



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

**VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL DESDE LA SANA CRÍTICA: UN
ACERCAMIENTO A LA REFORMA PROCESAL CIVIL Y LA
TRANSICIÓN AL SISTEMA DEL PERITO DE PARTE**

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

Autora:

ROSARIO ANDREA ROSALES QUIJADA

Profesor guía:

Francisco Ferrada Culaciati

Santiago, Chile

2023

AGRADECIMIENTOS

A mi mamá, papá y hermano, por darme un hogar cálido lleno de amor y entregarme su apoyo incondicional cada vez que caía y necesitaba fuerzas para levantarme de nuevo;

A mis perros Akiro y Cooper, por siempre recibirme feliz y moviéndome la cola, sin importar hubiera lluvia, truenos o relámpagos;

A Bernardita, Nicole, Claudia, María Paz, Ignacia, Sofía y María Consuelo, que hicieron inolvidable mi experiencia universitaria y que nunca dejaron de creer en mí;

A Édi, por llenarme de amor y cariño, mostrarme un nuevo mundo e impulsarme a seguir adelante y crecer;

A mi querida alma mater y a mis profesores, María Francisca Elgueta, Eric Eduardo Palma, Juan Pablo Pomés, Boris Santander y Héctor Humeres, que tanto han aportado en mi formación universitaria y personal, guiándome hacia el camino de la docencia;

Al profesor Francisco Ferrada por su guía, apoyo y paciencia durante todo mi proceso como tesista;

Y, por último, a mis futuros estudiantes, que espero guiar en su formación como profesionales, pero por sobre todo, como personas.

Con todo mi cariño,

Gracias.

ÍNDICE

RESUMEN.....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
I. CAPÍTULO PRIMERO: LA PRUEBA PERICIAL EN EL ACTUAL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL	7
1. La función del perito dentro el proceso: conceptos preliminares claves	7
1.1 <i>La función del perito</i>	7
1.2 <i>La prueba pericial y la prueba científica</i>	8
1.3 <i>La valoración de la prueba: la prueba legal y la sana crítica</i>	9
2. El artículo 425 CPC en un sistema de prueba legal o tasada.....	9
2.1 <i>Un diagnóstico del sistema.....</i>	9
2.2 <i>La adaptación de los tribunales</i>	11
2.3 <i>Los problemas abordados por la reforma.....</i>	14
II. CAPÍTULO SEGUNDO: LAS DIFICULTADES PROBATORIAS DE LA PRUEBA PERICIAL	17
1. Primer problema: La sobrevaloración de la prueba pericial	17
2. Segundo problema: Falta de control del peritaje y el problema de la ciencia basura o junk science	18
2.1 <i>La errónea concepción sobre la infalibilidad de las conclusiones de la prueba científica</i>	18
2.2 <i>El rol del juez como gatekeeper y la carencia de herramientas para verificar la idoneidad del perito</i>	19
3. Tercer problema: La delegación de funciones del juez en los demás auxiliares de la administración de justicia.....	20
3.1 <i>La ausencia del juez en el término probatorio</i>	20
3.2 <i>La escasa formación de los jueces en materia de valoración del informe pericial.....</i>	21
3.3 <i>El “buen y correcto desempeño” de los peritos según los jueces</i>	25
III. CAPÍTULO TERCERO: EL SISTEMA DE SELECCIÓN DE PERITOS Y LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL	27
1. Los sistemas de selección	27

2.	El sistema actual: El perito oficial o de designación judicial.....	27
2.1.	<i>Formación de listas por las Cortes de Apelaciones: La insuficiencia de criterios de selección de los peritos.....</i>	28
2.2.	<i>La selección del perito por parte del juez: La falta de atención a la idoneidad del perito para el caso concreto</i>	31
2.3.	<i>Los límites del listado de peritos</i>	35
3.	El sistema de la RPC: El perito de parte.....	38
3.1.	<i>El problema de parcialidad de origen.....</i>	39
3.2.	<i>El contradictorio como mecanismo de control de calidad.....</i>	41
IV.	LA VALORACIÓN A TRAVÉS DE LA SANA CRÍTICA Y SU INCERTIDUMBRE.....	42
1.	Las dificultades doctrinarias	42
2.	El escaso desarrollo jurisprudencial.....	44
3.	Los conocimientos científicamente afianzados.....	49
4.	La valoración y el riesgo de reemplazo del juez por el perito.....	51
4.1.	<i>Las soluciones en el sistema de listas.....</i>	54
4.2.	<i>Las soluciones en el sistema de la RPC</i>	55
	CONCLUSIONES.....	58
	BIBLIOGRAFÍA.....	60
	JURISPRUDENCIA	62
	ANEXO	63

RESUMEN

En materia pericial, el principal cambio que trae el proyecto de Reforma Procesal Civil es la transición de un sistema de designación de peritos basada en listas a un sistema de peritos presentados por las partes. Las particularidades que presenta cada sistema implican que van a suscitarse problemas diferentes, que requieren de soluciones particulares para arribar a una adecuada valoración.

Las herramientas que deben entregarse al juez van a variar de acuerdo con las problemáticas que se presenten en cada sistema. Asimismo, los cambios procedimentales y la incorporación de una audiencia de juicio para la rendición de la prueba, implica que el énfasis para controlar la prueba pericial deberá hacerse en diferentes etapas: en la etapa de selección en el sistema de listas y en la etapa del contradictorio en el sistema de perito de parte.

Además, se modifica integralmente el sistema de valoración de la prueba desde uno de prueba legal matizada a uno de valoración de la sana crítica. Si bien esto no representa un cambio sustancial en la prueba pericial, que ya es apreciada a través de la sana crítica, sí genera repercusiones por modificarse las complejidades que nacen en el nuevo sistema de selección.

Al entrevistarse a jueces de letras de Santiago, se pudo apreciar que no existe un criterio unificado en la forma de selección de los expertos, lo que no asegura que el perito designado sea el más adecuado para el caso concreto.

El comportamiento actual de los jueces y la falta de inmediación durante el término probatorio evidencia que los tribunales carecen de suficientes herramientas y capacitación para enfrentar las problemáticas que encierra la prueba pericial. Por lo tanto, ahora es deber del legislador reformar el sistema integralmente considerando las problemáticas y soluciones que se exponen en esta tesis.

INTRODUCCIÓN

El actual sistema procesal civil ha traído una serie de problemas en materia probatoria, particularmente por su atraso con relación al Derecho Comparado en cuanto al sistema de valoración racional de la prueba por sobre el sistema de prueba legal¹. Se debe recordar que el actual código está vigente desde 1907, por lo que la Reforma Procesal Civil (en adelante, “RPC” o Proyecto de Código Procesal Civil, en adelante, “PCPC”) materializa la necesidad de actualizar el sistema siguiendo las tendencias modernas. Además, este tema se ve complementado con la implementación de un juicio eminentemente oral en que prime la intermediación del juez.

Así lo establece el mensaje del Nuevo Código Procesal Civil (en adelante, “NCPC): “el nuevo Código consagra un cambio de paradigma en la concepción del rol y poderes del juez respecto del proceso y el sentido tradicional en que se ha entendido el principio dispositivo o de justicia rogada que inspira nuestro actual proceso civil”. El objetivo de la Reforma es permitir que el juez tenga un rol activo dentro del proceso y pueda estar presente durante la audiencia preliminar y la de juicio, disminuyendo los tiempos de respuesta en el proceso. Sobre este punto se ahondará en el primer capítulo de esta tesis.

Dentro de este sistema, la prueba pericial tiene dificultades que suscitan problemas al momento de apreciar la prueba, sobre todo respecto la sobrevaloración de la prueba científica, la falta de control en el peritaje y el problema de la ciencia basura. A. Todo aquello, como se verá en el segundo capítulo de este trabajo, se ve agravado por la delegación de las funciones del juez en los demás auxiliares de la administración de justicia durante la etapa probatoria, por lo que la oralidad e intermediación que introduce el PCPC repercute directamente en su ponderación.

¹ Taruffo, Michele. *La prueba* (Marcial Pons, 2008), 133-134: “Durante muchos siglos, en la historia de los sistemas de *civil law* se usó una técnica muy peculiar para resolver los problemas relacionados con la valoración de la prueba: el sistema de la llamada ‘prueba legal’. Este sistema se basaba en la aplicación de reglas -en algunos casos promulgadas por los legisladores, pero en muchos otros estipuladas por juristas teóricos- que establecían a priori en términos generales el valor probatorio de algunos tipos de medios de prueba (...) En consecuencia, al juez le quedaba poca o nula discreción en la valoración de la prueba: sólo tenía que sumar los valores de las pruebas positivas y negativas acerca de cada hecho mediante una especie de cálculo algebraico”. En base a lo sostenido por este autor, el sistema de *civil law* chileno se encuentra atrasado en base al progreso de este sistema a nivel comparado.

Actualmente, la lista de peritos, como ya se demostrará en el tercer capítulo, ha sido una limitación en la elección de expertos adecuados para informar sobre el objeto de prueba. La modificación a un sistema de perito de parte enfrenta este problema al permitir que las partes presenten a sus propios especialistas, lo que tampoco ha estado exento de críticas por la doctrina. Por ello, será esencial identificar dichas problemáticas para proponer soluciones efectivas a implementar tanto en el sistema actual como en el nuevo sistema.

Si bien la sana crítica sí está incorporada en nuestro sistema respecto al informe de peritos en el artículo 425 del CPC, este trabajo tiene por objeto sostener que no ha habido suficiente capacitación respecto a estos problemas para valorar adecuadamente la prueba; en consecuencia, esta insuficiencia sería un obstáculo para el fin de disminuir los errores en el proceso.

El concepto de sana crítica no ha sido mayormente analizado por la jurisprudencia ni la doctrina, lo que ha significado incertidumbre con relación a los criterios que constituyen los “conocimientos científicamente afianzados”. Por esto, se argumentará que es necesario una mayor determinación de este concepto y un análisis más acabado de la prueba pericial para que los jueces tengan las herramientas para apreciarla adecuadamente, sobre lo que se ahondará en el capítulo cuarto. Para esto, es primordial presentar entrevistas de jueces de letras que manifiesten las principales dificultades que han tenido en esta materia, como se verá a lo largo de este trabajo.

Así, se concluirá explicando los desafíos que conlleva el PCPC en la valoración de la prueba pericial a través de la sana crítica (aunque, técnicamente, no haya variación del sistema de apreciación en esta materia) cuando se hace la transición de un proceso civil escrito a uno eminentemente oral.

I. CAPÍTULO PRIMERO: LA PRUEBA PERICIAL EN EL ACTUAL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

El informe pericial ha sido percibido como una solución científica frente a un conflicto jurídico, lo que, en cierta medida, ha trasladado la responsabilidad del juez hacia el perito. En realidad, la prueba pericial representa un desafío probatorio para el juez en materia de valoración; sin embargo, los jueces carecen de las herramientas para enfrentarlo. En esta línea, Taruffo ha indicado que: “Con todo, y contrariamente a lo que muchos piensan, el recurso a la ciencia en el proceso no sólo no es suficiente por sí solo para resolver todos los problemas, sino que suscita otros nuevos, de no fácil solución”².

1. La función del perito dentro el proceso: conceptos preliminares claves

1.1 La función del perito

El rol de perito como tercero en el juicio es esencial para zanjar disputas técnicas o científicas acerca de los hechos, auxiliando al juzgador en el esclarecimiento del conflicto. De este modo, se ha entendido como perito: “(...) aquel tercero, técnicamente idóneo y capaz, llamado a dar opinión y dictamen fundado en un proceso, acerca de la comprobación de hechos cuyo esclarecimiento requiere conocimientos especiales sobre determinada actividad, técnica o arte, el cual es ajeno al juzgador”³. De esta definición, se desprende que el perito es el encargado de aclarar ciertos puntos de prueba que ni las partes ni el juez son capaces de deducir mediante sus propios conocimientos.

Sin embargo, la naturaleza de su función ha llevado a la errónea impresión que las conclusiones del informe pericial prueban de manera absoluta los puntos de prueba sometidos a su análisis. Así, autores como Delgado han considerado que: “la prueba pericial se ha convertido en un medio probatorio en donde el juez encuentra en muchas ocasiones su mayor grado de convicción”⁴.

² Taruffo, Michele. *Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos* (Marcial Pons, 2010), 241.

³ Aguirrezabal, Maite. 2012. “Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 19(1). (2012): 336.

⁴ Ídem.

Esto implica graves dificultades al momento de valorar la prueba, puesto que el juez no cuenta con las herramientas para analizar la confiabilidad del informe; a lo más, puede remitirse a las observaciones a la prueba presentadas por las partes. La asimetría de información entre el juez o las partes y el perito, deja en una posición desventajada a los primeros al momento de presentar observaciones a la prueba o al momento de valorarla. Es imposible exigirles que manejen el informe presentado por el perito de la misma forma que él, que tiene un conocimiento experto en la materia. Por esta razón, se puede caer en errores al otorgarle valor absoluto al peritaje sin considerar las metodologías empleadas y la pertinencia de las conclusiones.

Estos problemas y la función de *gatekeeper* que debe cumplir el juez serán analizados en el segundo capítulo de esta tesis.

1.2 *La prueba pericial y la prueba científica*

Es esencial distinguir entre estos dos términos que, si bien suenan como sinónimos, son conceptos distintos, cuyo contenido es importante precisar para efectos de este trabajo.

El concepto de prueba pericial es mucho más amplio que el de prueba científica, siendo posible decir que tienen una relación género-especie, pues la primera se refiere a cualquier tipo de conocimiento experto, mientras que la segunda se remite al conocimiento específicamente científico (generalmente, adoptado mediante el método científico). Esta distinción ha sido ejemplificada de la siguiente forma: “la prueba pericial no siempre implica el recurso a conocimiento específicamente científicos. Por ejemplo, si se trata de medir la extensión de un inmueble, de determinar un porcentaje de invalidez o de efectuar cálculos contables complejos, entran claramente en juego competencias técnicas específicas, pero éstas no constituyen, propiamente conocimientos científicos. Así pues, sólo cuando un elemento probatorio concreto deriva del uso de nociones de carácter científico en sentido estricto se puede hablar propiamente de prueba científica, mas no cuando se trata de conocimientos de carácter técnico”⁵.

La relevancia de esta conceptualización radica en que la validez y pertinencia de la prueba científica depende del método científico empleado, lo que será analizado en el segundo capítulo de esta tesis.

⁵ Taruffo, Michele. *La prueba* (Marcial Pons, 2008). 277-278.

1.3 *La valoración de la prueba: la prueba legal y la sana crítica*

La valoración de la prueba es uno de los momentos cruciales dentro del proceso en que el juez pondera los medios de prueba para efectos de formar su convicción sobre las pretensiones de las partes. Al respecto, se ha dicho que: “valorar la prueba es determinar el *grado de probabilidad* que tienen las hipótesis fácticas de acuerdo a la información que arroja la prueba disponible. Valorar la prueba es definir o evaluar el *grado de apoyo* que una afirmación fáctica tiene de acuerdo a las pruebas practicadas en el juicio”.⁶

El sistema que actualmente prepondera en Chile es el de la prueba legal o tasada en el cual la ley le asigna valor probatorio a las pruebas presentadas, lo que se justifica como una manera de reducir los errores en el proceso. En este mismo sentido se pronuncia Padilla: “La decisión de establecer un sistema de prueba legal o tasada en el *CPC* -dotándolo de reglas de valoración y decisión que perentoriamente señalan a los jueces lo que debe ser considerado prueba, y cuándo aquella resultara plena o suficiente- obedece a la idea de reducir el riesgo de dar por probado un hecho falso y, por tanto, acoger de manera errónea la demanda”⁷.

