. Es por esto, que, como hemos observado en la práctica, si no se está cumpliendo realmente con la asistencia del perito, estamos frente a un importante problema al tratar de verificar la calidad del informe.

El problema señalado se intensifica si comparamos lo que ocurre en la práctica entre los peritos de confianza y los peritos judiciales. Una investigación realizada por la comisión de familia del Colegio de Abogados de Chile, liderada por el profesor Enrique Barros, concluyó que “*existe un criterio general en orden a eximir a los peritos de instituciones públicas de comparecer a la audiencia de juicio*”¹⁰². Esta exclusión es

⁹⁹ Causa RIT n° C-92-2006 del 04/05/2016. Disponible en Muñoz, K. (2011). *Análisis Jurisprudencial en materia de Cuidado Personal y Relación Directa y Regular, Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales* de

http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111568/de%20Mu%c3%b1oz_Karin.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹⁰⁰ Causa RIT C-2806-2007 del 09/05/2008. Disponible en Muñoz, K. (2011). *Análisis Jurisprudencial en materia de Cuidado Personal y Relación Directa y Regular, Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales* de http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111568/de%20Mu%c3%b1oz_Karin.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹⁰¹ Canal 13 [T13]. (31 marzo 2019). #ReportajesT13: Peritos judiciales sin regulación: Niños en riesgo. [Video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=cmailxkCTCM>

¹⁰² Comisión familia: Colegio de abogados de Chile. *Informe de la comisión de familia del colegio de abogados sobre la tramitación ante los juzgados de familia y posibles soluciones*. Recuperado el 20 de noviembre de 2018, de <https://colegioabogados.cl/familia/>

más frecuente en los peritos de instituciones públicas y no en el peritaje privado, dado que como este último lo financia la parte, esta puede pagarle más para que concurra a la audiencia, lo que provoca una gran brecha entre la calidad de ambos tipos de peritaje.

Lo anterior, es reafirmado por una de nuestras entrevistadas, una madre que interpuso una demanda por relación directa y regular en un Tribunal de Familia y recurrió al peritaje de confianza, y señaló “*que en cada nueva instancia del juicio se le hacía más caro seguir pagándole al perito para que concurriera al tribunal*”¹⁰³.

Jurisprudencialmente se puede observar este problema, por ejemplo, al comparar dos causas de la misma materia donde en una los peritos sean privados y en otra públicos. En la Causa RIT C-2928-2007 del Primer Juzgado de Familia de Santiago, con respecto al cuidado personal de los hijos, la parte demandada para comprobar el estado mental de la madre presentó 3 informes periciales privados donde los 3 psiquiatras fueron a declarar a la audiencia acerca del contenido de sus informes¹⁰⁴. Por otro lado, en la causa RIT C-1028-2006 del Juzgado de Familia de Talagante, también en un caso de cuidados personales, el tribunal solicitó pericias psicológicas al Dam El Quijote de Talagante y al COSAM de Talagante, quienes realizaron 5 informes hechos por diferentes profesionales con respecto al menor, al padre, a la madre y al hermano. De los 5 informes señalados, sólo en 3 casos concurrió el perito correspondiente a explicarlos al juicio, no concurriendo en las otras 2 situaciones¹⁰⁵.

Otro caso significativo para retratar lo anterior es la causa rol 3616-2014 donde se interpuso un Recurso de Protección en la Corte de Apelaciones de Concepción en contra de una jueza de familia por haber considerado la prueba pericial sin citar al

¹⁰³ Por expresa petición de la entrevistada, se mantendrá su identidad en el anonimato.

¹⁰⁴ Causa RIT C-2928-2007 del 17/09/2008. Disponible en Muñoz, K. (2011). Análisis Jurisprudencial en materia de Cuidado Personal y Relación Directa y Regular, Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111568/de-%20Mu%c3%b1oz_Karin.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹⁰⁵ Causa RIT C-1028-2006 del 28/04/2008. Disponible en Muñoz, K. (2011). Análisis Jurisprudencial en materia de Cuidado Personal y Relación Directa y Regular, Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111568/de-%20Mu%c3%b1oz_Karin.pdf?sequence=1&isAllowed=y

perito a la audiencia judicial. El recurso señalaba que “el juez ha vulnerado las normas del debido proceso al aceptar como pericia en un juicio oral de familia un informe escrito de especialistas y no el peritaje de forma verbal conforme lo ordena el artículo 49 de la ley de familia, al negarse a citar a estrado a los peritos DAM”¹⁰⁶.

Todo lo señalado es reafirmado por la Dirección de estudios de la Corte Suprema que el año 2017 realizó un estudio acerca del peritaje en Chile y concluyó que *“por su parte, en materia de familia, también se releva la necesidad de que se introduzcan cambios normativos que permitan exigir, especialmente a los peritos institucionales, la comparecencia en juicio”*¹⁰⁷.

Lo anterior nos demuestra que existe un problema grave con respecto a la ausencia del perito en la audiencia de juicio y peor aún, que este problema se puede ver incrementado en los casos donde el peritaje proviene de un organismo público. El primer problema, se relaciona directamente con la imposibilidad de probar la calidad del perito, lo que terminará influyendo en el derecho a la prueba y la búsqueda de la verdad del proceso. El segundo problema, se relaciona con la igualdad de las partes en el juicio, dado que si efectivamente se comprueba que las partes que contratan peritos privados tendrán una mayor defensa producto de que estos concurrirán al juicio, lo que no ocurre siempre con los peritos públicos, estaríamos frente a una gran desigualdad del proceso.

Para concluir, lo expresado en el párrafo anterior con respecto a la inasistencia de los peritos a la audiencia, la imposibilidad de comprobar su calidad en esta y cómo esto afecta el derecho a defensa, está muy bien analizado por el estudio mencionado llevado a cabo por los profesores Fuentes, Marín y Ríos quienes señalan que *“por lo general, la prueba rendida en juicio tiende a ser “unilateral”. Con ello queremos aludir a aquella prueba no pasa por el “test de calidad” que implica la confrontación dentro del juicio. La contradictoriedad constituye una especie de “cedazo” por medio del cual*

¹⁰⁶ Causa ROL 3616/2014 del 24/11/2014.

¹⁰⁷ Dirección de Estudios Corte Suprema. (2017). *Peritajes en Chile*. Chile, p.45.

la información que es aportada por una de las partes unilateralmente, es depurada en el contraexamen desarrollado por la otra. Así, las partes podrán ejercer su derecho a defensa en esta faceta del juicio y a la vez los jueces confiar en que todas aquellas que “resistieron” razonablemente dicho “test”, es decir, el contraexamen, constituyen información de buena calidad en la cual pueden confiar para fundar sus decisiones”¹⁰⁸.

Por lo tanto, sin la asistencia del perito a la audiencia queda claramente demostrado que no se está permitiendo a las partes ejercer su derecho a defensa de la manera correcta y por lo tanto se está vulnerando el debido proceso.

1.3 INFORMES PERICIALES.

En otro orden de ideas, además de los problemas relacionados con la persona misma del perito que hemos analizado anteriormente, existe un importante problema con el informe pericial mismo, tanto con los medios que se utilizan para elaborarlos como con los informes mismos.

Como se ha señalado en el capítulo anterior, el artículo 46 de la Ley regula el contenido de los informes periciales. En este se establece que los informes deben ser entregados por escrito con cinco días de anticipación a la audiencia de juicio, a lo menos. La misma ley agrega que los informes deberán emitirse con objetividad, atendiéndose a los principios de la ciencia, arte u oficio que profesare el perito. Además, se establece que les será aplicable a los informes periciales lo dispuesto en el artículo 315 del Código Procesal Penal. Como vimos en el capítulo segundo, este artículo establece que los informes deben contener; la descripción de la persona o cosa que fuere objeto de él, del estado y modo en que se hallare; la relación circunstanciada de todas las operaciones practicadas y su resultado; y las conclusiones que, en vista de tales datos, formularen los peritos conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio.

¹⁰⁸ Marín, F & Ríos, E & Fuentes, C. (2010). *Funcionamiento de los Tribunales de familia en Santiago*. Chile: Ceja, pp. 40-41.

Considerando la regulación recién mencionada, es necesario preguntarnos si es que es suficiente esta regulación para asegurarse que el informe será hecho de la manera adecuada y que será eficiente para la causa y para las partes.

Un primer problema que podemos encontrar con respecto al informe pericial, es que dado que la regulación es tan amplia, existen muchas formas de hacerlo, que terminan dependiendo de la metodología usada por cada perito. Así lo concluyó una magistrada de tribunales de familia que señaló al estudio realizado por la Corte Suprema que *“los informes psicológicos tienen al parecer un problema de base en cuanto a la metodología que cada perito utiliza. Entonces, si uno ve, algunos ocupan metodología tanto: ‘no, es que yo voy a ocupar la metodología tanto, y los test fueron tales, me resultó esto’. Y el otro peritaje dice ‘bueno, pero es que no deberían haber utilizado esto porque no corresponde, deberían haber utilizado test proyectivos y no sé qué, y la conclusión es Z’.”*¹⁰⁹.