En cambio, la sana crítica se basa en tres criterios fundamentales: la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados; es decir, se contrapone con la lógica del sistema anterior porque otorga mayor discreción al juez dentro de un marco de racionalidad. Empero, en general estos conceptos no han sido acotados mayormente ni por la doctrina ni por la jurisprudencia, cuestión que será abordada en el capítulo 4 de este trabajo.

2. El artículo 425 CPC en un sistema de prueba legal o tasada

2.1 *Un diagnóstico del sistema*

⁶ Hunter, Iván. “Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?” *Revista Ius et Praxis* 23(1). (2017): 250-251

⁷ Padilla, Ricardo. “Este dolor de cabeza llamado prueba legal tasada: la anticipada aplicación del Proyecto de Código Procesal Civil, que los tribunales ordinarios de justicia se encuentran llevando a cabo”. *Revista Chilena de Derecho Privado* (26). (2016): 402.

El sistema de prueba legal o tasada restringe considerablemente las posibilidades de acción del juez frente a la valoración de la prueba⁸, siendo la ley la que les asigna fuerza probatoria. El objetivo es la búsqueda de la verdad formal, pues ganará quien pruebe un mejor derecho que la otra parte y se ajuste al estándar probatorio de prueba prevaleciente.

Aun así, el legislador le reconoció una calidad especial al informe pericial al consagrar el sistema de la sana crítica en el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil. Este sería un antecedente importante en materia probatoria para la RPC, dado que permite evaluar el desempeño que han tenido los jueces al momento de la valoración.

No obstante, el diagnóstico no sería positivo. La falta de intermediación y de oralidad en el proceso actual dificulta la conexión del juez con la prueba, lo que hace plausible cuestionarse si los jueces han sido capaces de cambiar el interruptor de la prueba legal o tasada al momento de apreciar la prueba pericial. Esta opinión ha sido compartida por Aguirrezabal: “Si bien el CPC establece en su artículo 425 que la fuerza probatoria está sometida a las reglas de la sana crítica, se trata de una norma excepcional de prueba en el conjunto de un sistema que opera fuertemente sobre la lógica de la prueba legal o tasada (...) En este contexto, es posible señalar que es difícil que la lógica de la tasación o prueba legal no haya traspasado en algo también a la prueba pericial”⁹.

Esto es consistente con las modificaciones que trae el PCPC, que sale de la lógica de prueba legal o tasada, para orientar su regulación hacia una valoración desde la sana crítica. Así, la misma autora reflexiona acerca de los cambios que trae la Reforma, manifestando lo siguiente: “Este cambio en la forma de concebir al perito impacta de diversas maneras en la regulación legal de esta prueba. Tal vez sí la más significativa es que el sistema pericial se flexibiliza por completo. Se acaba el sistema cerrado de personas idóneas para realizar peritajes y se suprimen las listas de las Cortes de Apelaciones como fuente en donde se puede obtener un perito. Para el nuevo sistema cualquier persona que esté en condiciones de acreditar experiencia

⁸ En relación a este punto, Diego Padilla ha afirmado lo siguiente sobre las dificultades de la prueba legal o tasada: “esa reducción al riesgo de error judicial que nuestro legislador tuvo en mente, hoy se traduce en una extrema e innecesaria dificultad probatoria en sede civil que busca ser superada” (Padilla, Ricardo. “Este dolor de cabeza llamado prueba legal tasada: la anticipada aplicación del Proyecto de *Código Procesal Civil*, que los tribunales ordinarios de justicia se encuentran llevando a cabo”. *Revista Chilena de Derecho Privado* (26). (2016): 402)

⁹ Aguirrezabal, Maité. “La prueba pericial y su admisibilidad en el Proyecto de Código Procesal Civil”. *Cuadernos de extensión jurídica Universidad de Los Andes* (23). (2012): 130.

o conocimientos relevantes y especializados en una determinada ciencia, arte u oficio puede ser presentada por las partes con la intención que sean admitidas a juicio oral”¹⁰.

El artículo 325 del PCPC elimina el sistema de listas, definiendo la capacidad para ser peritos en cuanto a la formación profesional que tengan:

“Art. 325.- Quienes pueden ser peritos y peritaje institucional. Salvo autorización expresa del tribunal, no podrán ser peritos quienes no tengan título profesional expedido por autoridad competente, si la ciencia o arte cuyo conocimiento se requiera está reglamentada por la ley y hay en el territorio jurisdiccional dos o más personas tituladas que puedan desempeñar el cargo.

Las pericias podrán ser practicadas por instituciones públicas o privadas, debiendo en tal caso el informe ser suscrito por el representante de la institución y los profesionales que lo emitieren”.

La flexibilización de la prueba pericial responde a la necesidad de las partes de elegir a alguien que garantice la experticia suficiente para hacerse cargo de su caso. No sólo esto, sino que también permite que tanto el juez como las partes puedan dirigirle preguntas, con el fin de determinar la confiabilidad de su informe y detallar ciertas informaciones para su cabal comprensión.

2.2 *La adaptación de los tribunales*

Actualmente, la ley diseña el sistema acotando los casos en que será pertinente oír informe de peritos, el reconocimiento de peritos, su nombramiento y la elaboración de las listas por la Corte, cuya lógica limita considerablemente la elección de peritos idóneos para resolver acerca de conflictos que requieran de determinados conocimientos expertos; de haber una persona fuera de la nómina que sea más idónea para abordar el caso, no podría ser designada por el juez por tener primacía los peritos que figuran en la lista.

Si se comparan los nombres de los párrafos en el actual Código y en el PCPC: “Del informe de peritos” y “prueba pericial”, claramente se nota una mayor flexibilidad probatoria y

¹⁰ Íbidem. 131-132.

el abandono de una arista exclusivamente escrita. Esto representa un significativo avance en la elección en base a la idoneidad y no en base a listas.

La opinión de los jueces

Durante las entrevistas hechas a Jueces de Letras en lo Civil, quedó de manifiesto que el criterio de los tribunales en este sentido ha sido bastante rígido, dado que se han limitado a designar sólo a peritos que se encuentren en la lista, lo que fue afirmado tanto por la Jueza N°1 y el Juez N°4¹¹.

Sin embargo, esta opinión no es absoluta puesto que la Jueza N°2 y el Juez N°3 reconocen que cuando no existen especialidades dentro de la lista, acuden a personas fuera de ellas para efectuar el peritaje¹²; sin embargo, admiten que no es una situación usual.

Entonces, en primer lugar, los jueces aplicarán la lista de peritos y sólo si no existen expertos de la especialidad requerida por el caso, se recurrirá a profesionales fuera de la lista (pese a ser este caso muy excepcional, según lo relatado por los entrevistados). Es decir, predomina la aplicación de lo dispuesto por la ley en cuanto a la lista, pero tampoco existe un criterio unificado de actuación en aquellos casos donde no hay expertos disponibles para la especialidad requerida. Esta situación puede generar incertidumbre en las partes, dado que el curso de acción dependerá del criterio de cada tribunal.

La designación de los peritos tampoco está exenta de críticas ya que, si bien hay una oferta amplia de posibles peritos para elaborar el informe, no necesariamente se consideran sus antecedentes o desempeño al momento de elegir, lo que fue manifestado por las Juezas N°1 y N°2¹³ (que se inclinan por un criterio numérico o aleatorio). Por otro lado, hay ciertos jueces,

¹¹ Pregunta N°1: ¿Nombra peritos sólo a los profesionales o técnicos que están en la lista de la Corte, o también designa a personas que no estén comprendidas en ella?

Jueza N°1: “Sólo me ha tocado ver casos en que las partes nombran alguno de la lista de peritos y yo nombro a otro según la lista. También depende un poco de cada tribunal”

Juez N°4: “Sólo a las personas que están en la lista”.

¹² Ante la misma pregunta:

Jueza N°2: “de las Cortes siempre, y sólo cuando no está alguna de la especialidad se nombra alguno de una universidad técnica de la materia”

Juez N°3: sólo a los que estén en la lista, salvo que se requiera una especialidad no contenida en ella”.

¹³ Pregunta N°2: ¿Qué criterios sigue para designar a un perito que está en la lista, cuando hay más de uno en la oferta disponible?

Jueza N°1: “Literalmente los enumero y lo hago al azar. Tratando de emular un poco lo que pasa con los martilleros, donde el sistema en la práctica designa al azar un martillero, para hacerlo más transparente porque antes el tribunal lo designaba”.

Jueza N°2: “Sólo orden numeral”.

como el N°3 y N°4¹⁴, que no se conforman con una elección simplemente aleatoria y hacen la designación dependiendo de las herramientas que tengan disponibles para discernir sobre su idoneidad, por ejemplo, su título profesional o *currículum vitae*; no obstante, generalmente la selección depende de la experiencia que hayan tenido con el perito en otros casos. Pese a ello, en el caso de no tenerse acceso a estos antecedentes, la decisión seguirá recayendo en la aleatoriedad.

En base a estas respuestas, es posible deducir que falta un criterio institucional que dirima estas situaciones complejas, pues la actitud varía de tribunal en tribunal. Este tipo de prácticas puede conducir a la elección de peritos inidóneos, por la carencia de herramientas del tribunal para saber qué perito tiene mayor experticia en el tema. Al respecto, Taruffo indica que: “El juez no debe –ni, por otra parte, podría- ocupar el lugar del perito, pero debe controlar la fiabilidad científica del procedimiento que éste ha aplicado y de los resultados que ha conseguido”¹⁵.

La influencia doctrinaria y el criterio que se ha asentado progresivamente en los tribunales

En este sistema de valoración preeminente legal, se vuelve especialmente complejo atenerse a lo dispuesto por el artículo 425. Los tribunales han debido adaptarse para salirse de los criterios rígidos que impone la prueba legal para insertarse progresivamente a un sistema de valoración racional.

Este fenómeno se ha convertido en un tema importante en la jurisprudencia, lo que ha sido analizado por Ricardo Padilla: “Lo cierto es que el proyecto del *Código Procesal Civil* no plantea mayor novedad respecto de sistemas ya reformados. Lo que se requiere, entonces, es cambiar el entendimiento respecto el modo de aplicar los criterios valorativos de la sana crítica, cuestión que en la práctica judicial ya es posible encontrar arraigada su concreción en algunos fallos:

¹⁴ Juez N°3: “Primero me fijo que sea del domicilio de acá en Santiago, y en segundo lugar trato de inclinarme de aquellos que haya elegido antes o que haya revisado un informe que haya sido bueno, porque lo más importante es que se hagan bien y las conclusiones sirvan para resolver. Si tengo un antecedente que haga bien su pericia, me inclino por él. Si no conozco ninguno en esa materia, es completamente aleatorio”.

Juez N°4: “El criterio es fundamentalmente su experticia profesional, el título que tenga, y a veces reviso ciertos antecedentes de su CV”.

¹⁵ Taruffo, Michele. *Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos* (Marcial Pons, 2010), 244.

‘Que en los procedimientos cuya prueba se aprecia conforme a las reglas de la sana crítica, esto es, con libertad pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente asentados se hacen incompatibles todas aquellas instituciones propias del sistema de prueba legal o tasada, como son las objeciones documentales y las tachas, que buscan excluir prueba sin permitir al juez ponderarlas debidamente’”¹⁶.

Los tribunales no han podido esperar a la reforma para valorar la prueba de manera racional y acorde a las tendencias que actualmente se han ido incorporando, por lo que se encuentran elaborando jurisprudencia que busca capear el sistema de prueba legal o tasada.

2.3 *Los problemas abordados por la reforma*

Estas deficiencias no han pasado desapercibidas por el legislador, que en el PCPC reestructuró el sistema procesal de pies a cabeza, instaurando un proceso regido por los principios de oralidad e inmediación.

Claramente esto repercute directamente en la fase probatoria, que tiene como objetivo generar un verdadero acercamiento del juez con la prueba, lo que no se ve reflejado en el escenario actual. En esta misma dirección ha reflexionado Delgado, indicando que: “La fase probatoria ha de ser el momento de crear la convicción del juez, ha de ser la instancia en que podamos expresar qué sucedió conforme a los medios que acompañamos (...) El juez debe ser activo, debe preguntar y comenzar a adquirir los elementos que poco a poco van a ir formando su convicción. Es imposible que pensemos en un juez que exclusivamente forma su juicio en la sentencia”¹⁷.

¹⁶ Padilla, Ricardo. “Este dolor de cabeza llamado prueba legal tasada: la anticipada aplicación del Proyecto de *Código Procesal Civil*, que los tribunales ordinarios de justicia se encuentran llevando a cabo”. *Revista Chilena de Derecho Privado* (26). (2016): 403-404.

¹⁷ Delgado, Jordi. “Aproximaciones a los principios de la reforma procesal civil”. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 2(2). (2011): 208.

El artículo 295 del NCPC reforma integralmente el sistema de valoración de la prueba en materia civil, haciendo la transición desde un sistema de prueba legal o tasada con matices¹⁸ a un sistema enteramente dominado por la sana crítica salvo excepciones legales:

“Art. 295 NCPC: Valoración de la prueba. Salvo que la ley atribuya un valor determinado a un medio probatorio, el juez apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, deberá estarse a los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, salvo texto legal que expresamente contemple una regla de apreciación diversa

Sin embargo, el acto o contrato solemne sólo puede ser acreditado por medio de la solemnidad prevista por el legislador.

Se dará por establecido el hecho que se presume de derecho si se han acreditado sus supuestos o circunstancias sin que se admita prueba en contrario.

El hecho que se presume legalmente se dará por establecido si se han acreditado sus supuestos o circunstancias, a menos que se hubiere rendido prueba que permita establecer un hecho distinto al colegido”.

Gracias a la Reforma, se generan las condiciones propicias para efectivamente entregarle herramientas al juez para apreciar la prueba según la sana crítica, dado que el proceso se estructura para que éste se involucre en la etapa probatoria. El hecho que el procedimiento esté elaborado principalmente en base a audiencias le permite al tribunal cuestionar la validez de las pruebas presentadas, así como también proponer diligencias probatorias para esclarecer los hechos del juicio.

A diferencia del sistema actual, el juez toma una participación más activa en el proceso que permite que el impulso procesal no recaiga sólo en las partes y, así, propender a la pronta solución del conflicto jurídico en cuestión. Aquello, en contraste con un sistema elaborado a

¹⁸ En el actual Código, esto se puede observar en los artículos 385 N°3 y 5 (en cuanto a declaraciones contradictorias o iguales en circunstancias y en número en la prueba testimonial), 429 (también en relación a la prueba pericial para la eventual invalidación de una escritura pública) y 428 (en los casos que haya pruebas contradictorias y no exista ley que solucione el conflicto). Sin embargo, en consideración a los fines de esta tesis, sólo se hará énfasis en la valoración en cuanto a la prueba pericial.

partir de la lógica de la prueba legal, no sólo significa una gran mejora en materia probatoria, sino que también una mejoría en la implementación del principio de economía procesal.

No obstante, cabe preguntarse si los tribunales serán capaces de llevarle el ritmo a este nuevo proceso, especialmente considerando la complejidad innata de la prueba pericial, el cambio de un sistema de listas a un sistema de perito de parte y la incertidumbre que puede suscitar la valoración a través de la sana crítica, temas que serán abordados en los próximos capítulos. y la complejidad innata de la prueba pericial

II. CAPÍTULO SEGUNDO: LAS DIFICULTADES PROBATORIAS DE LA PRUEBA PERICIAL

1. Primer problema: La sobrevaloración de la prueba pericial

La naturaleza experta del trabajo pericial ha llevado a considerarlo como infalible, particularmente cuando se desconoce de la materia sobre la que se está tratando. El perito se encuentra en una posición aventajada dentro del proceso que, debido a la falta de experticia de los intervinientes, lleva a darle una validez improcedente. Según Aguirrezabal: “en la medida en que la prueba pericial se utiliza extensivamente, para casos en los cuales no es necesaria, ello tiende a generar un proceso de sustitución del trabajo judicial por el trabajo de expertos, con lo cual se afectan las bases sobre las cuales se construye la legitimidad de las decisiones judiciales”¹⁹.

Gascón concluye acertadamente que la excesiva confianza en la infalibilidad de este medio de prueba se ha debido a las concepciones populares que se han tenido respecto a ella, afirmando que: “Por lo demás, esa desbordante confianza en la infalibilidad de la prueba científica se ha visto alimentada por el tremendo impacto que en el imaginario popular han tenido algunos booms televisivos como la norteamericana CSI”²⁰.

Por otro lado, los artículos 409, 410 y 411 del Código de Procedimiento Civil determinan que se oirá informe de peritos en aquellos supuestos establecidos por la ley, así como puntos de hecho que requieran de conocimientos especiales sobre alguna ciencia o arte. Es decir, en realidad las hipótesis en que procede el peritaje son más bien limitadas, contrario a la extensión que ha adoptado este medio de prueba en la práctica.

El legislador ha tenido presente la extensión que ha tenido la prueba pericial, por lo que el artículo 324 del PCPC contempla supuestos más amplios en este sentido: “Procederá la prueba pericial en los casos determinados por la ley y siempre que, para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa, fueren necesarios o **convenientes** conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio” (negrita agregada por mí). Esta modificación tiene por

¹⁹ Aguirrezabal, Maite. “La prueba pericial y su admisibilidad en el Proyecto de Código Procesal Civil”. *Cuadernos de extensión jurídica Universidad de Los Andes* (23). (2012): 125.

²⁰ Gascón, Marina. *Prueba científica. Un mapa de retos* (Marcial Pons, 2013), 182.

objetivo enfrentar la realidad existente respecto de los peritajes en base a la conveniencia de llevarlos a cabo y no solamente respecto su estricta necesidad.

2. Segundo problema: Falta de control del peritaje y el problema de la ciencia basura o *junk science*

2.1 La errónea concepción sobre la infalibilidad de las conclusiones de la prueba científica

Los errores al momento de apreciar la prueba provienen sobre todo por la falta de análisis metodológico del peritaje. La única manera que tendría el juez para comprobar que el peritaje se ajusta a las reglas y principios de su propia ciencia o arte, sería entrar a investigar del tema sobre el que carece de experticia o consultar a otro experto en la materia. No obstante, claramente esta solución es ineficiente.

La percepción del peritaje como fuente de conocimiento científico absoluto ha impedido el cuestionamiento sobre sus conclusiones. Asimismo se pronuncia Gascón, manifestando que: “la importancia de las pruebas científicas en la práctica procesal no ha ido acompañada de un proceso paralelo de cautelas y controles en relación con las mismas. Más bien ha sucedido lo contrario. Precisamente por el hecho de presentarse como ‘científicas’ (y porque la mayoría de las veces –al menos en Europa- provienen de los laboratorios oficiales de la policía científica) estas pruebas han ido acompañadas de un aura de infalibilidad que ha frenado (cuando no claramente impedido) cualquier intento de revisión o reflexión crítica sobre las mismas, con el resultado de que su validez y valor probatorio se suelen asumir como dogmas de fe”²¹.

Con esto, ha surgido el problema relativo a la ciencia basura o “*junk science*”, que no cuentan con la fiabilidad científica que otro tipo de pericias procedentes de ciencias exactas. Taruffo hace esta misma distinción, indicando que: “es necesario distinguir entre la ‘buena ciencia’ y la ‘mala ciencia’ o pseudociencia (o *junk science*), es decir, entre métodos y conocimientos dotados de efectiva validez científica y pretendidos métodos o conocimientos que se presentan como dotados de dignidad científica, pero que no han sido validados científicamente”²². La situación representa un problema no menor, porque un deficiente control por parte del juez puede abrir las puertas a la elaboración de pruebas que no tienen fundamento

²¹ Ídem.

²² Taruffo, Michele. *Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos* (Marcial Pons, 2010), 241.

científico, tales como la grafología o el polígrafo²³ (sobre todo la primera, que ha sido particularmente relevante en el proceso civil en la identificación de firmas en los documentos presentados por las partes).

2.2 El rol del juez como gatekeeper y la carencia de herramientas para verificar la idoneidad del perito

Los peritajes suelen concluir en sus informes razonamientos que no son necesariamente de índole científica, sino que también emiten juicios de valor o atribuyen responsabilidades a alguna de las partes²⁴. Por ello, es necesario que el juez cumpla con una función de *gatekeeper* (lo que ha sido analizado en la experiencia estadounidense), en que debe examinarse la validez científica de los métodos empleados y su calidad técnica.

En la jurisprudencia estadounidense, el caso *Daubert* destaca en esta materia porque determina la importancia de analizar la validez de la prueba científica en base a los métodos empleados, donde el juez cumple con este rol de *gatekeeper* para evitar la incorporación de ciencia basura: “En el caso *Daubert*, la Corte llevó a cabo un intento muy interesante de establecer algunos criterios que el juez debería aplicar, a modo de ‘filtro’ que hace una selección preliminar de pruebas científicas con el objeto de admitir únicamente aquellas basadas en la ciencia ‘válida’. Estos criterios son: a) la contrastabilidad y la falsabilidad de la teoría o de la técnica aplicada; b) el conocimiento de la *ratio* de error real o potencial; c) la aceptación general de tales datos por parte de la comunidad científica relevante. Asimismo, la Corte subrayó que las pruebas científicas sólo debían ser admitidas cuando se ‘ajustaran’ a los hechos litigiosos, es decir, cuando las pruebas sean específicamente relevantes para la decisión sobre esos hechos”²⁵. Estos criterios de valoración tienen como fin filtrar la información presuntamente científica que no sea pertinente por no contar con suficiente respaldo científico; además, se debe tener presente que toda prueba científica tiene un margen de error.

²³ Gascón, Marina. *Prueba científica. Un mapa de retos* (Marcial Pons, 2013), 186.

²⁴ En relación con este punto, Gascón ha sido tajante en explicar lo siguiente: “De acuerdo con el paradigma de la verosimilitud al perito no le corresponde emitir una opinión sobre la hipótesis en consideración sino sólo *dar cuenta de los datos de un modo científicamente riguroso*, permitiendo así que el juez entienda exactamente su significado y pueda valorarlos junto con el resto de las pruebas disponibles. En relación con esto conviene insistir en una cuestión central: las conclusiones de la prueba que el perito formula en su informe se orientan a determinar *el significado (o el grado de probabilidad) de los datos analíticos o técnicos resultantes a la luz de todas las hipótesis en consideración a la luz de los datos analíticos o técnicos resultantes*”²⁴.

²⁵ Taruffo, Michele. *La prueba* (Marcial Pons, 2008), 99.

El perito no puede excederse en su rol, por lo que no le corresponde emitir conclusiones que se inclinen por una u otra parte, sino que simplemente debe atenerse a esclarecer los aspectos técnicos de los puntos de hecho a probar. Corresponde al juez ponderar la información emitida en el peritaje.

3. Tercer problema: La delegación de funciones del juez en los demás auxiliares de la administración de justicia

3.1 La ausencia del juez en el término probatorio

La presencia del juez es determinante al momento de valorar la prueba, especialmente en el caso de la prueba pericial que contiene elementos técnicos y científicos que requieren una comprensión acabada de los métodos empleados, el razonamiento aplicado y las conclusiones del informe. Aquello pues “el impacto que produce este tipo de prueba en el juzgado, especialmente tratándose de pericias en disciplinas de difícil comprensión para no especialistas, debilita el control judicial sobre la calidad de información aportada por peritos y ello es causa potencial de un mayor porcentaje de casos que se deciden producto de errores judiciales”²⁶.

El problema ha surgido principalmente por la existencia de procedimientos escritos y de lato conocimiento, donde la inmediación se ha visto perjudicada por el atochamiento de causas en los tribunales. La etapa probatoria se ha visto gravemente afectada puesto que, en palabras de Lillo y Riego: “Justamente en lo referido a la actividad probatoria, la estructura escrita y desconcentrada del proceso civil chileno ha provocado un distanciamiento del juez y la prueba, la que por regla general será recibida y producida por otros intervinientes tales como receptores y otros funcionarios del tribunal (incluyendo algunos no letrados). El juez, en cambio, se centraría en su labor sentenciadora la que, aun contando con toda su atención, se vería perjudicada mediante un juicio fáctico elaborado sobre la base de una actividad probatoria deficiente, caracterizada como no suficientemente seria”²⁷.

La falta de inmediación del juez ha sido uno de los principales problemas abordados en el PCPC, debido a que ha propiciado la generación de errores en materia probatoria. Este mismo

²⁶ Aguirrezabal, Maite. “La prueba pericial y su admisibilidad en el Proyecto de Código Procesal Civil”. *Cuadernos de extensión jurídica Universidad de Los Andes* (23). (2012): 125.

²⁷ Lillo, Ricardo. y Riego, Cristian. “¿Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la justicia civil en Chile?: Aportes para la reforma”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. (25). (2015): 21.

punto ha sido abordado por los mismos autores que han expresado: “(...) la intermediación y delegación de funciones que se ha impuesto en el procedimiento civil, incluso con el apoyo de expresas normas legales, afectarían actividades tan centrales como la prueba, en la que resulta fundamental una intervención directa del juez que debe tomar las decisiones. Luego, justamente esta falta de contacto del juez con la prueba se vería agravada como producto de la dispersión de trámites y la excesiva duración de los procedimientos”²⁸.

Si el juez delega sus funciones en otros auxiliares de la administración de justicia, entonces su rol como sentenciador se ve facilitado en gran medida si basa la valoración de la prueba en las conclusiones del peritaje. Los “conocimientos científicamente afianzados” constituirían un argumento de fuerza para darle un valor determinante a la prueba pericial, que comprendería el eje central sobre el cual se elaboraría la sentencia definitiva. De esta manera, el peso de la motivación de la sentencia recaería en los argumentos contenidos en el informe pericial y no en las conclusiones extraídas del juez en el proceso.

Finalmente, la ausencia del juez también ha repercutido en el rol que deben adoptar las partes dentro del juicio, volviéndose fundamental que presenten sus observaciones a la prueba. Esto dado que probablemente el juez se remita mayormente a este documento al momento de construir su razonamiento, ya que las partes son las principales protagonistas en el término probatorio en virtud del principio dispositivo.

3.2 La escasa formación de los jueces en materia de valoración del informe pericial

En Chile, para ser juez es necesario pasar por la Academia Judicial con el objetivo de poder ejercer tal cargo; es en esa instancia de formación donde se obtienen las herramientas para hacer una correcta valoración de la prueba, por lo que procede analizar qué tan preparados se encuentran los jueces para hacerse cargo de la prueba pericial.

Sin embargo, también es relevante analizar si existe algún tipo de formación a nivel universitario en cuanto a la valoración de la prueba y los aspectos problemáticos de la prueba pericial, puesto que ésta constituye una primera instancia de formación general para todos los

²⁸ Ibidem. 19.

abogados. Para ello, se utilizará como referencia a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Formación universitaria

En materia de cursos obligatorios no existe ningún curso que sea impartido para todos los estudiantes de la Facultad. No obstante, existe un curso electivo que se encuentra dirigido a las dificultades de la prueba civil y penal que sólo es tomado por algunos estudiantes con interés en el tema, mas no por todos los estudiantes de la Facultad.

Dentro del programa²⁹, se pueden encontrar dos unidades relativas al tema en cuestión:

“Unidad 3: Modelos de valoración probatoria (...)

Unidad 6: Prueba científica

- a) El conocimiento científico
- b) Problemas de sobrevaloración epistémica
- c) La prueba pericial bajo sospecha”

Según lo planteado, la formación universitaria es insuficiente para otorgar herramientas al juez para valorar la prueba pericial dentro de los estándares que se han señalado a lo largo de este trabajo, menos si sólo tiene la calidad de electivo. Peor aún, ésta era la primera vez que se impartía el curso (primer semestre de 2019) pero no tuvo suficiente cantidad de estudiantes inscritos para impartirse.

Formación en la Academia Judicial Chile

La Academia Judicial imparte tres programas para la formación de jueces en Chile: *a)* Programa de formación, destinado a formar a los postulantes al Escalafón Primario del Poder Judicial; *b)* Programa de habilitación, que busca cumplir con los requisitos legales del art. 253 del COT para postular a ser ministro de la Corte de Apelaciones, y; *c)* Programa de perfeccionamiento, estando este último destinado a aquellos que ya formen parte del Poder Judicial. Por ende, son de especial interés el programa de formación (que está encargado de la

²⁹ Prof. Flavia Carbonell B; Prof. Jonatan Valenzuela S. *Programa Curso Electivo Prueba Civil y Penal*: Facultad de Derecho Universidad de Chile.

primera etapa de educación) y el programa de perfeccionamiento (que se encuentra en una etapa posterior) cuyo objetivo es capacitar a quienes ya son jueces y ya aprobaron la primera etapa.

En cuanto al *programa de formación* sólo se encuentran dos módulos que son pertinentes al tema en cuestión, cada uno con una duración de 3,5 horas por sesión, cuyos objetivos se enuncian a continuación:

“Módulo de sistemas probatorios:

En esta sesión se deberán exponer los distintos sistemas probatorios existentes y vigentes en nuestro ordenamiento procesal, destacando sus fundamentos, ventajas y desventajas comparativas.

Deben revisarse los sistemas probatorios en atención a la valoración o estimación de la misma. Según aquello, como mínimo deben analizarse los sistemas: de prueba libre, de prueba legal o tasada y los sistemas mixtos, abarcando sus consecuencias prácticas, sus objetivos teleológicos y su recepción en el sistema procesal judicial chileno. (...)

Módulo de apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica:

Sesión dedicada a la exposición del método de apreciación de la prueba según la sana crítica y las exigencias que plantea a la explicación o fundamentación de la decisión de dar ciertos hechos por probados y otros por no probados”³⁰.