La idea anterior es reafirmada por la psicóloga María Isabel Salinas en una entrevista llamada *“Pericia Psicológica en los juicios de familia”* que con respecto a la pregunta acerca de si existe un consenso entre los profesionales respecto a la elección de la prueba a aplicar, señala que en estas materias no hay un consenso debido a que hay diferencias fundamentales entre los objetivos que persigue la Psicología forense y la Psicología clínica¹¹⁰. Así mismo lo manifestaron dos peritos psicólogas pertenecientes a Peritajes Psicológicos Chile, que al ser consultadas para este estudio, señalaron que para hacer el informe el modelo que suelen seguir *“en Peritajes, nos basamos en una pauta a seguir y en el desarrollo de Familia por ejemplo, nuestra base es un Enfoque Sistémico y dependiendo del caso, el marco teórico a seguir”*.

El principal problema de lo señalado es que no existirá un informe uniforme, sino que cada perito podrá hacerlo de la forma y con la metodología que estime conveniente, lo que puede llegar a ser problemático para el juez a la hora de valorar la prueba, dado

¹⁰⁹ Dirección de Estudios Corte Suprema. (2017). *Peritajes en Chile*. Chile, p. 29.

¹¹⁰ Salinas, M. (2017). Entrevista Pericia Psicológica en los juicios de familia. *Boletín Actualidad Familiar*, (5), pp. 7-10.

que si existen dos informes sobre lo mismo pero con metodologías y resultados diferentes, este tendrá que privilegiar alguno de los dos para poder dictar sentencia.

Un segundo problema que se presenta a la hora de realizar los informes es que se ha demostrado que al efectuar las entrevistas con las familias, que son fundamentales en el proceso dado que estas son la base del informe, los peritos suelen no grabar, no llevan registros, no entrevistan personalmente a todas las partes y en muchos casos hasta terminan sus informes sugiriéndole al juez qué medida es la que debe adoptar¹¹¹.

Así lo señala Verónica Gómez, psicóloga con magíster en Intervención Psicojurídica y Forense de la Universidad Diego Portales, quien señaló a CIPER que *“cada vez son más los informes en los que no se siguen los procedimientos mínimos para hacer una pericia: se ha tomado como práctica no grabar o no tener registro alguno de las entrevistas. Sin ese material es difícil analizar con profundidad a la persona, mucho menos dar un resultado pericial de personalidad o habilidades parentales. Además, algunos informes vienen con resultados de pruebas proyectivas, que ayudan al momento de evaluar indicios, pero que no son objetivas. Por eso es necesario establecer una metodología y procedimiento estandarizado en el sistema”*¹¹².

Con respecto a lo señalado acerca de que los peritos se auto atribuyen la facultad de recomendar a los jueces sobre qué deben hacer, el juez de familia Pedro Maldonado señala que es *“uno de los errores más comunes de los peritos es adentrarse en ámbitos que no les corresponde. Por ejemplo, cuando un perito sugiere al final de su informe que el juez debe acoger la demanda de cuidado personal. Eso, metodológica y teóricamente es incorrecto, porque el perito tiene que dar datos concretos que el juez interpreta”*¹¹³.

¹¹¹ Jara, M & Albert, C. (2016). *Tribunales de Familia: las graves deficiencias del sistema de peritos*. Recuperado el 19 de noviembre de 2018, de <http://ciperchile.cl/2016/08/30/tribunales-de-familia-las-graves-deficiencias-del-sistema-de-peritos/>

¹¹² Jara, M & Albert, C. (2016). *Tribunales de Familia: las graves deficiencias del sistema de peritos*. Recuperado el 19 de noviembre de 2018, de <http://ciperchile.cl/2016/08/30/tribunales-de-familia-las-graves-deficiencias-del-sistema-de-peritos/>

¹¹³ Jara, M & Albert, C. (2016). *Tribunales de Familia: las graves deficiencias del sistema de peritos*. Recuperado el 19 de noviembre de 2018, de <http://ciperchile.cl/2016/08/30/tribunales-de-familia-las-graves-deficiencias-del-sistema-de-peritos/>

Considerando que las decisiones en materia de familia tienen una relevancia importantísima, pudiendo incluso separar a un padre de su hijo, es inaceptable que los peritos no deban seguir un mínimo de requisitos formales que permitan corroborar la calidad y veracidad de sus informes. Este problema se ve reflejado en un artículo que publicó la Agrupación por los derechos de los hijos (ADERHI Chile) donde señalan que se han presentado numerosas acusaciones contra estos dado que “*Tales informes carecen de rigurosidad clínica en el diagnóstico de posibles patologías o traumas concluyentes para la toma de razón de los jueces de Familia*”¹¹⁴.

En tercer lugar, además de existir problemas con la metodología utilizada y con el proceso para llevar a cabo el informe, los informes periciales mismos presentan una serie de falencias. Así lo describe Mauricio Pavez Diez, perito psicólogo externo del Ministerio Público, Defensoría Penal y Corte de Apelaciones a una entrevista del diario El Mercurio donde señala que dentro de los principales problemas que se ven en la práctica forense los más comunes son: que exista una discrepancia entre los resultados del informe psicológico pericial y las conclusiones que se derivan del mismo, que los informes no respondan a la consulta del abogado o juez, o bien, respondan otras materias no encargadas y que existan en las pericias afirmaciones subjetivas o generalizaciones arbitrarias (carentes de asidero)¹¹⁵.

Todo lo señalado, nos permite concluir que existe un serio problema con respecto a los informes periciales dado que la regulación de la Ley 19.968 no es suficiente y no logra que los informes sean estandarizados, lo que finalmente produce que quede en manos de cada perito el procedimiento o la metodología que va a utilizar para realizar el informe.

¹¹⁴ ADERHI Chile. (2016). *Tribunales de familia: sistema de peritaje en la mira*. Recuperado el 20 de Noviembre de 2018, de <https://aderhi.cl/uncategorized/tribunales-de-familia-sistema-de-peritaje-en-la-mira/>

¹¹⁵ Pavez, M. (02/09/2015). Principales vicios metodológicos y argumentativos que se aprecian en las pericias psicológicas en el ámbito de derecho de familia. *El Mercurio*.

Lo anterior vulnera el derecho a la prueba, a la igualdad de las partes, e incluso el derecho a la imparcialidad del juez en su sentido objetivo, dado que no estaríamos frente a un verdadero derecho a probar si es que las condiciones para rendir la prueba no están bien especificadas y producen finalmente que ciertos informes vayan a tener ventaja sobre otros iguales dependiendo del método que utilizó el perito y que este sea de los que el juez considere más objetivos.

1.4 VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL.

Luego del análisis anterior, hecho tanto a la persona del perito como a los informes que este realiza, queda un problema a tratar que va mucho más allá de los problemas con el medio de prueba mismo, y dice relación con la valoración de la prueba pericial que realiza el juez para poder dictar sentencia.

Como hemos observado en la descripción realizada, existen importantes falencias con respecto a los peritos y sus informes. Por lo tanto, sería esperable que los jueces al momento de valorar esta prueba fueran cuidadosos y se preocuparan por evitar que la prueba pericial sea tan influyente en sus razonamientos si no se sabe con certeza su veracidad.

Sin embargo, a pesar de todos los dilemas antes descritos, los jueces en materia de familia suelen valorar con preferencia los informes de peritos sobre otros medios de prueba, siendo la palabra de los peritos un medio fundamental para la adopción de la decisión final. Así lo señaló el ya mencionado juez Maldonado a CIPER explicando que *“en los juicios actualmente, en todo ámbito, la opinión de los peritos es vital para poder resolver, porque hay cuestiones que sólo pueden ser explicadas por expertos. Lo que falta es una mayor formación en el análisis pericial forense: formación académica para los peritos y para los abogados para cuestionar esos informes”*¹¹⁶.

¹¹⁶ Jara, M & Albert, C. (2016). *Tribunales de Familia: las graves deficiencias del sistema de peritos*. Recuperado el 19 de noviembre de 2018, de <http://ciperchile.cl/2016/08/30/tribunales-de-familia-las-graves-deficiencias-del-sistema-de-peritos/>

Lo mencionado se puede observar también en el informe de la Corte Suprema sobre el peritaje cuando concluyen que *“No obstante las deficiencias en las calidades de las pericias, la preparación de los peritos e incluso la propia formación de abogados y magistrados para valorar la prueba pericial, se destaca la influencia que tiene el informe pericial al momento de determinar los hechos de una causa; jueces y abogados indican, mayoritariamente, que a nivel global los informes son relevantes o muy relevantes (85% y 87%, respectivamente)... Así, mientras en familia y penal los abogados consideran en un 89% y un 92% respectivamente que los informes son relevantes o muy relevantes, en materia civil y laboral y previsional, las cifras bordean el 80%”*¹¹⁷.