Pero debe considerarse que la duración total de estos módulos es de 7 horas, donde no se contempla un análisis detallado sobre cómo abordar las problemáticas particulares de la prueba pericial al momento de valorar la prueba. No deja de ser sorprendente las escasas horas que se dedican a capacitar a los jueces en materia de valoración, sobre todo respecto de la sana crítica que cada vez tiene mayor aplicación en nuestro sistema.

Por otro lado, con relación al *programa de perfeccionamiento* es posible encontrar dos cursos atinentes al tema. El primero llamado “*Análisis y metaanálisis de informe de peritos*”, cuyos objetivos se detallan en lo que sigue:

³⁰ Academia Judicial Chile. *Programa de Formación curso N°76 2019*. (2019), 64-65.

“Objetivo general:

Al finalizar el curso, los alumnos estarán en condiciones de comprender la lógica y contexto judicial en que los informes periciales son requeridos, de modo de poder evaluar su calidad como medio de prueba legal en relación a la pregunta psicolegal formulada.

Objetivos específicos

Al finalizar el curso, los alumnos estarán en condiciones de conocer e identificar los estándares de calidad definidos de las evaluaciones periciales, pudiendo evaluar su calidad como medio de prueba legal”³¹.

El segundo curso de perfeccionamiento es llamado “Informe pericial en los procedimientos reformados: Incorporación, apreciación y valoración”:

“Objetivo general:

Que los asistentes analicen los criterios para establecer la idoneidad de un perito, sistematicen prácticas relacionadas con la recepción de la prueba pericial, mediante la información que reciban sobre los aspectos esenciales y base científica de las pericias más comunes.

Objetivos específicos:

Calificar adecuadamente la idoneidad de los peritos presentados por las partes y recibir su informe, así como la declaración de los testigos expertos”³².

Como es posible observar, estos cursos sí capacitan a los jueces en la materia en cuestión, sobre todo en cuanto a la idoneidad del perito y a la calidad del peritaje. Sin embargo, estos cursos son impartidos a un mínimo de 15 y un máximo de 30 estudiantes una vez al año y, además, están dirigidos a quienes ya formen parte del Poder Judicial y tengan cierta experiencia.

³¹ Academia Judicial Chile. *Programa de perfeccionamiento 2019: Análisis y metaanálisis de informe de peritos*. (2019), 1-2.

³² Academia Judicial Chile. *Programa de Perfeccionamiento 2019: Informe pericial en los procedimientos reformados: Incorporación, apreciación y valoración*. (2019), 1.

Pareciera ser que la formación de los jueces en la materia objeto de este estudio es insuficiente a nivel general, pues no todos pueden acceder a estos conocimientos mediante cursos de perfeccionamiento.

En consecuencia, es necesario que la RPC traiga consigo un programa de capacitación para los jueces (sobre todo considerando la oralidad que conlleva la Reforma), a fin de terminar con la práctica de traspasar la responsabilidad de valoración de la prueba del juez hacia los peritos. De lo contrario, se aceptaría que los peritos cumplieran con el rol de juzgar, lo que chocaría con todos los principios de nuestro sistema procesal.

Aquello especialmente considerando que la Reforma apunta a un sistema de control mediante interrogatorios y contrainterrogatorios, en que el juez debe intervenir para evaluar la pertinencia de las preguntas elaboradas por las partes y las contradicciones en que puede caer el perito. Se debe preparar a los jueces para cumplir con este rol más activo que les impone el Proyecto, lo que significa que también deben involucrarse haciendo preguntas que permitan aclarar o cuestionar la información suministrada por el perito

3.3 *El “buen y correcto desempeño” de los peritos según los jueces*

En el actual sistema los jueces carecen de las herramientas o conocimientos técnicos y científicos para cerciorarse del correcto desempeño del perito en la elaboración de sus informes. Durante las entrevistas, ante esta pregunta, la Jueza N°1 y el Juez N°4 se pronunciaron en este sentido, haciendo evidente la falta de intermediación en la fase probatoria³³. Ambos se remiten fundamentalmente a las listas elaboradas por la Corte como criterio de confiabilidad en el perito, lo que en realidad no garantiza su correcto y buen desempeño, sino que únicamente indica que la persona cumplió con los requisitos para formar parte de la nómina.

Por otro lado, si bien los Jueces N°2 y N°3³⁴ no hicieron alusión a las listas como una forma de verificar el correcto desempeño del perito, sí hicieron patente la falta de intermediación

³³ Pregunta N°4: ¿Tiene las herramientas para cerciorarse si el experto nombrado tiene un buen y correcto desempeño? En la afirmativa, ¿las usa?

Jueza N°1: “No tengo cómo [cerciorarme del correcto desempeño], me baso en la confianza que se usó un filtro al elaborar la lista de peritos”

Juez N°4: “Sí, tengo herramientas a partir fundamentalmente del listado, que da cierta objetividad y los antecedentes que me permitan verificar que sea un profesional adecuado”

³⁴ Ante la misma pregunta:

Jueza N°2: “No, no hay cómo saberlo, no hay un historial”

en la fase probatoria y la complejidad innata de la prueba pericial. Es decir, pareciera que la percepción de los tribunales es que el informe pericial se basta a sí mismo, lo que se encuentra profundamente alejado de la realidad, como se analizará cabalmente en los siguientes capítulos.

La apreciación de la prueba se ve profundamente afectada por los criterios utilizados por los tribunales. Según lo analizado hasta ahora, el diagnóstico de la fase probatoria es deficiente, lo que repercute directamente en la ponderación de la prueba. Esta misma opinión ha sido compartida por Pérez: “(...) tampoco hay inmediación, porque ésta significa que el juez tiene contacto directo con las partes y con la prueba, y, como bien sabemos, actualmente el contacto del juez con el expediente se produce recién cuando tiene que dictar sentencia”³⁵. Por consiguiente, el rol del juez ha sido comprimido únicamente en su función de sentenciador, desestimándose la importancia de su presencia en el resto del juicio.

Juez N°3: “La única manera de saber si se hace correctamente su trabajo, es analizar después su trabajo. De su informe se advierte si hizo bien su trabajo, si contestó lo que se necesitaba o si omitió sobre algún aspecto. Con los costos que involucra un peritaje, se analiza si es diligente durante el proceso. Uno tampoco va al acto de reconocimiento”

³⁵ Pérez, Patricia. “La Reforma Procesal Civil”. *Revista 50 + UNO*. (2) (2013): 33.

III. CAPÍTULO TERCERO: EL SISTEMA DE SELECCIÓN DE PERITOS Y LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL

1. Los sistemas de selección

Al momento de determinar el sistema de selección de peritos, existen principalmente dos posibilidades: que el experto sea nombrado de alguna por el juez o que el experto sea seleccionado directamente por alguna de las partes.³⁶

En la actualidad, en Chile el sistema de nombramiento de peritos se basa en listas que son confeccionadas bianualmente por las Cortes de Apelaciones, a partir de la apertura de un concurso público, y que posteriormente son aprobadas por la Corte Suprema. En principio, son las partes las que designan al perito de común acuerdo en una audiencia convocada al efecto. Sin embargo, en caso de que no haya acuerdo, el juez asume la designación del perito, sin poder recaer el nombramiento en ninguna de las dos primeras personas propuestas por cada parte.

En vista de lo anterior, el sistema chileno muestra una inclinación hacia un mecanismo de designación más cercano al del llamado “perito oficial” que al del “perito de parte”. Esto puesto que, sin perjuicio de la posibilidad de que las partes se pongan de acuerdo en su designación, la opción más recurrente es dejar el nombramiento a la elección del tribunal.

En contraste con el sistema de listas, enfocado eminentemente en la figura del perito oficial, la Reforma Procesal Civil propone un sistema de perito de parte. En este caso, son las partes quienes podrán recabar los informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar que sean citados a declarar en la audiencia de juicio

La importancia de la selección de un sistema u otro, para propósitos de esta tesis, radica en las distintas problemáticas que pueden suscitarse en la elaboración del peritaje mismo. Estas dificultades tienen repercusiones significativas en la valoración de la prueba por el juez, y es esencial considerar las posibles soluciones que se pueden adoptar para abordarlas.

2. El sistema actual: El perito oficial o de designación judicial

³⁶ Vázquez, Carmen. “El perito de confianza de los jueces”, *Análisis e Diritto* (Marcial Pones, 2016): 164.

Los artículos 416 y 416 bis del Código de Procedimiento Civil disponen que cuando el nombramiento de un perito corresponda al tribunal, éste deberá seleccionarlo entre los peritos que figuren en las listas elaboradas por las Cortes de Apelaciones y aprobadas por la Corte Suprema. Los peritos interesados en formar parte de la nómina deberán postular a un concurso público que se llevará a cabo cada dos años, debiendo acreditar sus conocimientos especiales en alguna de las áreas de especialidad a las que se ha convocado.

En el sistema de listas, se pueden distinguir una serie de etapas en las cuales se pueden emplear diversos mecanismos procesales para mejorar la fiabilidad del perito oficial y para garantizar una mayor calidad de su informe.

La primera etapa, es la formación de la lista por las Cortes de Apelaciones, en la que es necesario aplicar criterios que validen al experto en su calidad de tal, prescindiendo de quienes no puedan garantizar un estándar mínimo de calidad.

En otra etapa, dentro del proceso, el juez procede a la selección del perito, siendo fundamental elegir al experto más adecuado al caso y con el mejor desempeño posible.

Por último, está la etapa de la valoración de la pericia, en la que el tribunal debe tener especial precaución para evitar caer en el riesgo de reemplazo del juez por el perito, lo que será abordado en el capítulo IV de esta tesis.

En el marco de las entrevistas a jueces llevadas a cabo para esta tesis, como se observará en los siguientes apartados, se han identificado una serie de problemas en el sistema de listas. Estos problemas se relacionan con los criterios de selección empleados, tanto para la formación de la nómina por las Cortes de Apelaciones como para la selección del perito por el juez en el caso específico. Además, existe una limitación que encierra el listado mismo, ya que no abarca todas las especialidades, lo que podría ser un obstáculo en situaciones que requieran peritajes fuera de las áreas incluidas en las listas.

2.1. Formación de listas por las Cortes de Apelaciones: La insuficiencia de criterios de selección de los peritos

Para formar las listas de peritos, las Cortes de Apelaciones deberán convocar a un concurso público, en el que los postulantes deberán indicar su especialidad y acompañar sus antecedentes profesionales o aquellos que le autoricen a desempeñarse en su área de experticia.

El Auto Acordado s/n (acta n°208-2013) de la Corte Suprema regula en detalle el procedimiento de confección de la lista de peritos, para lo cual establece una serie de criterios de selección en su artículo 5:

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

- a) Acreditación de los conocimientos especiales de alguna ciencia, arte o especialidad, para la cual se tendrá especialmente en consideración la vinculación del candidato con la docencia y la investigación universitaria;
- b) Los años de experiencia acreditados mediante título profesional u otra forma que sea digno de producirse;
- c) Los informes de los jueces, policías, Colegio de Abogados y reclamos o felicitaciones expresadas por instituciones o particulares y de los respectivos colegios profesionales, en su caso;
- d) Cualquier otro antecedente que se relacione con su desempeño como perito, profesional o en la ciencia, arte o especialidad, como en general, que diga relación con su idoneidad, probidad y ética.”

Como se puede observar, hay cuatro categorías de criterios a analizar para seleccionar a los postulantes: acreditación de conocimientos, años de experiencia, informes de instituciones y cualquier otro que proporcione información sobre su desempeño.

No obstante, cabe cuestionarse si la recopilación de estos antecedentes es suficiente para acreditar que el perito tiene conocimientos especializados en su área o si es sólo una verificación de requisitos formales para su inclusión en la lista. Surge la interrogante de cómo demostrar, a partir de estos antecedentes, que el trabajo del experto ha cumplido y cumplirá con los

parámetros necesarios para elaborar un informe que aporte un valor agregado a la resolución del caso.

Es más, se ha criticado la carencia de objetividad en los criterios de selección dada su abstracción, lo que termina desencadenando una falta de rigurosidad en la elaboración del listado.³⁷

En relación con su desempeño, también se refiere sobre la materia el artículo 4 del mismo cuerpo normativo en que se dispone:

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

En atención a las instituciones a las cuales se les solicita estos informes, se desprende que la finalidad es verificar si el perito ha sido objeto de sanciones disciplinarias impuestas por los colegios profesionales o de responsabilidad civil o penal por hechos acontecidos en el desempeño de su trabajo. Así, se impone un mecanismo indirecto de fiscalización de conductas previas para excluir de la nómina a quienes tengan antecedentes desfavorables en este ámbito.

Sin embargo, la poca relevancia de esta exigencia se denota en la posibilidad de resolver sobre la incorporación del perito en la nómina, prescindiendo de los informes no evacuados luego de 30 días.

La falta de rigurosidad en la formación de la nómina, según las palabras de Carlos Correa Robles, ha desembocado en el descrédito de la lista por no permitir asegurar eficazmente la calidad del perito en sí. Sin perjuicio de ello, estima que el sistema de listas puede tener buenos resultados con la incorporación de otro tipo de mecanismos procesales habilitantes para los postulantes a peritos: “Lo anterior, estimo, no debiese minar la necesidad de contar con listados de peritos que respondan a ciertos estándares que otorguen al menos una presunción de

³⁷ Correa, Carlos. “Comentario al libro: De la prueba científica a la prueba pericial de Carmen Vázquez”. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*.(34). (2021): 36.

idoneidad a quien se encuentre incluido en ellos. Una solución posible para restablecer la credibilidad de dichas listas podría consistir en la incorporación a estas previa aprobación de exámenes de habilitación a cargo de un comité de selección.”³⁸

El problema planteado sobre la falta de rigurosidad en la formación de la lista denota la necesidad de evitar caer en una confianza desmedida en la calidad del experto por el sólo hecho de ser incluido en la nómina.

La incorporación de exámenes habilitantes propuesta por Carlos Correa Robles propone una posible solución al problema, pero que también representa una serie de desafíos a analizar y a superar. En caso de incorporarse, habría que definir si este examen habilitante sería diferente y específico para cada especialidad, a cargo de un comité de expertos de alguna institución o colegio profesional del área, o si sería un examen general para todos los postulantes.

Si se adopta la primera opción, se presentaría un considerable aumento en los costos de selección, tanto económicos como con relación al tiempo y personal humano involucrado, y también se presentaría la dificultad de determinar cómo seleccionar al comité de expertos o institución del área.

Por otro lado, la segunda opción no permite evaluar la calidad del perito en el ámbito de experticia al que postula, por lo cual podría caerse en la misma falta de rigurosidad del proceso de selección actual. No obstante aquello, sí podría tener utilidad si se enfocara en verificar ciertas competencias generales necesarias para la elaboración de informes periciales, por ejemplo, exponer de manera correcta y clara los métodos utilizados para llegar a la conclusión de la pericia.

2.2. La selección del perito por parte del juez: La falta de atención a la idoneidad del perito para el caso concreto

Al decretarse la procedencia de la prueba pericial, ya sea de oficio o a petición de parte, se debe designar a un perito específico para la realización del informe. De las múltiples

³⁸ Ibidem. 37.

especialidades contenidas en la lista puede existir más de un perito en la oferta disponible por lo que el juez tendrá que seleccionarlo atendiendo a las necesidades del caso.

El problema nace en la inexistencia de pautas a seguir sobre el tema tanto a nivel legal como reglamentario, teniendo los jueces una amplia discrecionalidad para seleccionar a un experto. Por esta razón, no hay uniformidad en los criterios de selección ya que varían según cada tribunal.

Es de suma importancia determinar los criterios que emplea el tribunal para designarlo puesto que, para asegurar la fiabilidad del informe, el perito debe satisfacer las competencias específicas que requiera el caso concreto. En razón de ello, se consultó a diversos jueces de los tribunales de Santiago sobre el tema, cuyas respuestas se detallan a continuación:

“¿Qué criterios sigue para designar a un perito que está en la lista, cuando hay más de uno en la oferta disponible?

Jueza N°1: Literalmente los enumero y lo hago al azar. Tratando de emular un poco lo que pasa con los martilleros, donde el sistema en la práctica designa al azar un martillero, para hacerlo más transparente porque antes el tribunal lo designaba.

Jueza N°2: Sólo orden numeral.

Juez N°3: Primero me fijo que sea del domicilio de acá en Santiago, y en segundo lugar trato de inclinarme de aquellos que haya elegido antes o que haya revisado un informe que haya sido bueno, porque lo más importante es que se hagan bien y las conclusiones sirvan para resolver. Si tengo un antecedente que haga bien su pericia, me inclino por él. Si no conozco ninguno en esa materia, es completamente aleatorio.

Juez N°4: El criterio es fundamentalmente su experticia profesional, el título que tenga, y a veces reviso ciertos antecedentes de su CV.”

Se aprecia un criterio dividido: por un lado, las juezas N°1 y 2 se acercan a un criterio numeral guiado por el azar y, por otro, los jueces N°3 y 4 adoptan una postura más activa en cuanto a los antecedentes disponibles del perito.

En este punto es relevante cuestionarse si los jueces deben tomar una posición más activa, en vista de priorizar la experiencia y experticia, o una posición más pasiva, con el fin de resguardar la igualdad de posibilidades que tienen los peritos para ser elegidos.

En esta tesis se sostiene que, en pos de conseguir un mejor resultado del informe y un mayor acercamiento a la verdad, es menester incorporar mecanismos procesales a los cuales los jueces puedan recurrir para designar al experto. Si las Cortes de Apelaciones deben atender a ciertos criterios al momento de seleccionar a los postulantes que integrarán la nómina, es de toda lógica que los jueces también sigan ciertas pautas.

Como se observó en el apartado 2.1., en la práctica, la nómina de los peritos no necesariamente asegura que éstos sean idóneos o que evacuen informes de calidad. Por tanto, se debe proveer a los jueces con herramientas para verificar que el perito seleccionado ha tenido un buen desempeño. Sobre esta materia, Carmen Vásquez ha planteado interesantes propuestas para solucionar esta problemática:

“Si centramos la atención en mecanismos institucionales, sin duda, una mejoría del sistema de justicia en lo que toca a los peritos de confianza de los jueces pasa por establecer sistemas de comunicación fluida tanto entre los diversos miembros que conformen determinada comunidad jurídica como con las diversas comunidades expertas con el objetivo de incentivar que los peritos encapsulen los intereses de los jueces. Es decir, conviene introducir diversos mecanismos que permitan hacer público el conocimiento que se tiene sobre la conducta relevante de los peritos en su actuación como tales. Por ejemplo, el propio sistema procesal podría prever la posibilidad de que los jueces indicaran en un cierto registro público a los peritos que hubiesen desarrollado su tarea con graves deficiencias, voluntarias o involuntarias, a efectos de dificultar o impedir su participación como experto en otros proceso. Para evitar casos de animadversión sobrevenida de un juez hacia un perito, pudiera preverse también que esa indicación tuviese efectos solo cuando al menos tres jueces distintos la realizaran. O bien, que los jueces comunicaran las deficiencias observadas a la(s) comunidad(es) y fuese(n) esta(s) quien(es) viera(n) de desarrollar el registro respectivo.”³⁹

³⁹ Vásquez, Carmen. "El perito de confianza de los jueces." *Análisis e Diritto* (Marcial Pons, 2016): 181-182.

Asimismo, dirigiendo el enfoque a la publicidad del desempeño de los especialistas, se hizo evidente que el tribunal también carece de herramientas para verificar que estos no se encuentran sujetos a sanciones disciplinarias o penales impuestas por el ejercicio irregular de su cargo⁴⁰. Sin estos instrumentos se dificulta la tarea del juez para evaluar la idoneidad del perito en base la validez de sus pronunciamientos en su práctica profesional.

Aquello pone de manifiesto la debilidad de control institucional en esta materia, en que la responsabilidad de informar recae sobre la Corte, la que actualiza la lista cada dos años. Una vez elaborada la lista de peritos por la Corte, no hay un sistema que permita informar al resto del Poder Judicial sobre la rectitud o buen desempeño en su ejercicio profesional.

La única posibilidad de acceder a esta información sería mediante una investigación por las partes, debido a que difícilmente los jueces abordarán esta misión por su ausencia durante el periodo probatorio.

Si bien Carmen Vásquez plantea la idea a propósito del sistema de listas, como una manera de mejorar la fiabilidad del perito, Carlos Correa hace presente que este mismo mecanismo, aunque no institucionalizado, ha tenido utilidad en materia penal posterior a la reforma: “Sin obviar la precariedad del sistema vigente en nuestro país, el recurso de una suerte de “historial del perito”, en la praxis, sí ha resultado relevante tras la entrada en vigencia del Código Procesal Penal: en el juicio oral, los intervinientes se basan muchas veces en peritajes anteriores elaborados por el mismo experto para demostrar contradicciones o sesgos de este (un caso recurrente es el del perito que ha realizado exclusivamente peritajes encargados por la defensa de imputados por delitos sexuales).”⁴¹

⁴⁰ Pregunta N°3: ¿Tiene las herramientas para cerciorarse si el experto nombrado tiene sanciones disciplinarias o penales dispuestas por el ejercicio irregular de su cargo de perito? En la afirmativa, ¿las usa?

Jueza N°1: No, no sé cómo se verifica. Cuando se designa al perito las partes deben hacer su investigación. Yo confío que la lista de peritos está bien, tengo que partir de esa base”

Jueza N°2: “No, no hay cómo saberlo, no hay un historial”

Juez N°3: “Entiendo que no, salvo cuando la Corte comunica por correo institucional que hay algún perito excluido de la nómina o ha fallecido. Cada cierto tiempo comunica, es la única vía, creo, que tengo para obtener esa información”

Juez N°4: “No del todo en cuanto a la información, carezco a veces de toda la información, pero en realidad nunca he tenido problemas en las designaciones”

⁴¹ Correa, Carlos. “Comentario al libro: De la prueba científica a la prueba pericial de Carmen Vásquez”. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*.(34). (2021): 37.

En consecuencia, se torna evidente que la propuesta de contar con antecedentes de desempeño del perito tiene utilidad tanto en la actualidad, con el sistema de listas, como en la modificación que plantea la RPC.

2.3. Los límites del listado de peritos

Más allá de los problemas planteados anteriormente sobre la selección de los peritos, que recae sobre los tribunales, es necesario detenerse para analizar una limitación intrínseca a la lista en sí: la imposibilidad de contar con un número ilimitado de expertos y especialidades.

El artículo 2 del Auto Acordado s/n (acta n°208-2013) de la Corte Suprema detalla específicamente esta materia:

“Especialidades. Cada Corte de Apelaciones formará un conjunto de especialidades en las que se podrá postular por los interesados, las que se procurará queden agrupadas por las siguientes áreas: Administración de Empresas, Agronomía, Arquitectura, Asistente o Trabajador Social, Biología, Bioquímica, y Construcción Civil, Enfermería, Fonoaudiología, Ingeniería Civil, en sus distintas menciones y especialidades, Ingeniería de Ejecución en sus distintas menciones; Medicina, en sus distintas especialidades, Medicina Veterinaria, Odontología, Pedagogía y Educación, Psicología y Química y Farmacia. Además, se contemplarán otras áreas, tales como: acuicultura, antropología, arqueología, arte, auditoría, balística, calígrafo y documentación, computación, derecho internacional privado y público, ecología, filmaciones y audio, fotografía, geología y minería, geomensura, infectología e intoxicaciones, investigación de hechos del tránsito, joyería, medio ambiente y contaminación en sus distintas especies, mecánica automotriz, meteorología, montaña y alpinismo, nutrición, prevención de riesgos, traductor e intérprete, topografía y turismo.

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

De lo dispuesto por este artículo se puede apreciar que existe un listado cerrado de especialidades que complejiza recurrir a expertos fuera de estas áreas. Finalmente, será labor

del juez decidir qué curso de acción tomar en el caso de presentarse la necesidad de recurrir a una especialidad no contemplada.

Sobre ese punto, hay que recalcar que han ido surgiendo disciplinas más específicas en cada ámbito de especialidades. Este fenómeno de especialización ha tenido un acentuado crecimiento desde el siglo XX y ha llegado al punto de no sólo crearse una gama cada vez más amplia de especialidades, sino que también de subespecialidades dentro de las mismas.⁴² Esto, de la mano con los avances tecnológicos de los últimos tiempos, ha contribuido a la necesidad de contar con una gran variedad de expertos que puedan satisfacer de pericias cada vez más específicas.

Durante las entrevistas que se llevaron a cabo a jueces de letras de Santiago, se les formuló una serie de preguntas al respecto, con el fin de observar cual era el criterio que estaban adoptando en estas situaciones. A continuación, se detallan las preguntas y sus respuestas:

“Pregunta N°5. En el evento que nombre perito a profesionales que no estén en la lista de la Corte, ¿qué criterios utiliza para escoger a la persona?

Jueza N°1: No me ha tocado.

Jueza N°2: Como les comentaba, se le pide a una universidad acreditada que nos nombre una persona para nosotros hacer un nombramiento en base a los profesionales que ellos propongan.

Juez N°3: Me inclino por un criterio institucional. Por ejemplo si hay una especialidad médica que no hay en el listado, me tocó una especialidad en urgenciología y no había, así que busqué al colegio de urgenciólogos y me remito a esa institución más que al nombre de la persona, y elijo al presidente de la institución. Si tengo que suplir una carencia en la lista de peritos busco en instituciones.

42 Hernández, Luis. 2015. «Consideraciones filosóficas Sobre El fenómeno De La Especialización En Las Ciencias». Praxis Filosófica, n.º 39 (febrero):45.

Juez N°4: En el evento que lo hiciese, aunque no lo he hecho, ocuparía los mismos elementos en cuanto a su experticia profesional, los antecedentes de su CV y especialmente me preocuparía de verificar su experiencia en juicios similares.

Pregunta N°6: Cuando el experto cuya especialidad se requiere no está en la lista, ¿ nombra a uno que no está en la lista, busca en la lista por aproximación de especialidad o no nombra perito?

Jueza N°1: No me ha tocado, y yo creo que en el evento de, seleccionaría a lo más similar y después a algún particular que esté de acuerdo con la calidad.

Jueza N°2: Si no está en la lista, hacemos lo anterior.

Juez N°3: Se respondió anteriormente.

Juez N°4: Busco en la lista por aproximación de especialidad”

Es posible notar dos tendencias por parte de los jueces entrevistados: por un lado, la jueza N°1 y el juez N° 4 se inclinan por un criterio de aproximación de especialidad nombrando al perito del área más similar y, por el otro, la jueza N°2 y el juez N°3 toman un criterio institucional.

El primer criterio presenta complicaciones porque cabe cuestionarse cómo se determina esta similitud y, consecuentemente, si el perito nombrado por aproximación tiene las capacidades para hacer un peritaje sobre la especialidad que se asemeja a la suya. En áreas donde existen fuertes diferenciaciones entre especialidades y subespecialidades, como la medicina, no es posible estimar que un especialista estará igualmente capacitado que un subespecialista para referirse al contenido de la pericia. Por ejemplo, no es posible comparar un médico cirujano sin especialidad con otro que adicionalmente estudió tres años para especializarse en traumatología y ortopedia, y mucho menos con un traumatólogo que se subespecializó dos años más en cirugía de pie y tobillo. Evidentemente, en un caso de negligencia médica durante una operación de tobillo, el informe del subespecialista será considerablemente más preciso y específico que el de un médico general, contribuyendo con mayor certeza a la resolución del caso.

El segundo criterio, institucional, no tiene este problema porque directamente se hace cargo del vacío de especialidad o subespecialidad remitiéndose a alguna institución, como un colegio gremial o universidad, para que recomiende a un experto del área. La RPC, al no contemplar un listado cerrado de especialidades, se pronuncia en este mismo sentido pues incorpora la posibilidad de acudir a instituciones cuando las partes no hagan la designación.

El artículo 324 NCPC inciso tercero dispone que, cuando se acredite falta de recursos por la parte solicitante, el juez podrá solicitar la elaboración del informe de peritos a algún órgano público u organismo que reciba aportes del Estado. Adicionalmente, el inciso cuarto expresa que, en el evento que el tribunal sea quien decrete el peritaje, ordenará un peritaje institucional si no hay acuerdo entre las partes. En esta misma línea, el artículo 325 NCPC precisa que podrán practicar pericias instituciones públicas o privadas mientras sean suscritas por sus representantes y los profesionales que las elaboraren.

De este modo, se aprecia que el legislador ha optado por un criterio institucional, dando una orientación que los jueces desde ya pueden adoptar para arribar a conclusiones más precisas. Si bien la RPC faculta a las instituciones para emitir informes periciales y la normativa actual no, el tribunal sí puede consultar por recomendaciones de especialistas, tal como se ha observado en la práctica.

No obstante, el desafío se mantiene en cuanto a la determinación de las instituciones a las que acudir por existir una amplia variedad de posibilidades: universidades, colegios gremiales, órganos públicos, instituciones privadas, etc, En consecuencia, estará a discreción del juez definir si acudir, por ejemplo, a una universidad o un colegio gremial y, luego, determinar a cuál de todas las universidades o colegios gremiales le pedirá su recomendación.

3. El sistema de la RPC: El perito de parte

El PCPC modifica el sistema de perito oficial basado en listas para introducir al perito de parte donde, de acuerdo con el artículo 324, son las partes quienes presentan el informe de un perito de su confianza, quien posteriormente será citado a declarar. En este caso, las partes son las encargadas de acreditar la idoneidad del perito acompañando sus antecedentes profesionales y los antecedentes que demuestren su eventual relación con las partes o el tribunal.

De esta manera, el tribunal sólo podrá decretar peritaje cuando las partes no lo hubieren ofrecido, arbitrando las medidas necesarias para que la designación del perito sea de común acuerdo. De lo contrario, se deberá designar un peritaje institucional, por instituciones públicas o privadas, pero siempre contando con título profesional en caso de ser necesario.

El contenido mismo del informe, a diferencia de la regulación actual, debe cumplir con una serie de criterios según lo dispuesto en el artículo 326 NCPC, tales como la descripción del objeto del peritaje, la relación de los principios y reglas de la ciencia, arte u oficio invocados, la relación circunstanciada de los procedimientos practicados y su resultado (especialmente los que digan relación con el método utilizado), las conclusiones que se extraen de tales datos en conformidad con los principios expuestos y la firma de los profesionales involucrados.