Jurisprudencialmente lo señalado se puede observar en la causa RIT C-231-2015 del Juzgado de Familia de Castro donde en la primera instancia el juez decide otorgarle el cuidado personal de un menor al padre argumentando que la madre tendría un trastorno depresivo moderado que la haría carecer de una salud óptima para ejercer el cuidado personal del menor¹¹⁸, pero la Corte Suprema vuelve a valorar el informe pericial y señala que *“Sin embargo, el testimonio más completo acompañado en autos, “Informe Social”, firmado por doña Raquel Alderete Barría, concluye en relación con las competencias parentales, que la demandada “se encuentra en un nivel de parentalidad positiva óptima”. Fluye que no hay cuestionamiento a las habilidades de la madre para el cuidado del niño y, además, éstas se encuentran acreditadas por el Informe referido y así lo afirma la propia sentencia”*¹¹⁹. El caso anterior nos permite visualizar, a modo de ejemplo, cómo la Corte Suprema le atribuye gran importancia al informe pericial, utilizando este como fundamento para confirmar la habilidad parental de la madre y revocar la sentencia apelada.

Además de que, como hemos visto, los jueces le atribuyen un importante valor a la prueba pericial, el informe de la Corte Suprema también señala un segundo problema al respecto relacionado directamente con la igualdad de las personas ante la ley. En

¹¹⁷ Dirección de Estudios Corte Suprema. (2017). *Peritajes en Chile*. Chile, p. 35.

¹¹⁸ Causa RIT C-231-2015 del 08/10/2015.

¹¹⁹ Causa n° 17563/2016 del 28/06/2016.

este se sostiene que “*de un modo casi irreflexivo ciertos jueces delegarían parte importante de la decisión jurisdiccional en las conclusiones del informe pericial, que como se ha sostenido, en una proporción relevante de casos, especialmente si se trata de un perito de parte, sólo implicaría sustentar la posición jurídica de quien los presenta. Estas consideraciones otorgarían una gran ventaja a aquella parte que tiene los recursos suficientes para rendir esta clase de prueba, en desmedro de quien no los tiene*”¹²⁰. Lo señalado está en directa relación con lo que veremos en la sección siguiente acerca del tratamiento que se le da a los peritos judiciales.

La situación señalada, que se relaciona con el tema mucho más profundo acerca de la sobre valoración epistémica de la prueba pericial¹²¹, puede llegar a ser muy problemática, dado que se le está atribuyendo la mayor parte del resultado de un conflicto a la decisión de un supuesto experto que en muchos casos ni siquiera tiene un verdadero título profesional o que ni siquiera fue capaz de explicar sus conclusiones en la audiencia de juicio. Por lo anterior, existe al momento de valorar la prueba una vulneración del debido proceso, dado que se está traspasando la decisión a un tercero parcial, el perito, y no se está respetando la existencia de un juez imparcial que decida, lo que a su vez afecta directamente el derecho a la igualdad de las partes.

1.5 CONCLUSIONES GENERALES.

Como se puede observar de lo antes descrito y a la luz de las investigaciones al respecto que existen hasta hoy en día, que es una realidad innegable que en la práctica diaria de los tribunales de familia el sistema de peritaje de confianza presenta problemas. Este tipo de peritaje, que en la práctica ha sido entregado a grandes organizaciones privadas, funciona en la mayoría de los casos de una manera cuestionable, lo que, como hemos visto, se debe principalmente a dos razones.

Una primera razón se relaciona con los casos que nos demuestran que no se está cumpliendo con la regulación existente, como sería el caso que analizamos acerca de

¹²⁰ Dirección de Estudios Corte Suprema. (2017). *Peritajes en Chile*. Chile, p. 43.

¹²¹ Al respecto, se puede leer sobre el tema en las publicaciones de las autoras Marina Gascón Abellán y Carmen Vázquez.

los jueces que no realizan el control de admisibilidad del perito de la manera correcta. En este caso, además de la crítica que se puede hacer a que la regulación es insuficiente, el problema principal es que los jueces no realizan el control necesario para comprobar la idoneidad del perito. La segunda razón, que hemos analizado en mayor medida, se relaciona con una falta de regulación de ciertas materias, que termina permitiendo que, en la práctica, no existan sanciones a los peritos falsos o cuyo actuar haya sido negligente, que los informes periciales no tengan ninguna uniformidad o que los peritos no sean obligados a asistir a las audiencias.

Para finalizar, podemos concluir que todo lo señalado, da cuenta de que en el ejercicio diario de los tribunales de familia con respecto al peritaje, se están presentando reiterados problemas que terminan por vulnerar totalmente el derecho de las personas a tener un derecho a defensa real y la igualdad de las partes para presentar pruebas, pasando a llevar con esto el debido proceso.

2. PERITAJE HECHO POR ORGANISMOS PÚBLICOS O ACREDITADOS POR EL SERVICIO NACIONAL DE MENORES.

Una vez que ya hemos analizado el peritaje de partes y sus implicancias, es necesario referirnos a la segunda manera que contempla la ley para obtener un peritaje en materia de familia, que es a través de organismos públicos o acreditados por el Servicio Nacional de Menores.

En la mayoría de los casos llevados en los tribunales de familia, este es el método al que tienen que recurrir las personas que no tienen el dinero suficiente para concurrir a los peritajes privados analizados en el apartado anterior o se utiliza también cuando el juez solicita un peritaje de oficio. Estos peritos, a diferencia de los de confianza, sí deben estar en una lista que lleva la Corte de Apelaciones y son financiados por el Estado. Lo anterior no quiere decir que este tipo de peritaje no se vea afectado por los problemas mencionados, dado que como hemos señalado, existen múltiples casos donde los problemas ya estudiados en la sección anterior se veían incrementados en

caso de que el perito fuera judicial. Sin embargo, además de esas falencias, podemos sumarles otros problemas que analizaremos a continuación.

Cabe mencionar antes de continuar, que como se señaló en el capítulo segundo, este tipo de pericia además de estar contenido en la Ley 19.968, está regulado también en la Resolución Exenta N° 8.083 del Servicio Médico Legal que establece los procedimientos básicos y la estructura que debe contener el informe pericial. Además, se señala que el estándar a seguir es el que instruye tanto el Código de Ética del Colegio de Psicólogos de Chile como el Código de Ética de la Asociación Americana de Psicología (APA).

2.1 CALIDAD DEL PERITO.

En primer lugar, y al igual que como veíamos en el análisis del peritaje de parte, existe un problema con la calidad de los peritos. Este problema se produce por dos razones; en primer lugar, porque a pesar de que los peritos judiciales deben estar en la lista de la Corte de Apelaciones, esto no asegura que sean peritos idóneos para el trabajo, y en segundo lugar, porque como ya hemos analizado, los peritos no siempre concurren a la audiencia de juicio, tendencia que como vimos en la sección anterior, se ve incrementada en los casos de los peritos judiciales.

Con respecto a la primera razón señalada, el estudio realizado por la Corte Suprema acerca del peritaje, al que nos hemos referido anteriormente, señaló en sus conclusiones que *“...los requisitos de ingreso para ser perito son básicos, demasiado básicos, y las partes creen que solamente por estar inscritos en el registro de peritaje de la Corte de Apelaciones son válidos como peritos para venir a exponer a los tribunales de familia”*¹²².

Lo concluido es reafirmado por el académico de la Universidad Católica Claudio Valdivia, quien señaló al reportaje de Canal 13 que con respecto a los peritos judiciales

¹²² Dirección de Estudios Corte Suprema. (2017). *Peritajes en Chile*. Chile, p.24.

de familia “*lo que hace la Corte de Apelaciones es inscribir los peritos, no hay una calificación profunda respecto de sus méritos profesionales*”¹²³. Lo mismo agregó al mismo medio el secretario de la Corte Suprema quien manifestó que lo que se puede certificar por la Corte de Apelaciones con respecto a los peritos es que “*tienen la competencia profesional mínima y, segundo, que carece de inhabilidades legales, pero eso es lo único que se certifica*”¹²⁴.

Por lo señalado, podemos observar cómo el hecho de que un perito esté en la lista que realiza la Corte de Apelaciones no asegura que este sea un buen profesional y tenga la calidad deseada, dado que sólo nos permite saber que tiene una profesión y no está inhabilitado legalmente. Es por lo tanto preocupante que en la investigación realizada por el profesor Fuentes “*los entrevistados aludieron a que era recomendable seleccionar a los peritos del listado de la Corte, que a muchos de los jueces y juezas estos peritos les parecían más confiables*”¹²⁵.

Lo anterior es incluso más problemático si es que consideramos que en su investigación CIPER demostró que incluso es posible que personas que no tienen un título real estén en la lista de la Corte. Como se establece en la investigación realizada “*la falta de exigencia de formaciones específicas para realizar pericias judiciales ha permitido que personas sin la calificación adecuada trabajen incluso como peritos de la Corte. Sólo se les pide el título de sicólogo y no hay un chequeo de que el resto de sus antecedentes sea verídico*”¹²⁶.

Lo planteado constituye un grave problema dado que hay que considerar que muchas de las personas que concurren a los tribunales de familia no cuentan con los medios

¹²³ Canal 13 [T13]. (31 marzo 2019). #ReportajesT13: Peritos judiciales sin regulación: Niños en riesgo. [Video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=cmailLxkCTCM>

¹²⁴ Ídem.