Con ello, se busca salvaguardar uno de los vacíos que presenta el Código en la actualidad, que es la falta de sistematización y de contenidos mínimos del informe pericial.

Asimismo, los informes deberán emitirse con objetividad y atenerse a los principios del área de experticia del perito, mas esto no se contradice con la posibilidad que las partes se dirijan directamente a solicitar peritajes con el experto que adopte una postura de base más acorde a los planteamientos de su caso. Con ello, se introduce el principal problema del sistema de peritaje de origen: la parcialidad de origen.

3.1. El problema de parcialidad de origen

El peritaje de parte no ha estado exento de críticas, particularmente en lo relativo a la falta de imparcialidad que podría presentarse en la elaboración de sus informes. Asimismo, las partes podrían solicitar múltiples peritajes y presentar únicamente los que les fueran favorables, disponiendo de aquellos que no aportaren a su teoría del caso: “La jurisprudencia y la doctrina al tratar la imparcialidad del perito se suelen concentrar en la imparcialidad de origen, con lo que conceptualmente el perito nombrado por el juez es imparcial y el de parte es parcial en ese sentido. El perito nombrado por las partes sufre de una parcialidad de origen estructural, dado que si lo que aquél concluye no favorece a la parte que pretende introducirlo a juicio, ésta simplemente no lo presentará; a diferencia del perito seleccionado de alguna manera por el juez. Favorece a esto, además, que el cúmulo mayor o menor de operaciones periciales que los expertos seleccionados por las partes deban realizar a efectos de sus conclusiones (o

afirmaciones testimoniales), son realizadas fuera del proceso y sin mayores controles judiciales.”⁴³

En vista que el peritaje de parte puede presentar un problema de parcialidad de origen, la exigencia legal de exponer los principios y reglas de la ciencia, arte u oficio invocados, así como también los procedimientos y métodos empleados, enfrenta dicha parcialidad buscando validar el peritaje estableciendo la obligación de fundamentar su contenido según los lineamientos generales del área. En teoría, incluso si el perito adopta una postura “minoritaria” en el área respecto de la cual se solicita el peritaje, igualmente tendría la obligación de exponer todos los principios y reglas generales, por lo cual se volvería más sencillo destacar que dicha postura es minoritaria en el contradictorio.

Para salvaguardar esta eventual falta de imparcialidad, se debe proveer de herramientas para evaluar la calidad del informe pericial, lo cual será determinante al momento de su valoración: “es aquí donde en mi opinión reside el único criterio indispensable para la admisión de pruebas periciales de parte en atención a su calidad: que se tenga información precisamente sobre la calidad de éstas. Podría decirse entonces que el único criterio indiscutible respecto al tipo de información que se admite es que se trate de información empírica susceptible de arrojar datos sobre su calidad. Conviene advertir que no se trata tanto de una evaluación sobre la calidad de la información misma, sino acerca de la posibilidad de formarse un juicio sobre la calidad de la información, cuyos indicadores no se agotan en las meras credenciales de los expertos. Si, en definitiva, no tenemos ninguna información sobre la calidad de la astrología o la lectura de los posos del café, en ningún caso podríamos considerar que fundar una decisión en la información aportada por ese tipo de «pericias» haría aumentar las posibilidades de acierto en la decisión y, por ende, deberían ser inadmitidas.”⁴⁴

Sin perjuicio que en el PCPC no se contempla una audiencia preparatoria que permita declarar inadmisibile la prueba, a diferencia del caso planteado por la autora, es igualmente pertinente su análisis para restarle valor probatorio a la prueba pericial de no cumplirse el criterio propuesto.

⁴³ Vázquez, Carmen. “La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales”. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (38). (2015): 112.

⁴⁴ *Ibidem*. 116.

A aparente vista, como ya se mencionó, pareciera que el artículo 326 relativo al contenido del informe resolvería este problema y podría proveer al juez de algunas herramientas para evaluar la calidad del informe, tales como la relación de los principios del área y de la metodología empleada en el informe. Aun así, se trata de algo meramente teórico que no necesariamente va a reflejarse con tanta transparencia en la práctica, por lo que es menester resolver cómo se va a enfrentar aquello cuando se implemente la RCP.

3.2. El contradictorio como mecanismo de control de calidad

En este punto, cobra relevancia el contradictorio como mecanismo de fiscalización de la contraparte para hacer notar al juez la falta de calidad del peritaje o de la presencia de eventuales sesgos del perito.

El artículo 329 NCPC elimina la posibilidad de inhabilitar a los peritos pero se ofrece una solución a este problema poniendo la carga de controlar la credibilidad y experticia de los peritos sobre las partes (y en parte, al juez): “Ahora bien, en mi opinión la mejor etapa para identificar este tipo de parcialidad no es la admisibilidad de la prueba sino su práctica, puesto que es entonces cuando el juez conoce mejor el caso y, sobretodo, cuando tiene posibilidad de cuestionar la completitud de las afirmaciones periciales, contrastar las pruebas disponibles, etc. Esto supone la práctica de la prueba mediante el principio de contradicción en su doble faceta, es decir, como herramienta de control de las partes y como herramienta cognoscitiva del juez. Lo que, a grandes rasgos, supone a su vez que el perito acuda a la audiencia respectiva a explicar (no sólo a ratificar o repetir oralmente su informe) y que tanto las partes como el propio juez puedan preguntar todo aquello que lleve a una mejor comprensión de las afirmaciones realizadas”⁴⁵

Es fundamental que, para sacarle provecho al contradictorio, las partes hagan presente estas consideraciones en sus observaciones a la prueba, donde podrán analizar el desempeño del perito y cuestionar sus conclusiones o metodologías empleadas. Empero, para ello es necesario que se superen las barreras de información que son inherentes al informe pericial, donde se expone en términos técnicos acerca de determinada materia. Por esto, es fundamental que tanto

⁴⁵ Ibidem. 112-113.

las partes como el juez comprendan la información expuesta por el perito. Se ahondará sobre este punto en el próximo capítulo.

IV. LA VALORACIÓN A TRAVÉS DE LA SANA CRÍTICA Y SU INCERTIDUMBRE

1. Las dificultades doctrinarias

La sana crítica se encuentra compuesta por tres criterios esenciales para determinar el contenido de la valoración de la prueba: la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Aunque estos criterios a primera vista parecieran bastarse a sí mismos, en la práctica han derivado en una escasa fundamentación jurídica en los considerandos de las sentencias, puesto que los jueces se remiten a su mera mención para justificar su decisión.

Si bien es posible encontrar autores que se han dedicado específicamente a este tema, la generalidad de la doctrina nacional se limita a explicar el sistema de valoración de la prueba sólo mencionando sus elementos principales, sin explicar en profundidad su contenido. Asimismo lo señala Benfeld al decir que: “ningún autor ha podido, de momento y dentro del ámbito nacional, señalar cuáles serían efectivamente esas “reglas de la sana crítica”; los conceptos que tradicionalmente se integran en la noción de “sana crítica” (principios de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicamente afianzados) no han sido debidamente inscritos en el registro propio del sistema de ponderación”⁴⁶.

La Reforma debe enfrentar este grave problema de determinación de conceptos, lo que también significa un desafío enorme para la doctrina en desarrollar su contenido. El PCPC sólo se remite a las reglas de la sana crítica, sin referirse detalladamente a nivel legal acerca de los criterios en cuestión.

De lo contrario, se está poniendo en riesgo la fundamentación de las decisiones judiciales porque la indeterminación de estos criterios repercutiría directamente en la apreciación de la

⁴⁶ Benfeld, Johann. 2015. “Una concepción no tradicional de la sana crítica”. *Revista de Derecho*. (45) (2015): 155.

prueba. Esto es, remitirse a “los principios de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicamente afianzados” no constituye una fundamentación por sí misma, sino que una mera enunciación de conceptos.

Si se tiene presente la escasa formación de los jueces en cuanto a el desarrollo de estos criterios, como se demostró en el capítulo anterior, pareciera ser que no es posible alcanzar una ponderación racional de la prueba si se deja la determinación de estos conceptos a la valoración discrecional del juez.

Este planteamiento también ha sido compartido por Benfeld, quien afirma que: “aunque los jueces advierten que carecen de una instrucción formal en materia de lógica clásica, reglas de inferencia inductiva y conocimientos científicos, esto no parece ser óbice para ejercer de manera adecuada la labor de ponderación de la prueba de acuerdo a la sana crítica. De hecho, en el estudio de Coloma y Agüero, los jueces entrevistados de forma bastante consistente afirman que dicha falta de instrucción se suple en buena medida por la propia experiencia de los magistrados y por un conjunto de prácticas compartidas por los mismos”⁴⁷.

La dificultad que trae este tipo de prácticas recae eminentemente en la falta de seguridad jurídica que tienen las partes al momento de enfrentarse a la etapa probatoria, sobre todo en lo referente a las observaciones a la prueba, que es el momento en que pueden convencer al juez de valorar la prueba de la manera que les resulte más favorable. En este sentido, es necesario que exista un criterio unificado que permita anticipar el razonamiento de los jueces de una manera consistente, sin tener que investigar aquello de tribunal en tribunal.

Esto es particularmente grave en cuanto a los conocimientos científicamente afianzados, como se verá más adelante, ya que puede conducir a una extremada confianza por parte del juez hacia el informe pericial. Es decir, se daría como acreditado este elemento solamente por recaer en una prueba de carácter científico, sin necesariamente considerar la validez de la prueba pericial ni la idoneidad del profesional a cargo en la elaboración de sus informes.

Por tanto, hay un desafío pendiente para la doctrina en cuanto a delimitar estas directrices y el contenido de la fundamentación que debería realizar el juez con relación a cada uno de estos

⁴⁷ Ibidem. 171.

criterios. Si no, se deja a la libre discreción del tribunal el significado que se le atribuirá a estos elementos dependiendo del caso. Si bien la doctrina no tiene un valor vinculante en el razonamiento de los tribunales, sí influye sustancialmente en sus planteamientos, como se ha podido ver a lo largo de la práctica judicial que tiende a remitirse siempre a autores destacados en la materia a tratar.

2. El escaso desarrollo jurisprudencial

La jurisprudencia es esencial en este punto pues permite hacer un diagnóstico de la situación en el actual sistema donde prepondera la prueba legal o tasada. Lo anterior, pese a que en materia pericial apliquen las reglas de la sana crítica pero, como ya se ha visto, se inserta dentro de este sistema cuya lógica tiende a preponderar.

La fundamentación de las sentencias judiciales tampoco ha desarrollado el contenido de los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, o sólo lo ha hecho en menor medida, como se verá a continuación.

En las sentencias analizadas en este trabajo (del año 2005, 2008, 2010, 2014 y 2016 respectivamente) sobre valoración de la prueba y, en particular de la prueba pericial, los considerandos del tribunal se limitaron a enunciar que se transgredían los criterios mencionados anteriormente, pero sin mencionar por qué y sin referir al contenido de ellos; salvo por las últimas de ellas de 2014 procedente de la sala constitucional de la Corte Suprema y de 2016, proveniente de la sala primera. A continuación, se analizarán someramente las sentencias mencionadas (con subrayado agregado).

La primera sentencia del año 2005 se trata de un recurso de casación en el fondo y en la forma (que fueron rechazados), que procede de la primera sala de la Corte Suprema, en que se analiza la valoración de la prueba pericial:

“Que debe entenderse, entonces, que la Corte de Apelaciones se hizo cargo del mérito probatorio del informe pericial aludido, el que fue apreciado de acuerdo con las reglas de la sana crítica y concluyó, de acuerdo con lo razonado en la sentencia apelada, que no desvirtuaba las consideraciones dadas para rechazar las excepciones opuestas, análisis

que, aún en la hipótesis de ser errado -como lo estima la demandante-, es suficiente para entender cumplida la exigencia legal a que se hizo referencia en el motivo segundo”⁴⁸

Como puede observarse, ni siquiera se alude a los elementos que componen la sana crítica, así como tampoco al contenido de ellos. En consecuencia, la sana crítica se limita a ser un concepto vago e impreciso en la fundamentación judicial.

La segunda sentencia se trata de un recurso de casación en el fondo del año 2008 (que fue acogido) que proviene de la sala cuarta o mixta en cuanto a un procedimiento laboral, por lo que no se analiza en concreto la prueba pericial como medio probatorio, pero sí ilustra la concepción sobre la valoración de la prueba a través de la sana crítica:

“Que, por consiguiente, es dable concluir que en la sentencia atacada se han vulnerado las reglas de la sana crítica, al analizar la prueba rendida faltando a la lógica y desatendiendo la experiencia, integrantes indiscutibles de esa manera de apreciar los elementos de convicción allegados a un proceso laboral, de modo que el recurso de casación en el fondo intentado por el demandado debe ser acogido para la corrección pertinente, desde que el quebrantamiento de los artículos 455 y 456, además de la disposición contenida en el artículo 160 N° 3, todos del Código del Trabajo, ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que condujo a condenar al demandado al pago de indemnizaciones improcedentes”⁴⁹

Surge la duda de por qué se desatendieron las reglas de la sana crítica vulnerándose los principios de la lógica y las máximas de experiencia, ya que no se especifican las razones de ello. Sería esencial para entender los fundamentos del fallo las razones por las que no se cumplen con los criterios de la sana crítica.

La tercera sentencia se trata de un recurso de casación en el fondo (que fue rechazado), que proviene de la primera sala de la Corte Suprema en que se analiza el mérito probatorio de la prueba pericial, donde se estima que el perito no estimó claramente los deslindes del área

⁴⁸ C. Suprema. 11 mayo 2005. V. lex. Rol N° 4101/2003. (C. 4°)

⁴⁹ C. Suprema. 22 julio 2008. V. lex. Rol N° 3426/2008. (C. 7°)

objeto de una acción reivindicatoria. Acá, también se hace referencia a la valoración de la prueba mediante las reglas de la sana crítica:

“Que respecto de la denuncia de vulneración al artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, la cual se orienta a argumentar que el perito únicamente concluiría con meridiana claridad la superficie del retazo de propiedad del demandante que estaría siendo ocupado por la demandada, sin señalar los deslindes específicos de tal área, efectuándose, a continuación, una indebida apreciación de su mérito probatorio, es menester señalar que la prueba pericial se aprecia de acuerdo a las reglas de la sana crítica, análisis que importa tener en consideración las razones jurídicas, asociadas a las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud les asigne o les reste valor, tomando en consideración especialmente la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador. En definitiva, el juez efectúa la ponderación de los elementos de juicio, sobre la base de parámetros jurídicos, lógicos y de manera fundada, apoyado en los principios que le produzcan convicción de acuerdo a su experiencia.

Conforme a lo señalado anteriormente, cabe sólo concluir que no se advierte en el caso en particular una errónea valoración y ponderación de los medios probatorios rendidos, en general, ni de la prueba pericial, en lo específico, en términos tales que los sentenciadores contravengan las leyes de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”⁵⁰

Nuevamente, estos tres principios son repetidos como regla máxima del sistema pero sin especificarse su contenido, sino que sólo refiriéndose a ellas como parámetros utilizados para alcanzar la convicción del juez.

Mas esto cambia a partir de la cuarta y quinta sentencia donde, si bien no se especifica el contenido concreto de estos principios, sí se reprocha a los sentenciadores de segunda instancia la falta de fundamentación en sus fallos en cuanto a estos tres criterios.

⁵⁰ C. Suprema. 12 agosto 2010. V. lex. Rol N° 5120/2010. (C. 7°)

La cuarta sentencia se trata de una casación en el fondo de oficio, proveniente de la tercera sala o constitucional, donde se analiza el razonamiento de los jueces de segunda instancia acerca de la valoración de la prueba pericial:

“Que de lo expuesto en el fundamento precedente se deduce que si bien los sentenciadores asentaron su decisión, en lo esencial, en la prueba pericial, no la apreciaron en la forma prescrita por la ley, pues al elaborar sus razonamientos sobre el particular se limitaron a efectuar declaraciones genéricas alusivas a un “examen comparativo” de los informes de los expertos, a que éstos son ponderados “conforme a las reglas de la sana crítica”, a que apreciados en conjunto con los restantes medios de convicción deducen “un conjunto de presunciones” o a que resulta “más acorde con la prueba rendida, fijar una suma mayor”, sin explicar en parte alguna de sus razonamientos cómo llegaron a esas conclusiones o en qué consisten tales disquisiciones. En efecto, pese a hallarse obligados a valorar el mérito de la prueba pericial conforme a los elementos que integran el concepto de “sana crítica”, los falladores se han limitado a enunciar la realización en este punto de un proceso lógico cuyos detalles no explicitan, apareciendo de la sola lectura de las sentencias que en ninguno de sus párrafos mencionan siquiera el empleo de algún principio de la lógica o de alguna máxima de experiencia o el de ciertos conocimientos científicamente afianzados como elementos de sus reflexiones. De este modo, en tanto los sentenciadores han renunciado a emplear tales nociones como parte de la valoración de las probanzas más importantes del proceso, como explícitamente lo reconocen, forzoso es concluir que su fallo no contiene todas las consideraciones de hecho y de derecho que le sirven de fundamento”⁵¹.

La sala constitucional parece hacer un avance en cuanto a recalcar la importancia de precisar el contenido de estos conceptos, reprochándole falta de fundamentación a la Corte de Apelaciones respectiva. Esto pues sólo se limitó a enunciar los conceptos; no obstante, llama la atención que la Corte Suprema por sí misma no se encargara de hacer la labor que le correspondía a la Corte de Apelaciones, sino que se limitó a acusar su falta de prolijidad.

⁵¹ C. Suprema. 31 julio 2014. V.lex. Rol N° 3814/2013. (C. 7°)

La quinta sentencia se trata de un recurso de casación en el fondo y en la forma (que fueron rechazados), que proviene de la primera sala de la Corte Suprema, sobre la valoración del informe pericial:

“Violación del artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, puesto que el informe pericial cobra especial notoriedad en esta clase de juicios, prueba que debe analizarse conforme a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, correspondía que el tribunal de alzada examinara el único informe pericial que se produjo en la causa, realizado por el perito nombrado de conformidad a la ley -J.A.C.- ingeniero civil industrial. Sin embargo, los jueces del mérito no acudieron a ninguno de los parámetros que conlleva la sana crítica para restarle valor, en tanto no cuestionaron el procedimiento ni la medida adoptada, no acusaron la existencia de conclusiones contradictorias o que se opongan a los principios de la lógica, de las máximas de la experiencia o al conocimiento científico, limitándose a señalar que dicho perito "en razón de su profesión no resulta el más idóneo para evacuar el peritaje de un bien raíz, atendida la especialización que requiere la labor encomendada". Esta afirmación, dice, resulta extraña si se tiene en cuenta que se trata de un perito nombrado por el tribunal desde la nómina de peritos de la Corte de Apelaciones de Talca, donde figura como perito tasador, lista que es elaborada con la participación de la misma Corte que ahora duda de su experticia, todo ello conforme el procedimiento que contempla el artículo 416 bis del Código de Procedimiento Civil, sin que el demandado se haya opuesto a su designación en los términos que contempla la ley”⁵²

Nuevamente, la sala primera de la Corte Suprema cae en la misma tendencia que el fallo anterior, al solamente denunciar la enunciación de los parámetros por la Corte de Apelaciones, pero sin definirlos por ella misma.

En consecuencia, es dable concluir que la Corte Suprema ha ido evolucionando progresivamente (sobre todo a partir de 2014) en su concepción sobre la importancia de no sólo enunciar sino que también explicar cómo se cumplen los parámetros de la sana crítica en el caso concreto, fundamentando cada elemento en base a las pruebas presentadas en el proceso.

⁵² C. Suprema. 24 agosto 2016. V. lex. Rol N° 5751/2016. (C. 9°)

No obstante, la misma Corte tampoco ha cumplido con el rol de dar un concepto jurisprudencial acerca de estos conceptos de manera homogénea, lo que provoca problemas de incerteza jurídica ya que dependerá de cada tribunal de primera instancia cómo catalogar estos principios.

La falta de fundamentación de la sentencia en este sentido incumple con los requisitos en el art. 170 del CPC en lo relativo a su N°4, dado que no se enuncian los argumentos de derecho que sirven de apoyo al fallo. Si no se mencionan los contenidos de los conceptos relativos a la valoración de la prueba mediante la sana crítica, entonces no se cumpliría con la elaboración de un argumento jurídico completo.

La RPC no trae consigo diferencias legales en este sentido, sin embargo, pareciera ser pertinente que este rol fuera adoptado por la Academia Judicial en su programa de formación, ahondando más allá en la fundamentación de la sentencia. Esto quiere decir que se requiere que se otorgue a los jueces un concepto que les permita aplicar el derecho y estos criterios como corresponde, dándole una argumentación suficiente al respecto en sus fallos.

3. Los conocimientos científicamente afianzados

Corresponde analizar uno de los principios más importantes de la sana crítica en materia pericial: los conocimientos científicamente afianzados. Como pudo observarse en el apartado anterior, en gran medida la jurisprudencia ha omitido dar un concepto claro y unívoco del contenido de los criterios de la sana crítica en general, por lo que es necesario ver que ha dicho la doctrina y cierta jurisprudencia respecto a este elemento en particular. Esto porque este principio es ampliamente utilizado al justificar la pertinencia de la prueba pericial, muchas veces siendo el principal argumento para fundamentar hechos dados por acreditados en las sentencias.

Los autores Agüero y Coloma han estimado que: “Los jueces comunican que valorar la prueba conforme a la SC es algo que han aprendido a realizar, principalmente, desde la experiencia adquirida en sus cargos”⁵³, lo que es concordante con lo que ya se ha analizado. Sin

⁵³ Agüero, Claudio y Coloma, Rodrigo. “Fragmentos de un imaginario judicial de la sana crítica”. *Ius et praxis* 20(2). (2014): 403.

embargo, la experiencia propia no es suficiente para dar un criterio unificado a los intervinientes del proceso.

Por ello, ha habido distintas concepciones sobre que aborda este concepto: “Sobre los conocimientos científicamente afianzados afirman los jueces que se trata del conjunto de saberes propio de las ciencias (esto es menos trivial de lo que *prima facie* pareciera). Las diferencias se concentran en la extensión de la expresión, ya que algunos jueces resaltan que los conocimientos científicos son aquellos que provienen de las ‘ciencias exactas’, mientras que otros la utilizan, además, para aludir a los conocimientos de las ciencias sociales, humanas y también formales, como la matemática”⁵⁴. Entonces, los cambios de un fallo a otro podrían ser sustanciales, pues podría estimarse como conocimiento científicamente afianzado un informe psicológico o psiquiátrico, pero en otro estimarse como impertinente al no incorporarse dentro del campo de las ciencias exactas.

Por consiguiente, en materia probatoria podría presentarse un abismo entre las pruebas científicas y las provenientes de otras ciencias, como las sociales, psicológicas, sociológicas, financieras y económicas, que no responden necesariamente al método científico, pero que no por ello son menos válidas en cuanto a conocimiento experto.

Una sentencia de la Corte de Suprema de 2011, que rechaza un recurso de casación en el fondo, desafía lo visto en el apartado anterior, ya que sí da un concepto acerca de los conocimientos científicamente afianzados:

“Los conocimientos científicamente afianzados son diversos, pero se ajustan a conclusiones que se adquieren aplicando el método científico, el cual se caracteriza por sus etapas de conocimiento, observación, planteamiento del problema, documentación, hipótesis, experimentación, demostración o refutación y conclusión: tesis o teoría. Los conocimientos científicos están asociados a las teorías y leyes de las diversas ciencias, las que se han construido mediante el método científico, el cual está caracterizado fundamentalmente por la demostración.

⁵⁴Ibidem. 398.

La diferencia entre la lógica formal con las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, está constituida porque la primera no requiere ser demostrada”⁵⁵

Pero el razonamiento que da simplemente se limita a los conocimientos expertos adquiridos a través del método científico, excluyendo a otro tipo de ciencias que no se rigen necesariamente por la demostración.

Este razonamiento es insuficiente si se considera que en realidad la prueba pericial es el género y la prueba científica la especie, por lo que la prueba científica no abarca el concepto de prueba pericial y, con ello, solamente los conocimientos científicamente afianzados. Además, como se ha visto, la misma prueba científica tiene dificultades intrínsecas en cuanto a su pertinencia, idoneidad del experto y validez de los métodos empleados que no siempre hacen que sea concluyente sólo por efectuar una demostración a través del método científico. En este punto, es importante recordar los planteamientos analizados en el *Caso Daubert*, lo que pareciera ser necesario de incorporar a nivel jurisprudencial en Chile (con los propios rasgos de nuestro sistema) con el fin de unificar los criterios usados.

Por lo tanto, los conocimientos científicamente afianzados serían aquellos que provienen del conocimiento experto que, muchas veces puede adquirirse a través de la prueba pericial; pero, a la vez, el informe pericial no siempre tendrá validez suficiente para dar acreditado un hecho como un conocimiento científicamente afianzado.

4. La valoración y el riesgo de reemplazo del juez por el perito

Uno de los principales problemas que se puede identificar en la valoración de la prueba pericial es el riesgo del reemplazo del juez por el perito o, más específicamente, el reemplazo del proceso de valoración y decisión del juez por las conclusiones contenidas en el informe pericial. La relevancia de esta cuestión recae en que es algo transversal tanto al sistema actual de perito oficial como al sistema de perito de parte propuesto por la RPC, porque ambos valoran la prueba de acuerdo con la sana crítica.

⁵⁵ C. Suprema. 1 de junio de 2011. Vlex. Rol N° 7896/2010 (C. 6°)

Al respecto, la doctrina ha determinado que la raíz de este conflicto nace producto de la desconfianza en las capacidades intelectuales del juez: “La desconfianza en las facultades cognitivas del juzgador de los hechos (como categoría, no en concretos individuos) podría resultar en al menos dos tipos de decisiones: cambiar a los sujetos que deciden intentando tener sujetos más capacitados para realizar tal tarea o adoptar decisiones paternalistas sobre las decisiones del sujeto que realiza dicha tarea. La primera estrategia supone cuestionar categorías de sujetos, no individuos en particular (por ejemplo, los jurados o los jueces, etc.) y pretendería cambiar precisamente a tales decisores (v. gr. que ya no decidan los jurados sino los jueces, que ya no decidan los jueces sino los expertos, etc.) La segunda estrategia es identificable bajo el rótulo de paternalismo epistémico y pretende proteger al decisor de sus malas decisiones guiando de alguna manera la propia toma de decisión.”⁵⁶

Ahora bien, se debe descartar de plano la primera solución planteada por la autora porque derechamente implicaría un reemplazo de la función del juez en la valoración de la prueba y en la decisión sobre la misma, lo que parece cuestionable en nuestro sistema civil.

La segunda estrategia, esto es, el paternalismo epistémico, adopta una suposición riesgosa de base que implica la subestimación de las facultades cognitivas del juez. En este mismo sentido se pronuncia Carmen Vázquez: “Entonces, para concluir con el paternalismo epistémico, si no tenemos información empírica sólida sobre las incapacidades relevantes que dé sustento al ejercicio de poder que constituye una medida paternalista, antes de cuestionar con meras suposiciones las capacidades de los jueces para valorar la prueba pericial, habría que preocuparse por ofrecerle mecanismos procesales adecuados para mejorar su situación cognoscitiva y facilitar su labor cuando se trata de pruebas periciales (desde luego no sólo respecto de éstas). Y si hecho esto se llegase a justificar alguna medida paternalista, aun cabría debatir qué acciones paternalistas son las más adecuadas, pues no necesariamente consisten en excluir pruebas que puedan aportar información relevante.”⁵⁷

Por tanto, tiene más sentido plantear otro espectro de soluciones que apoyen la labor del juez, que no impliquen su reemplazo ni tampoco la subestimación de sus capacidades. Por el

⁵⁶ Vázquez, Carmen. “La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales”. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (38). (2015): 105

⁵⁷ *Ibidem*. 110.

contrario, este tipo de herramientas deben estar dirigidas a propender un involucramiento activo del juez durante la fase probatoria y de valoración, con el objetivo de neutralizar el riesgo de sustitución. Es decir, de cierta manera, se busca capacitar al juez para que el juez se haga cargo de las problemáticas expuestas en estas tesis.

Bulnes y Vial proponen, a modo general, una serie de soluciones:

1. Un chequeo *a posteriori* de las medidas de control jurisdiccional: Estos controles se van desarrollando durante el proceso (la verificación de que el perito es independiente e imparcial, los límites de su dictamen, las premisas utilizadas, la exposición clara de sus conclusiones y la incorporación de información relevante para evaluar la validez del informe) y deben ser revisados al momento de la valoración.
2. El contexto entregado por el resto de la evidencia: El informe pericial debe ser analizado en concordancia con el resto de la prueba presentada en el proceso que, sin ningún problema, podría contradecir el resultado del peritaje;
3. La calidad del razonamiento y del trabajo realizado por el perito: Es necesario que el perito fundamente de manera racional y lógica su informe y se base en otros hechos probados para darle sustento;
4. La validez científica de la teoría y la pertinencia de la metodología: El perito debe señalar la teoría en que basa sus conclusiones y el método científico empleado, los que deben ser analizados por el juez considerando la validez que la comunidad científica les ha dado;
5. Los cambios de opinión que ha tenido el perito: Esto debe contrastarse con sus trabajos anteriores o con los cambios que experimente durante el proceso, lo cual debe evaluarse caso a caso;
6. El contraste de la pericia con los propios conocimientos del juez: Estos conocimientos pueden provenir de otros juicios anteriores o del acceso general a la información; y,

7. La interrogación al perito: Este interrogatorio, que puede recaer en las partes o el tribunal, tiene como objetivo evaluar la credibilidad del informe.⁵⁸

Sin perjuicio de que el problema es transversal al sistema de listas actual como al sistema de perito de parte de la RPC, las soluciones pueden variar dependiendo de uno u otro por tener procedimientos distintos. Se debe hacer un análisis diferenciado de las soluciones puesto que en cada proceso varían las oportunidades de intervención del juez y las partes que, en definitiva, terminan influyendo en la formación de la convicción para decidir el caso.

4.1. Las soluciones en el sistema de listas

Si se hace un análisis sobre las soluciones propuestas por Bulnes y Vial, se aprecia que, en el sistema actual, la verificación de la independencia e imparcialidad del perito se reparte entre el juez y las partes. Al recaer sobre el juez la designación del perito, no existe el problema de parcialidad de origen que se presenta en el sistema de perito de parte.