¹²⁵ Fuentes, C. (2017). *La prueba pericial en los tribunales de familia de Santiago: un escenario sin control*. Recuperado el 17 de noviembre de 2018, de http://www.derecho.uach.cl/jornadasdederechoprobatorio/docs/ponencias/Claudio_Fuentes.pdf

¹²⁶ Jara, M & Albert, C. (2016). *Tribunales de Familia: las graves deficiencias del sistema de peritos*. Recuperado el 19 de noviembre de 2018, de <http://ciperchile.cl/2016/08/30/tribunales-de-familia-las-graves-deficiencias-del-sistema-de-peritos/>

para recurrir a otro tipo de peritaje, y por lo tanto, están obligadas a confiar en estos profesionales decisiones tan importantes que pueden incluso separar familias.

Con respecto a la segunda razón señalada, y agregando todo lo mencionado en el apartado anterior tanto por el profesor Barros como por la jurisprudencia analizada, existe un problema con respecto a que los peritos judiciales suelen no asistir a las audiencias.

Podemos observar con mayor detención este problema en el informe elaborado por el profesor Claudio Fuentes donde a partir de la entrevista a varios abogados que trabajan en el sistema de familias concluía que en los sectores abc1 de la sociedad, por regla general, el perito asistía a la audiencia, mientras que en casos de personas de clase media-baja los peritos solían no asistir a las audiencias¹²⁷.

Lo mismo señala la abogada Daniela Horvitz en una entrevista con respecto al peritaje en materia familia donde expresaba que *“en la práctica, resulta que cuando se trata de pericias “públicas” se asume que los peritos no comparecerán a declarar al juicio, lo que evidentemente implica la ya señalada distorsión de la prueba pericial, pero además una discriminación entre aquellos que están en condiciones de pagar pericias privadas respecto de aquellos que deben contar con organismos públicos”*¹²⁸.

Lo anterior se puede visualizar, a modo de ejemplo, jurisprudencialmente en la causa RIT P-1221-2007 del Primer Juzgado de Familia de San Miguel donde en un caso de cuidado personal de menores la parte denunciante presentó 5 pericias psicológicas y sociales realizadas por el programa DAM de la Cisterna tanto a los menores como a

¹²⁷ Fuentes, C. (2017). *La prueba pericial en los tribunales de familia de Santiago: un escenario sin control*. Recuperado el 17 de noviembre de 2018, de http://www.derecho.uach.cl/jornadasdederechoprobatorio/docs/ponencias/Claudio_Fuentes.pdf

Disponible en:

http://www.derecho.uach.cl/jornadasdederechoprobatorio/docs/ponencias/Claudio_Fuentes.pdf

¹²⁸ Horvitz, D. (2019). *Procedimientos de familia: Deficiencias en la prueba pericial*. Revista de Abogados, 76, p.10-14.

sus padres, las cuales fueron incorporadas sin estar presente los profesionales que hicieron los informes¹²⁹.

De lo señalado, podemos observar, cómo existe un serio problema en la práctica jurídica de los tribunales de familia que permite que los peritos, en general, no concurren a las audiencias, y que es una práctica más grave y frecuente en el caso de los peritos judiciales. Lo mencionado, termina traducándose en una desigualdad tremenda entre las partes si es que estas pueden o no pagar un peritaje privado, lo que atenta directamente el derecho a la igualdad de las partes y al debido proceso.

Por todo lo analizado, se puede argumentar entonces que los casos de personas que no tienen medios para pagar un informe pericial privado, estarán sometidos a profesionales que no han sido verificados profesionalmente y que además, suelen no ser citados a juicio para que sean interrogados, dejando en evidencia la clara discriminación a la que los somete el sistema y reafirmando la existencia de una brecha pericial, mencionada en el apartado anterior.

Finalmente, lo señalado es aún más preocupante si consideramos que el estudio de la Corte Suprema comprobó la baja calidad de los peritos de familia afirmando que *“al distinguir por materia de desempeño, tanto para jueces como para abogados, se tiene a nivel global que los peritos de familia son aquellos con la peor evaluación, con un promedio de 4,5”*¹³⁰.

2.2 VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL.

En segundo lugar, existe un problema con la valoración de la prueba pericial, que ya analizamos en el apartado anterior, pero que a grandes rasgos se relacionaba

¹²⁹ RIT P-1221-2007 del 15/05/2008. Disponible en Muñoz, K. (2011). Análisis Jurisprudencial en materia de Cuidado Personal y Relación Directa y Regular, Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111568/de-%20Mu%c3%b1oz_Karin.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹³⁰ Dirección de Estudios Corte Suprema. (2017). *Peritajes en Chile*. Chile, p. 28.

directamente con que los jueces de familia a la hora de valorar la prueba utilizan fundamentalmente los informes periciales para razonar y luego fallar.

Sin embargo, el problema acerca de la importancia que le dan los tribunales de familia al informe pericial a la hora de la valoración de la prueba, que observamos en las palabras del Juez Maldonado y el estudio de la Corte Suprema, se ve intensificado cuando el informe pericial proviene de algún organismo público, como veremos a continuación.

Como lo señalaban los profesores de la Universidad Diego Portales, Claudio Fuentes y Felipe Marín Verdugo, y el abogado Erick Ríos, el año 2010 en su investigación sobre el funcionamiento de los tribunales de familia *“si se trata de un profesional que trabaja en algún centro estatal, municipal o en alguna fundación o corporación, ello es suficiente para acreditar su pericia, la que ni siquiera se discute ni es posible inquirir acerca de la misma o de las credenciales del perito”*¹³¹. Lo anterior nos permite observar nuevamente el problema acerca de la infalibilidad de la prueba pericial, lo que es más problemático en los casos donde existen supuestos expertos que no lo son realmente y que su opinión será la más considerada por los jueces a la hora de fallar.

Esto también se vislumbra en el estudio realizado por el profesor Fuentes el año 2017, donde concluye que *“en este sentido, en materias como el cuidado personal, la adopción, las visitas, existen opiniones muy encontradas en cuanto a los testigos y otros medios de prueba, por lo que cual el juez o jueza tiene una gran necesidad de contar con prueba “imparcial”, lo que esta abogada llama “terceros neutrales”. Entre estos se encuentran los peritos, pero al parecer solo aquellos que le dan ciertas garantías al tribunal, aquellos que trabajan en estas instituciones públicas, lo que los llevaría a preferirlos respecto de los particulares”*¹³².

¹³¹ Marín, F & Ríos, E & Fuentes, C. (2010). *Funcionamiento de los Tribunales de familia en Santiago*. Chile: Ceja, p. 421.

¹³² Fuentes, C. (2017). *La prueba pericial en los tribunales de familia de Santiago: un escenario sin control*. Recuperado el 17 de noviembre de 2018, de http://www.derecho.uach.cl/jornadasdederechoprobatorio/docs/_ponencias/Claudio_Fuentes.pdf

Jurisprudencialmente esto se puede observar en la causa Rol N°1969-2007 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la cual se falla de acuerdo al juzgado de primera instancia sosteniendo *“Que el razonamiento 11 de la sentencia recoge lo informado por los peritos designados por el tribunal, Médico Psiquiatra y Psicóloga, respectivamente, que aparte de ratificar sus informes concluyen que la madre del menor presenta Trastorno Grave de Personalidad Límite y Antisocial que la inhabilita permanentemente para el cuidado personal de su hijo, lo que unido a su trastorno bipolar, llegan a recomendar que el niño sea apartado de su madre. Todo lo cual es ponderado por la Juez a quo para resolver en la forma que lo hace”*¹³³. Con este simple ejemplo se puede observar cómo la opinión de los peritos judiciales es fundamental para los jueces y para las decisiones que estos toman.

Lo señalado se puede desprender también de la causa Rol N°4508-15 de la Corte Suprema donde esta señala que *“El demandante y la abuela materna cuentan con habilidades parentales para ejercer el cuidado personal de la infante. Sin embargo, en el caso del progenitor, nunca lo ha ejercido, y en su informe pericial psicológico se dejó constancia que presenta conductas manipulativas derivadas de rasgos impulsivos e histriónicos para satisfacer sus necesidades por sobre las de su hija, además, de presentar consumo esporádico de drogas; por otra parte, dichos informes señalaron que la abuela es la figura de apego principal para la niña”*¹³⁴. En este caso la Corte le entrega el cuidado personal a la abuela de la menor considerando principalmente las conclusiones a las que llegan los informes periciales.

Lo mismo ocurre en la causa Rol N ° 70610-2016 donde la Corte Suprema consideró *“Que, en ese contexto, resulta relevante las conclusiones referidas por los peritajes psicológico y social de las profesionales doña L.T.M. y doña C.M.S., que permiten acreditar, de conformidad con las reglas de la sana crítica, la existencia de vinculación afectiva entre el niño y su madre, así como la existencia actual de un entorno adecuado*

¹³³ Causa ROL 1969-2007 del 03/03/2008.

¹³⁴ Causa ROL n°4508-15 del 23/04/2015.

que favorece su desarrollo, garantizando su bienestar emocional, no figurando el actor con un rol significativo en la vida del niño. Que, asimismo, y tomando en consideración los informes periciales evacuados, se deriva a doña M.B.G. a una terapia psicológica y psiquiátrica individual, destinada a trabajar competencia en habilidades parentales”¹³⁵. Estos tres casos analizados nos permiten observar el importante papel que pueden llegar a cumplir los informes periciales para los jueces a la hora de dictar sentencia.

Por lo señalado, se puede concluir, que además de que los jueces tienen cierta predisposición a considerar lo que se establece en los informes periciales y sus resultados para valorar la prueba, en los casos de los peritos judiciales, los jueces suelen creer que estos expertos tienen una especie de objetividad más alta que los informes de los peritos privados y los suelen valorar como si fueran totalmente objetivos, cuando ha quedado demostrado que no necesariamente se cumple con esto. Así lo afirma la abogada Daniela Horvitz cuando dice que *“Asimismo, en parte de los tribunales parece estar asentada la idea de que estos organismos (públicos) estarían revestidos a priori de seriedad u objetividad, cuando en la práctica ha quedado ampliamente acreditado que en muchas ocasiones carecen incluso de las competencias profesionales que se requieren para pronunciarse respecto a una determinada materia”¹³⁶.*

Lo anterior, permite señalar que en el ejercicio diario de los tribunales de familia los jueces suelen atribuirle un mayor valor a los informes periciales que provienen de organismos públicos, a pesar de que no se cite a la audiencia al perito, debido a que se posee una confianza casi ciega en este tipo de profesionales. Esto, sumado a lo que analizamos anteriormente con respecto a los peritos privados que dicen básicamente lo que la parte que les paga les solicita que digan, nos permite concluir que se produce un problema de desigualdad entre las partes en la práctica.

¹³⁵ Causa ROL n°70610-2016 del 18/04/2017.

¹³⁶ Horvitz, D. (2019). *Procedimientos de familia: Deficiencias en la prueba pericial*. Revista de Abogados, 76, pp. 10-14.

Por lo mencionado, se ve vulnerado el principio de igualdad ante la ley y el derecho a defensa, dado que si en un juicio tenemos a dos partes, una que presenta un informe pericial privado y otra que presenta un informe pericial público, la tendencia que han observado los estudios analizados será que el juez le atribuya mayor valor al informe pericial realizado por un organismo público por su objetividad. Sin embargo, si se le llegara a atribuir mayor valor al informe pericial privado, entonces estaríamos nuevamente en la presencia de otro problema, dado que como los profesionales no siempre son idóneos y suelen dejarse llevar por lo que les solicita la parte, no tenemos cómo comprobar que el experto no fue influenciado. El ejemplo anterior nos permite vislumbrar cómo el sistema presenta un problema importante que afecta los derechos y principios básicos del debido proceso.

2.3 CONCLUSIONES GENERALES.

Por todo lo señalado en este apartado, se puede concluir que el peritaje judicial en la práctica diaria de los tribunales de familia, al igual que el peritaje de confianza ya analizado, presenta graves falencias que afectan directamente su funcionamiento y los derechos de las partes involucradas.

Las falencias analizadas, van en la misma línea de lo antes señalado con respecto a los peritos de confianza; por un lado se ven importantes problemas a la hora de determinar la calidad del perito, sin importar que en estos casos exista una lista de peritos hecha por la Corte de Apelaciones, y por otro lado, existe un importante problema con respecto a la valoración que hacen los jueces de estos informes.

Es por lo anterior, que podemos observar que el peritaje de organismos autorizados o estatales también presenta graves problemas prácticos e incluso puede llegar a ser considerado más peligroso que el peritaje de confianza, dado que se está jugando con los intereses de personas que no tienen más opciones de obtener un informe pericial, y que se ha demostrado que en la práctica el juez confía ciegamente en las conclusiones de estos organismos.

CAPÍTULO IV: RELACIÓN ENTRE EL PERITAJE DE FAMILIA Y EL DEBIDO PROCESO, PROPUESTAS PARA LA MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA.

1. RELACIÓN ENTRE LA SITUACIÓN DESCRITA Y EL DEBIDO PROCESO.

Como se describió en el capítulo primero, el debido proceso contempla una serie de elementos que buscan asegurar la existencia de un proceso justo, racional y legal¹³⁷. A lo largo de este estudio, se analizó la situación específica del peritaje en materia de familia, de manera crítica, buscando responder la pregunta planteada inicialmente acerca de si este medio de prueba cumple con los estándares mínimos del debido proceso, o si en la práctica, se están infringiendo dichas garantías.

Para poder concluir este análisis y responder lo señalado, debemos necesariamente remitirnos al capítulo III donde se analizó el funcionamiento en la práctica diaria de los tribunales de familia. Es a la luz de lo señalado, que podemos concluir justificadamente, que las prácticas descritas vulneran el debido proceso y ponen en riesgo al sistema en general, dado que no se respetan garantías básicas que deben contener todo proceso para que sea considerado justo.

Dentro de los elementos que componen el debido proceso, los que se ven más afectados, según se pudo observar anteriormente, son principalmente, el Derecho a la imparcialidad del juez, el Derecho a la defensa, el Derecho a la prueba y el Derecho a la igualdad, a los que se hará referencia someramente y en modo de conclusión.

1.1 AFECTACIÓN AL DERECHO A LA IMPARCIALIDAD.

Como se señaló en el primer capítulo, el derecho a la imparcialidad se relaciona con las relaciones que puede llegar a tener el juez con las partes de la causa o con el objeto del litigio¹³⁸. Dentro de esta imparcialidad, se señaló que la doctrina moderna

¹³⁷ Bordalí, A. (2004). El Recurso de protección como proceso de urgencia. *Revista Chilena de Derecho*, (31 n°2), pp.269-288.

¹³⁸ Bordalí, A. (2009). El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (XXXIII), pp.263-302.

diferenciaba entre la imparcialidad subjetiva y objetiva, siendo la imparcialidad objetiva la que interesaría para este análisis.

De las prácticas analizadas a lo largo del capítulo III, se pueden observar principalmente dos situaciones en los tribunales de familia donde se vulnera el derecho a la imparcialidad, a lo menos, de manera indirecta.

En primer lugar, con respecto a los informes periciales se señaló que estos no tienen un modelo uniforme y que queda finalmente en manos de cada perito la decisión acerca de la forma como lo realizará¹³⁹. Esta costumbre, atenta contra la imparcialidad de los jueces, dado que se ha demostrado anteriormente, que en la práctica, los jueces tienen una concepción de estos informes, dándole preferencia a ciertos informes por sobre otros, sin ninguna justificación más que el modelo que ha usado el perito, lo que significaría que el juez ya tiene una postura decidida desde antes del juicio.

En segundo lugar, y más problemático aún, es lo que se ha concluido respecto a la valoración de la prueba que suelen realizar los jueces¹⁴⁰. En este sentido, se vulnera el derecho a la imparcialidad, en dos situaciones; primero, cuando se sostiene que los jueces suelen preferir la prueba pericial por sobre otra prueba, y en segundo lugar, la preferencia, que se ha demostrado anteriormente, suelen tener los jueces por los informes periciales que provienen de organismos públicos. En ambos casos, se vulnera el derecho a un juez totalmente imparcial, dado que desde antes de que exista el juicio, el juez ya tiene una clara preferencia por un medio de prueba sobre otro, y sabe de manera preconstituída que los dichos de ciertos peritos le parecen de mayor veracidad que otros, sin tener ninguna justificación objetiva.

Por lo señalado, se puede concluir que el derecho a un juez imparcial se ve dificultado por la práctica diaria de los tribunales, afectando el debido proceso al no cumplirse con una de las garantías básicas de este.

¹³⁹ Ver Capítulo III, 1.3 Informe Pericial, página 52.

¹⁴⁰ Ver Capítulo III, 1.4 Valoración de la prueba pericial, página 56.

1.2 AFECTACIÓN AL DERECHO A LA DEFENSA.

El derecho a la defensa, como se ha sostenido en el capítulo I, no se refiere solamente a la presencia de un letrado que pueda defender a cada una de las partes, sino que en su sentido amplio, se entiende que conlleva todo lo necesario para que las partes puedan hacer valer sus pretensiones¹⁴¹.

Entendido así el derecho a defensa, este se ve afectado en los procedimientos de familia en múltiples oportunidades, vulnerando el debido proceso. Estas oportunidades, analizadas en el capítulo III, se producen especialmente con la inasistencia del perito a la audiencia y al momento de la valoración de la prueba pericial.

La inasistencia del perito a la audiencia, que como se concluyó en este estudio suele ser una práctica recurrente en los tribunales de familia¹⁴², vulnera el derecho a la defensa, dado que sin la interrogación del perito en la audiencia, la prueba presentada por una de las partes no está siendo contra examinada, ni se está revisando la idoneidad del profesional, lo que impide que la contraparte pueda hacer valer su derecho a defensa de la forma correcta. Esta vulneración, también afecta directamente el principio de bilateralidad de la audiencia.

Por otro lado, al momento de valorar la prueba pericial, se constató a lo largo de este estudio que los jueces suelen atribuir mayor valor a los informes periciales aportados por organismos públicos, dado que se tienden a considerar más objetivos¹⁴³. Esta práctica, vulnera el derecho a la defensa en su sentido amplio, dado que no se está permitiendo a la otra parte, que puede no tener un informe pericial realizado por un organismo público, defenderse realmente o con igualdad de condiciones.

¹⁴¹ BERNAL PULIDO, C. (2007). *El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia, p. 368

¹⁴² Ver capítulo III, 1.2 Asistencia del perito a la audiencia, Página. 51

¹⁴³ Ver Capítulo III, 1.4 Valoración de la prueba pericial, página 56.

Para concluir, esta afectación señalada al derecho a defensa permite que no se pueda afirmar que se está cumpliendo con el debido proceso, dado que como señala Montero con respecto al derecho a defensa, “...*De que este se materialice o no, depende, que podemos afirmar la existencia de un debido proceso...*”¹⁴⁴.

1.3 AFECTACIÓN AL DERECHO A LA PRUEBA.

Este elemento del debido proceso, que cómo se ha señalado anteriormente tiene una íntima relación con el derecho a defensa recién analizado, se refiere a la idea de que las partes no sólo tienen que poder aportar su propia prueba, sino que deben poder conocer la prueba en su contra, solicitar prueba y contradecir prueba¹⁴⁵.

A lo largo de este análisis, se ha comprobado en múltiples oportunidades cómo el derecho a la prueba se pasa a llevar en la cotidianidad de los tribunales de familia.

En primer lugar, con respecto al control de admisibilidad del perito, se comprobó que en muchas oportunidades no se realiza dicho control¹⁴⁶, lo que atenta contra la calidad e idoneidad de los profesionales que realizan los informes. Esto vulnera el derecho a la prueba, dado que en su sentido más amplio, el derecho a la prueba se relaciona con la idea de lograr encontrar la verdad sobre los hechos formulados, y dicha verdad no se podrá lograr si los medios probatorios no son los idóneos, en este caso por carecer el perito del conocimiento mínimo exigible.

En segundo lugar, con respecto a los informes periciales, también se estaría vulnerando el derecho a la prueba, dado que como las condiciones para realizar el informe pericial no están especificadas, y finalmente cada perito puede escribir el informe según la metodología y los criterios que desee¹⁴⁷, los requisitos mínimos de la

¹⁴⁴ Montero, D. *Derecho de defensa en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 20 de octubre de 2019 de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32676.pdf>.

¹⁴⁵ Cappelletti, M. (1947). “*Las garantías constitucionales de las partes en el proceso civil italiano*”. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, p. 558

¹⁴⁶ Ver Capítulo III, 1.1 Control de Admisibilidad del perito, página 43.

¹⁴⁷ Ver Capítulo III, 1.3 Informe Pericial, página 52.

prueba terminan siendo vagos y comprometen el derecho a la prueba, dado que si el juez preferirá ciertos informes por sobre otros sólo por la razón señalada, el derecho a poder probar no está siendo efectivo para ambas partes, que en muchos casos no serán ni siquiera considerados sus informes.

Lo anterior, permite concluir, que el derecho a la prueba debe ser entendido de manera mucho más amplia que sólo presentar prueba, y que es en este sentido que se vulnera a diario con la prueba pericial en materia de familia. Si en la presentación de la prueba no se respetan los criterios que establece el legislador para asegurar la calidad del perito, o si los jueces prefieren ciertos tipos de informes por sobre otros sin ninguna razón lógica, se está de todos modos vulnerando el derecho de las partes a probar, dado que la prueba pericial podría llegar a no tener la calidad mínima que se requeriría para ser considerada prueba, o en el caso de los informes, podría llegar a no ser considerada por puras preconcepciones de los jueces.

1.4 AFECTACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD.

El derecho a la igualdad, que en el capítulo I se señalaba que está contenido expresamente en nuestra Constitución Política, comprende no sólo que las partes tengan igualdad de condiciones durante todo el juicio, sino que esa igualdad debe ser efectiva, se debe dar en la práctica¹⁴⁸. Es en este campo donde fallan los tribunales de familia.

Esta desigualdad que se produce en los tribunales de familia, se puede observar primeramente, con lo que se ha constatado que ocurre con el control de admisibilidad de los peritos¹⁴⁹. Si los jueces suelen no realizar este control, que es la vía que se tiene para demostrar la idoneidad profesional del perito, entonces la calidad del perito no está asegurada. Esto atenta directamente contra la igualdad efectiva de las partes en el proceso, dado que una de las partes podría estar presentando un perito que no tiene

¹⁴⁸ Couture, E(1989). *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires; ediciones Depalma, p. 65.

¹⁴⁹ Ver capítulo III, 1.1 Control de Admisibilidad del perito, página 43.

las condiciones mínimas para el cargo, y el sistema sería incapaz de valorar su falta de experiencia, tratando a un perito competente y a uno totalmente incompetente de la misma manera.

Sumado a lo anterior, se comprobó a lo largo de este estudio que los peritos suelen no asistir a las audiencias¹⁵⁰, lo que es más problemático si agregamos lo señalado anteriormente, dado que no sólo no se les realiza un control de admisibilidad sino que tampoco se puede demostrar su calidad profesional en las mismas audiencias, porque no concurren. Este problema contribuye a aumentar la desigualdad de las partes en la práctica, dado que estadísticamente se señaló que los peritos privados suelen tener mayor asistencia a las audiencias que los peritos públicos¹⁵¹, lo que provoca que la parte que tiene una posición económica mayor podrá contratar su propio perito y tendrá una defensa más completa que la parte que sólo puede tener un perito judicial. Esto atenta directamente con la idea de igualdad de las partes.

Por otro lado, con respecto a lo señalado en los párrafos anteriores respecto a los informes periciales y la valoración de estos que hacen los jueces, también es aplicable esa crítica al plano del derecho a la igualdad. La igualdad de las partes se ve vulnerada si los jueces prefieren algunos informes sobre otros sin ninguna razón, si van a atribuir mayor valor al informe pericial por sobre otro medio de prueba, o si prefieren el informe de ciertos peritos de organismos públicos por sobre otros por sólo creer que son más objetivos. Lo anterior produce, finalmente, que la parte que no presente un buen informe o que no tenga prueba pericial, se verá en desventaja con respecto a la otra parte, constituyendo una clara muestra de la desigualdad del sistema.

1.5 SÍNTESIS.

Por todas las razones antes establecidas, se puede señalar que a la luz de este estudio, las garantías del debido proceso, que se anhelaban asegurar con la reforma

¹⁵⁰ Ver capítulo III, 1.2 Asistencia del perito a la audiencia, página. 51.

¹⁵¹ Ver capítulo III, 1.2 Asistencia del perito a la audiencia, página. 50.

que introdujo la Ley de Tribunales de Familia, no se han materializado en la práctica diaria de los tribunales de familia. Este fracaso, como se analizó a lo largo de esta investigación, es un fracaso que no puede ser considerado total, dado que hay muchas materias donde sí se ha mejorado, pero debe ser tomado en cuenta dado que, por lo menos, afecta directamente a 4 derechos mínimos de todo proceso.

Considerando lo anterior, cabe concluir que el sistema chileno, como muchos otros, está en una crisis. Esta crisis se va agudizando día tras día y va produciendo que las familias del país no reciban justicia donde debería haberla. Es por esto, que no se podría terminar este análisis sin dilucidar cuáles son las posibles opciones que podría tener nuestro ordenamiento para terminar con este profundo dilema.

2. POSIBLES SOLUCIONES.

Con todo lo analizado y basándonos en los pocos estudios que existen en nuestro país¹⁵², las posibilidades de Chile de consagrar un sistema apegado a las garantías del debido proceso, son básicamente dos: adaptar el sistema de peritaje introducido el año 2004, que como se ha demostrado, ha terminado siendo un sistema desigual y sin control, o simplemente cambiar el sistema de peritaje a otro tipo de peritaje o a un nuevo sistema.

2.1 ADAPTAR EL SISTEMA.

Una primera solución posible podría ser adaptar la regulación actual contenida en la Ley de Tribunales de Familia. Siguiendo los aportes que nos ha entregado el derecho comparado, se podría reformar el sistema para evitar tener que nuevamente construir un sistema desde cero. Si se optara por esta solución, en virtud de las falencias detectadas en este estudio, tendríamos que reformar por lo menos tres grandes áreas.

¹⁵² Considerando que este es un estudio netamente introductorio al tema, debido a la poca información disponible y a la poca investigación que ha sido realizada al respecto.

En primer lugar, se tendría que mejorar el control de admisibilidad de los informes periciales. Como ha quedado demostrado a lo largo de este estudio, y especialmente en las investigaciones realizadas por Ciper Chile¹⁵³ y el profesor Claudio Fuentes¹⁵⁴, no es suficiente con los documentos que actualmente se piden para acreditar la idoneidad del perito y con el examen de admisibilidad del juez, que en la práctica no se realiza. Una posible solución a este problema sería reglamentar un criterio similar al del sistema Inglés, donde el juez debe autorizar que el perito haga el informe antes que este tenga contacto con las partes, haciendo el mismo juez un análisis más detallado de la calidad de cada perito.

En segundo lugar, se debería incluir una normativa que permitiera sancionar a los peritos en casos donde se ha demostrado que no son idóneos profesionalmente para hacer informes periciales. Así, la Corte de Apelaciones podría aplicar sanciones disciplinarias contra los peritos, que podrían comenzar con la suspensión temporal del cargo de perito, en casos de faltas leves, y llegarán incluso a la imposibilidad de seguir ejerciendo como peritos en caso de faltas graves, como el tener un título profesional falso o no convalidado en Chile. Podría asimismo la Corte de Apelaciones llevar un registro unificado de los peritos que fueran amonestados, para que fuera rápido y sencillo para los jueces o partes consultarlo.

En tercer lugar, se debiera regular de manera más completa la forma tanto de los informes periciales, como de la presentación de estos. Los informes debieran seguir estándares mínimos de calidad, regulados en manuales de buenas prácticas o algún método similar, como ha hecho el sistema Español e Inglés, para que puedan ser aceptados como prueba.

Sumado a lo anterior, se debiera modificar el artículo 46 de la Ley para hacer obligatoria y no facultativa la comparecencia del perito al tribunal, dado que en el

¹⁵³ Jara, M & Albert, C. (2016). *Tribunales de Familia: las graves deficiencias del sistema de peritos*. Recuperado el 19 de noviembre de 2018, de <http://ciperchile.cl/2016/08/30/tribunales-de-familia-las-graves-deficiencias-del-sistema-de-peritos/>

¹⁵⁴ Fuentes, C. (2017). *La prueba pericial en los tribunales de familia de Santiago: un escenario sin control*. Ponencia para las I Jornadas Chilenas de Derecho Probatorio en Valdivia.

sistema actual que sea facultativa sólo ha llevado a la diferenciación entre peritos de confianza que se les paga más y van, y peritos judiciales que son pagados por el Estado y no concurren.

Modificando los puntos antes señalados, el problema acerca de la valoración de la prueba pericial y la fe ciega del juez en esta, podría no ser tan problemático. Esto porque, aunque seguirá siendo un problema, y por lo tanto igualmente será atacable, a lo menos no se estará basando toda la decisión del caso en consideraciones hechas por personas sin conocimientos y sin calidad, sino que nos estaríamos asegurando que el perito es una persona con los conocimientos mínimos, y que una decisión motivada por su opinión no sería del todo arbitraria e injusta.

2.2 CAMBIAR EL SISTEMA.

La segunda opción que se podría plantear, si es que se entiende que nuestro sistema no tiene soluciones posibles, sería simplemente cambiar el ordenamiento. Si cambiáramos la regulación de nuestro sistema, tendríamos dos opciones; seguir con un sistema de peritaje como el actual, pero modificar que sea de confianza o judicial relacionado con organismos públicos, o hacer un cambio radical e intentar un sistema de testigos expertos, como se expuso anteriormente que era el método que se usaba en el derecho anglosajón.

Con respecto a la primera solución, es decir, cambiar el sistema de peritaje actual, se ha demostrado a lo largo de este estudio que existen importantes falencias con respecto a los peritos de confianza y a los peritos de organismos públicos. Frente a esto se requerirían varios cambios para crear un sistema donde efectivamente se respete el debido proceso. Algunos de los cambios sugeridos, formulados basándose principalmente en todo el análisis realizado, se expondrán a continuación.

Primero, una posibilidad sería eliminar los peritos de confianza de las partes, subsistiendo los peritos judiciales. Para que esto funcionara tendríamos que fortalecer

el sistema de peritaje judicial, asegurando la calidad e idoneidad de los profesionales que ejercen como peritos. Habiendo eliminado la brecha que se produce entre peritos privados y estatales podríamos dejar solamente los públicos, fortaleciendo el sistema y aplicando criterios de admisibilidad a la lista de la Corte mucho más exigentes. De esta manera, se aseguraría la igualdad de las partes, dado que tendrían estas las mismas condiciones con respecto a la presentación del informe pericial.

La solución anterior, lleva aparejada un problema no menor, que se relaciona con el costo económico que tendría para el Estado tener que cubrir todos los peritajes en materia de familia, lo que, considerando además, la cantidad de informes periciales que se necesitan, sería muy difícil de lograr.

En segundo lugar, se podría realizar una reforma total y eliminar ambos tipos de peritaje estableciendo una institución nueva en su reemplazo, más parecida a la que se usa en sede penal, como es el perito auxiliar de la administración. En este caso se podrían crear peritos técnicos, asociados a los tribunales y dispuestos a ayudar a estos, parecido a lo que ocurre en España con los tribunales y sus equipos asociados de psicólogos y trabajadores sociales. Para que esto funcionara, tendría que ir acompañado de una buena regulación que estableciera claramente parámetros de admisibilidad estrictos de estos auxiliares, para que no volviéramos a caer en el problema de la calidad del perito.

La propuesta antes señalada, que podría ser la solución que le falta a nuestro ordenamiento para garantizar los elementos de un debido proceso, tiene la dificultad de significar una modificación total del sistema, lo que sería costoso y demoroso, siendo que recién el 2004 ya se reestructuró con la Ley que creó los Tribunales de Familia.

Tercero, se podrían eliminar los peritos judiciales, dejando los peritos de confianza de las partes, pero modificando toda la regulación para evitar que se produzcan los problemas analizados a lo largo de este estudio. Para esto, se tendría que, por una

parte, crear un mecanismo que funcionara en subsidio en el caso de que no se pudiera pagar este tipo de peritaje, y por otro lado, se tendría que rehacer la ley para que se regule con mayor precisión la admisibilidad de los peritos, la calidad de los informes, su declaración obligatoria en el tribunal, la posibilidad de inhabilitarlos, la aplicación de sanciones disciplinarias, entre otros.

Esta tercera solución, que en principio se ve como una solución más simple que la anterior, igualmente podría tener el inconveniente de que se volviera a caer en las prácticas actuales, pero que con la modificación a una regulación más estricta no tendría por qué ocurrir.

Por último, una opción podría ser imitar el sistema Alemán y mezclar los informes de peritos judiciales con un sistema parecido al Jugendamt, es decir, contar con un equipo de bienestar social compuesto por trabajadores sociales y otros profesionales relacionados con el tema, que asesoraran al juez con respecto a las medidas que hay que ir tomando a lo largo del procedimiento. La ventaja que esto tendría sería la constante preocupación de este equipo por el caso, dado que sería un organismo llamado a conocer específicamente sobre los problemas familiares y no otros. Esta solución, que parece ser una buena opción para conciliar las críticas realizadas a lo largo de este estudio y las garantías del debido proceso, podría verse dificultada por los costos asociados a crear este organismo y a modificar la ley.

Con respecto a la segunda solución planteada, es decir, cambiar nuestro sistema de peritaje por un sistema de testigos expertos, hemos observado a lo largo de este estudio, como tanto en los Estados Unidos de América como en Inglaterra, los testigos expertos funcionan de una manera eficiente, no perfecta, pero sí más controlada que en nuestro derecho. Por lo tanto, podríamos adquirir este sistema donde en vez de peritos se utilizan testigos expertos que deben ser autorizados previamente por el juez, tienen estándares mínimos de calidad de sus informes y se les imponen deberes específicos.

El problema que esta solución podría tener, es que el funcionamiento de los testigos expertos está suscrito a un ordenamiento totalmente diferente al nuestro, con diferentes principios y lógicas, por lo que existe la posibilidad que en nuestro ordenamiento fracasen, o simplemente, que no se logre compatibilizar esta institución con nuestro ordenamiento.

CONCLUSIÓN.

La Ley N° 19.968 creó los tribunales de familia y estableció las principales reglas que regulan esta materia en Chile, señalando la existencia del informe pericial como medio de prueba, pudiendo ser este de confianza de las partes o designado por el juez desde organismos públicos.

A más de 15 años de su creación, este estudio se planteó resolver la pregunta acerca de si este nuevo sistema de peritaje en materia de familia cumple en la práctica con las garantías mínimas del debido proceso o hay falencias que todavía deben ser resueltas.

Para resolver la interrogante de la investigación, se hizo primeramente un análisis del debido proceso y de los elementos que lo componen, con el fin de lograr un margen teórico para luego analizar si lo descrito en la práctica diaria de los tribunales vulnera o no las garantías estudiadas.

Luego, para poder dilucidar normativamente qué es lo que ocurre en Chile y el mundo, se realizó un análisis en el derecho comparado donde se describieron las características de la prueba pericial en materia de familia tanto en Chile como en el extranjero.

De este análisis, se concluyó, que el tema del peritaje en materia de familia es un tema complicado en todo el mundo. Ya sea la figura del perito o del testigo experto, los diferentes ordenamientos analizados han detectado falencias en sus sistemas, pero han tratado de aplicar métodos de solución que aún no se han presentado en nuestra legislación. La mayoría de los problemas en todos los países se relacionan con la calidad del experto y de su informe, la tendencia a que este termine siendo un mal experto o que los informes terminen siendo arbitrarios, y la excesiva confianza que pone el juez en los expertos y la fe ciega que tiene en sus informes. Todo lo señalado, lleva a que finalmente se tome una decisión que vulnera el debido proceso y que

afectará relaciones de familia tan importantes como las de un padre o una madre con sus hijos.

Desde el punto de vista teórico, además de establecer las diferentes normativas que regulan específicamente la prueba pericial en sede familiar, se analizó cómo funciona esta en la práctica.

A partir del análisis mencionado anteriormente, es decir, del funcionamiento práctico de los tribunales, se pudo concluir fundadamente que no es sólo opinión de esta investigación, sino que también de la escasa doctrina que existe al respecto, que el sistema chileno en materia de peritaje familiar presenta graves falencias que perjudican directamente a las partes en conflicto y que se pueden traducir en que tengamos malos informes periciales, derivados de peritos muchas veces sin ningún conocimiento de la materia, que ni siquiera deben declarar obligatoriamente, que existen pocos métodos de control de estos y que además, los jueces consideran estos informes como la única base para tomar su decisión.

Lo señalado, es una clara muestra de que el sistema de peritaje en materia de familia actualmente en nuestro país, tiene prácticas que vulneran el debido proceso, afectando derechos tan importantes como lo son el derecho a la defensa, la igualdad de las partes, el derecho a la prueba y la imparcialidad del juez. Por lo anterior, la pregunta inicial de la investigación debe ser contestada, en el sentido de que en este ámbito en específico no se está cumpliendo con los elementos mínimos del debido proceso.

En consecuencia, es claro que el sistema actual vulnera las garantías del debido proceso y que nuestro ordenamiento debe ser modificado en miras de lograr un sistema de prueba pericial que permita proteger realmente los intereses legítimos de las partes involucradas y garantizar sus derechos mínimos. Para eso, se termina este estudio con una propuesta de soluciones consistentes en adaptar el sistema actual, modificando la regulación, o cambiar definitivamente el sistema establecido en la Ley

de tribunales de familia. Sin importar el camino que se tome, el problema planteado a lo largo de este trabajo es claro y grave y en consecuencia debe ser solucionado con sentido de urgencia.

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS.

- Abel, X & Picó, J. (2009). *“La prueba pericial”*. Barcelona: Bosch editor.
- Carnelutti, F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: UTEHA.
- Casarino, M. (2005). *Manual de Derecho Procesal Civil. Tomo III*. Chile: Editorial Jurídica.
- Couture, E. (1993). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: De palma.
- Devis Echandia, H. (1999). *Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso*, Duodécima Edición. Buenos aires: editorial universidad.
- Dirección de Estudios Corte Suprema. (2017). *Peritajes en Chile*. Chile.
- Duce, M. (2014). *“La prueba pericial”*. Argentina: Ediciones Didot.
- Marín, F & Ríos, E & Fuentes, C. (2010). *“Funcionamiento de los Tribunales de familia en Santiago”*. Chile: Ceja.
- Maturana, C. (2012). *Disposiciones comunes a todo procedimiento*. Chile: Facultad de Derecho U.Chile.
- Núñez, C. (2009). *“Tratado del proceso penal y del juicio oral”*. Chile: Editorial Jurídica de las américas.
- Pérez, Á & Ortiz, JC. (2006). *Proceso en primera instancia*. En Código Procesal Civil Alemán. Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer.
- Picó I Junoy, J. (1996). *“El Derecho a la Prueba en el proceso civil”*. España: editorial J.M Bosch.
- Quezada, J. (1999). *Disposiciones comunes a todo procedimiento*. Chile: Ediciones Digesto Ltda.
- Romero, A. (2012). *Curso de Derecho Procesal Civil, Tomo I*. Chile: Editorial Jurídica.
- Rodríguez, I. (2010). *“Procedimiento civil: juicio ordinario de mayor cuantía”*. Chile: Editorial Jurídica.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Barcelona: Marcial Pons.

REVISTAS ESPECIALIZADAS.

- Horvitz, D. (2019). *Procedimientos de familia: Deficiencias en la prueba pericial*. Revista de Abogados, 76, pp. 10-14.
- Salinas, M. (2017). Entrevista Pericia Psicológica en los juicios de familia. *Boletín Actualidad Familiar*, (5), pp. 7-10.
- Turner, S. (2002) “*Los Tribunales de familia*”. Recuperado el 15 de Noviembre del 2018, de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200013.

JURISPRUDENCIA.

- *Barth v. Barth* , 2010-Ohio-425 (Ohio Ct. App. 4 de febrero de 2010).
- Causa ROL 1969-2007 del 03/03/2008.
- Causa ROL n°4508-15 del 23/04/2015.
- Causa ROL 3616/2014 del 24/11/2014.
- Causa ROL n °70610-2016 del 18/04/2017.
- Causa ROL n° 17563/2016 del 28/06/2016.
- Causa RIT C-231-2015 del 08/10/2015.
- Causa RIT C-2928-2007 del 17/09/2008.
- Causa RIT C-1028-2006 del 28/04/2008.
- Causa RIT C-2806-2007 del 09/05/2008.
- Causa RIT n°92-2006 del 04/05/2016.
- *Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc.*, 509 US 579 (1993).
- *Folkes v. Chadd*
- RIT P-1221-2007 del 15/05/2008.
- *Surman v. Surman* , 277 Mich. App. 287, 745 NW2d 802 (2007)
- Sentencia Rol n°18323-16
- STC 1411 c.7
- STC.596 c.16
- STC 478, C.14

OTROS.

- ADERHI Chile. (2016). *Tribunales de familia: sistema de peritaje en la mira*. Recuperado el 20 de Noviembre de 2018, de <https://aderhi.cl/uncategorized/tribunales-de-familia-sistema-de-peritaje-en-la-mira/>
- Australian government. *German Family Law*. Recuperado el 19 de noviembre de 2018, de https://www.aph.gov.au/~media/wopapub/senate/committee/legcon_ctte/completed_inquiries/2002_04/legalaidjustice/submissions/sub85a_att4_doc.ashx
- Canal 13 [T13]. (31 marzo 2019). #ReportajesT13: Peritos judiciales sin regulación: Niños en riesgo. [Video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=cmaiLxkCTCM>
- Colegio oficial de Psicólogos de Madrid. (2009). *Guía de buenas prácticas para la elaboración de informes psicológicos periciales sobre custodia y régimen de visitas de menores*. Consultado el 19 de noviembre de 2018, de http://www.copmadrid.org/webcopm/recursos/guia_buenas_practicas_informes_custodia_y_regimen_visitas_julio2009.pdf
- Comisión familia: Colegio de abogados de Chile. *Informe de la comisión de familia del colegio de abogados sobre la tramitación ante los juzgados de familia y posibles soluciones*. Recuperado el 20 de noviembre de 2018, de http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5NBcFmFCEt0J:www.abogados.cl/cgi-bin/procesa.pl%3Fplantilla%3D/v2/archivo.html%26bri%3Dcolegioabogados%26tab%3Dart_1%26campo%3Dc_archivo%26id%3D919+&cd=25&hl=es&ct=clnk&gl=cl
- Courts and tribunals judiciary. (2013). *Standards for Expert Witnesses in the Family Courts in England and Wales*. Recuperado el 20 de noviembre de 2018, de <https://www.judiciary.uk/related-offices-and-bodies/advisory-bodies/fjc/reports-publications/fjc-publications/cp-standards-expert-witnesses-family-cts/>

- Diario El Minuto. (2018). *Tribunales de Familia y Fiscalía: Pericias, vulneración y corrupción*. Recuperado el 20 de noviembre de 2018, de <https://elminuto.cl/tribunales-de-familia-sistema-de-peritaje-corrupto/>
- Fuentes, C. (2017). *La prueba pericial en los tribunales de familia de Santiago: un escenario sin control*. Recuperado el 17 de noviembre de 2018, de [http://www.derecho.uach.cl/jornadasdederechoprobario/docs/_ponencias/Claudio Fuentes.pdf](http://www.derecho.uach.cl/jornadasdederechoprobario/docs/_ponencias/Claudio_Fuentes.pdf)
- Gomez, S. (2013). *Family Law Expert Witness and an Introduction to Family Law*. Recuperado el 17 de noviembre de 2018, de <https://www.theexpertinstitute.com/family-law-expert-witness-introduction-family-law>
- Jara, M & Albert, C. (2016). *Tribunales de Familia: las graves deficiencias del sistema de peritos*. Recuperado el 19 de noviembre de 2018, de <http://ciperchile.cl/2016/08/30/tribunales-de-familia-las-graves-deficiencias-del-sistema-de-peritos/>
- Milroy, C. (2017). *A Brief History of the Expert Witness*. Recuperado el 19 de noviembre de 2019, de <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6474433/#bibr20-2017.044>
- Pavez, M. (02/09/2015). Principales vicios metodológicos y argumentativos que se aprecian en las pericias psicológicas en el ámbito de derecho de familia. *El Mercurio*.
- Stewart, J& Floyd E & Dziobon, R. (2019). *Family law in the UK (England and Wales)*. Recuperado el 20 de noviembre de 2019, de [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-590-4465?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-590-4465?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1)
- Stephen, G. (2013). *Family Law Expert Witness and an Introduction to Family Law*. Recuperado el 18 de noviembre de 2019, de <https://www.theexpertinstitute.com/family-law-expert-witness-introduction-family-law/>