Como se pudo observar en el capítulo tercero, algunos tribunales han tenido el hábito de hacer una investigación de los antecedentes del perito antes de proceder a su designación, cuestión que es de suma utilidad para elegir al especialista más adecuado al caso. Entonces, son las partes las que deberán controlar eventuales problemas de imparcialidad o independencia haciendo valer inhabilidades o implicancias y recusaciones.

El acto del reconocimiento también toma relevancia para las partes porque, ante la ausencia del juez, son éstas quienes deberán orientar al perito sobre aspectos relevantes que se deben consignar para que el perito analice y considere dentro de su informe.

El rol de las partes finaliza con las observaciones de la prueba, donde deberán hacer una investigación activa sobre el razonamiento del perito, las metodologías empleadas y un análisis comparado de todas las pruebas presentadas, con el objetivo de facilitarle al juez la labor de valorar la prueba. A diferencia del NCPC, la normativa actual no contempla la existencia de un contradictorio para desvirtuar el informe, por lo que las observaciones tienen un rol mucho más

⁵⁸ Bulnes, Felipe, y Vial, Gonzalo. “La Prueba Pericial y El Riesgo de Transferencia Indevida de Jurisdicción: Medidas Para Una Adecuada Valoración de La Pericia”. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, 6 de enero de 2018. Accedido 15 de julio de 2023. https://www.camsantiago.cl/minisites/informativo-online/2018/ENE/docs/Articulo_Peritos.pdf.

decisivo. También, como no existe disposición expresa sobre el contenido de la pericia, las partes tendrán que adoptar un rol fiscalizador para evitar que el juez dependa exclusivamente de las conclusiones del informe para valorar la prueba y tomar la decisión del caso.

Finalmente, en la práctica, para enfrentar el riesgo de reemplazo del juez, las partes inevitablemente deberán tomar una participación activa. Aunque sea contradictorio poner esta carga sobre las partes cuando la valoración recae exclusivamente sobre el juez, la práctica judicial ha demostrado ser insuficiente para enfrentar este problema y el enfoque de este trabajo es proponer soluciones que puedan incorporarse desde ya con resultados efectivos. En definitiva, nada obsta a que las partes orienten al juez en la toma de decisiones.

4.2. Las soluciones en el sistema de la RPC

La ejecución de un control jurisdiccional dentro del proceso es más complejo en el sistema de partes, en particular respecto a la imparcialidad e independencia del perito, pues se eliminan todo tipo de inhabilidades. La ausencia de impugnaciones o recusaciones acentúa el problema de la parcialidad de origen analizado en el capítulo III.

A diferencia del sistema de listas, donde los jueces pueden adoptar una posición activa e investigar sobre antecedentes del perito antes de seleccionarlo, ahora el tribunal tiene un rol pasivo porque ya no recae en él la designación. De este modo, la averiguación del desempeño y otros antecedentes del perito recae exclusivamente sobre las partes.

Si bien la parte que presenta el perito es quien debe presentar antecedentes del perito, nada obsta a que estos sean insuficientes para formarse un criterio acerca de su calidad como profesional o si su perfil se adapta a las necesidades del peritaje en concreto.

De este modo, será la contraparte quien deberá investigar al respecto, no el juez. El juez debe remitirse a hacer un análisis formal para verificar que se hayan cumplido con los requisitos exigidos por la ley para presentar a un perito determinado (como la exigencia de un título profesional), pero no un análisis de fondo. Es más, perfectamente puede ocurrir que el perito presentado no haya tenido experiencia previa elaborando informes periciales, es decir, podría ser su primer peritaje por lo cual no habría información previa sobre su desempeño profesional.

En cuanto a los contenidos del informe, la RPC da un paso más adelante que la normativa actual porque los regula expresamente, entregando nuevas herramientas al tribunal para evitar caer en el riesgo de reemplazo. El artículo 326 señala lo siguiente:

“Art. 326.- Oportunidad y contenido del informe de peritos. Sin perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar ante el juez acerca de su informe, éste deberá entregarse por escrito, con la finalidad de ponerlo en conocimiento de la parte contraria con, a lo menos, cinco días de anticipación a la audiencia de juicio o de aquella otra en que hubiere de prestar declaración. Dicho informe escrito deberá contener:

- a) La descripción de la persona, hecho o cosa que fuere objeto del peritaje, del estado y modo en que se hallare;
- b) La relación de todos los principios y las reglas de la ciencia, arte u oficio invocados;
- c) La relación circunstanciada de todos los procedimientos practicados y su resultado, especialmente los que digan relación con los métodos utilizados en la elaboración del informe, como la cuantificación del porcentaje o márgenes de error conocidos para la técnica o método utilizado;
- d) Las conclusiones que, en vista de tales datos, formulare el perito conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio.
- e) La firma de los profesionales que participaron y emiten el informe pericial, debiendo especificarse su participación, si fuere distinta o limitada a solo algunos aspectos del mismo.”

Este artículo actúa como guía para el juez, estableciendo los contenidos que debe analizar para evaluar la calidad del peritaje. Por ejemplo, al establecerse la obligación de transparentarse los márgenes de error, el juez puede formarse una noción de la fiabilidad de la técnica empleada. En este sentido, el tribunal también tiene que analizar que la técnica empleada esté en concordancia con los principios y reglas de la ciencia o arte relatados en el informe. Asimismo, debe verificar que el informe tenga congruencia lógica entre lo expuesto, analizado y concluido.

Estas directrices orientan la valoración del informe por el juez, pero será la contraparte la que tendrá la carga de desvirtuar la credibilidad del informe y del perito a través del contradictorio en la audiencia de juicio. El contradictorio acerca al juez al contenido de la pericia y al proceso intelectual del perito para arribar a la conclusión de su informe, lo cual, en teoría, facilitaría el análisis de la prueba por el juez en cuanto a su calidad.

Ahora, si bien la carga recae en las partes, la intermediación característica de la RPC cobra especial relevancia en la audiencia de juicio porque, a diferencia del sistema actual, el juez deberá participar e intervenir en la rendición de prueba. De esta manera, se pueden abordar de distintas maneras las dificultades intrínsecas que encierra la prueba pericial.

Al igual que en la actualidad, las partes podrán hacer presente todos estos puntos en las observaciones a la prueba, sólo que ahora de manera verbal al final de la audiencia.

Con estas modificaciones se enfrenta, aunque de manera indirecta (y quizás insuficiente), el problema del paternalismo epistémico planteado por Carmen Vázquez. No obstante, cabe cuestionar si la incorporación del contradictorio es suficiente puesto que, al final de cuentas, la calidad de éste dependerá de las partes. Pese a que el juez puede intervenir en este proceso, en virtud del principio dispositivo, tampoco le corresponde tomar el rol de las partes y palear el vacío que eventualmente pueden dejar con un contradictorio insuficiente.

CONCLUSIONES

Los tribunales no han sido capaces de adaptarse adecuadamente al sistema de la sana crítica dado el extensivo tiempo que han estado sometidos al sistema de prueba legal o tasada. Aquello, sumado a que ni la doctrina, jurisprudencia o la ley han sido capaces de dar una definición concreta de los principios rectores de la sana crítica, ha entorpecido la fundamentación de las sentencias. Por ende, hace falta una mayor profundización de los contenidos y límites de estos elementos, lo que también debería ser un desafío que superar por el NCPC.

Una de las principales deficiencias en la actualidad es la sobrevaloración de la prueba pericial, lo que se encuentra íntimamente relacionado con la insuficiente preparación de los jueces. Aquello implica un gran desafío en la implementación de la RPC porque, como se ha evidenciado, los jueces no tienen herramientas suficientes para identificar la falibilidad de la prueba pericial, lo que ha repercutido en su sobrevaloración.

Además, la mala ciencia o *junk science* vuelven más compleja la labor del juez pues éste deberá investigar por su cuenta para identificar los informes que se fundamenten en elementos sin suficiente validación en la comunidad científica y no dejarse llevar por conclusiones que carezcan de objetividad.

Aquello se complementa de manera negativa con los problemas actuales que ha traído la escrituración y la falta de inmediación en el proceso. La incorporación de los principios de oralidad y de inmediación por la RPC buscan acelerar el proceso y disminuir los errores que pueden provocarse por la delegación de funciones en auxiliares de la administración de justicia, que no necesariamente están capacitados para encargarse de la presentación de la prueba.

El mecanismo de selección del perito tendrá un grado de incidencia relevante en la valoración de la prueba por el juez, por lo que es necesario entregarle las herramientas suficientes para enfrentar dicho desafío.

En el sistema de listas, la selección del perito es una etapa crítica puesto que es el momento en que el tribunal puede tener una participación más activa para designar al experto que mejor se adecúe a las necesidades del caso, investigando sobre sus antecedentes y

desempeño anterior. Lo anterior no obsta a la imperante necesidad de institucionalizar dicho mecanismo, particularmente teniendo presente que puede requerirse de especialidades no contempladas en los listados de la Corte de Apelaciones.

La eliminación del sistema de listas conlleva el riesgo de que las partes presenten peritos que no cumplan adecuadamente con la experticia requerida para el caso o que utilicen metodologías no validados por la comunidad científica. Además, la parcialidad de origen y la posibilidad que tienen las partes de elegir peritos e informes que convengan a sus pretensiones en el juicio, son problemas característicos de este tipo de sistema, por lo cual es fundamental contemplar soluciones de antemano.

Para ello, se debe proveer al juez de información que le de una referencia sobre la calidad del informe mismo, por ejemplo, los márgenes de error de las metodologías empleadas por el perito, lo cual se encuentra en correspondencia con el artículo 326 del NCPC. Las partes también tienen un rol determinante en este punto, porque van a tener que controlar la calidad del informe y del desempeño del perito a través del contradictorio.

Para conseguir aquello, es necesario que las partes reciban cierta capacitación en materia de litigación, principalmente en su formación universitaria. Asimismo, se debe reconocer que existe un desafío pendiente en cuanto a la formación y preparación de los jueces (a nivel de la Academia Judicial) para identificar las problemáticas señaladas y entregar soluciones efectivas.

Particularmente, si se entregan a los jueces herramientas suficientes para controlar efectivamente la selección del especialista, para analizar el contenido del informe de manera crítica y contextualizada con el resto de la evidencia y para dirigir íntegramente la audiencia de juicio, será posible disminuir el riesgo de sustitución del razonamiento del juez en la valoración de la prueba por lo concluido por el perito en su informe

En conclusión, la Reforma trae grandes cambios positivos en materia de valoración de la prueba, cambiando un sistema que se hallaba instaurado hace más de un siglo en el proceso civil. Sin embargo, aún queda un largo camino por seguir, lo que se manifiesta notoriamente en la formación de los jueces y de las partes para enfrentarse al proceso.

BIBLIOGRAFÍA

Academia Judicial Chile. *Programa de Formación curso N°76 2019*. (2019).

Academia Judicial Chile. *Programa de perfeccionamiento 2019: Análisis y metaanálisis de informe de peritos*. (2019).

Academia Judicial Chile. *Programa de Perfeccionamiento 2019: Informe pericial en los procedimientos reformados: Incorporación, apreciación y valoración*. (2019).

Agüero, Claudio. y Coloma, Rodrigo. “Fragmentos de un imaginario judicial de la sana crítica”. *Ius et praxis* 20(2). (2014): 375-414.

Aguirrezabal, Maite. 2012. “Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 19(1). (2012): 335-351.

Aguirrezabal, Maite. “La prueba pericial y su admisibilidad en el Proyecto de Código Procesal Civil”. *Cuadernos de extensión jurídica Universidad de Los Andes* (23). (2012): 119-148.

Benfeld, Johann. 2015. “Una concepción no tradicional de la sana crítica”. *Revista de Derecho*. (45) (2015): 153-176.

Bulnes, Felipe, y Vial, Gonzalo. “La Prueba Pericial y El Riesgo de Transferencia Indebida de Jurisdicción: Medidas Para Una Adecuada Valoración de La Pericia”. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, 6 de enero de 2018. Accedido 15 de julio de 2023.
https://www.camsantiago.cl/minisites/informativo-online/2018/ENE/docs/Articulo_Peritos.pdf.

Correa, Carlos. “Comentario al libro: De la prueba científica a la prueba pericial de Carmen Vázquez”. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (42). (2020): 19-42.

Delgado, Jordi. “Aproximaciones a los principios de la reforma procesal civil”. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 2(2). (2011): 197-210

Duce, Mauricio. 2018. “Una aproximación empírica al uso y prácticas de la prueba pericial en el proceso penal chileno a la luz de su impacto en los errores del sistema”. *Política criminal*. (25). (2018): 42-103.

Gascón, Marina. *Prueba científica. Un mapa de retos*: Marcial Pons, 2013.

Hernández, Luis. 2015. "Consideraciones filosóficas Sobre El fenómeno De La Especialización En Las Ciencias". *Praxis Filosófica*, n.º 39 (febrero): 41-66.

Hunter, Iván. "Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?" *Revista Ius et Praxis* 23(1). (2017): 247-272.

Lillo, Ricardo. y Riego, Cristian. "¿Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la justicia civil en Chile?: Aportes para la reforma". *Revista Chilena de Derecho Privado*. (25). (2015): 9-54

Matamala, Pedro y Palomo, Diego. "Prueba, intermediación y potestades en el proceso laboral: Observaciones críticas y apelación al equilibrio". *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 19(2). (2012): 237-274.

Padilla, Ricardo. "Este dolor de cabeza llamado prueba legal tasada: la anticipada aplicación del Proyecto de *Código Procesal Civil*, que los tribunales ordinarios de justicia se encuentran llevando a cabo". *Revista Chilena de Derecho Privado* (26). (2016): 401-410.

Pérez, Patricia. "La Reforma Procesal Civil". *Revista 50 + UNO*. (2) (2013): 32-38.

Prof. Flavia Carbonell B; Prof. Jonatan Valenzuela S. *Programa Curso Electivo Prueba Civil y Penal*: Facultad de Derecho Universidad de Chile.

Taruffo, Michele. *La prueba*: Marcial Pons, 2008

Taruffo, Michele. *Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos*: Marcial Pons, 2010.

Vázquez, Carmen. "El perito de confianza de los jueces." *Análisis e Diritto* (Marcial Pons, 2016): 163-194

Vázquez, Carmen. "La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales". *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (38). (2015): 101-130.

JURISPRUDENCIA

C. Suprema. 11 mayo 2005. V. lex. Rol N° 4101/2003. (C. 4°)

C. Suprema. 22 julio 2008. V. lex. Rol N° 3426/2008. (C. 7°)

C. Suprema. 12 agosto 2010. V. lex. Rol N° 5120/2010. (C. 7°)

C. Suprema. 1 de junio de 2011. V. lex. Rol N° 7896/2010 (C. 6°)

C. Suprema. 31 julio 2014. V. lex. Rol N° 3814/2013. (C. 7°)

C. Suprema. 24 agosto 2016. V. lex. Rol N° 5751/2016. (C. 9°)

ANEXO

ENTREVISTA A JUECES DE LETRAS DE SANTIAGO

Se elaboró un cuestionario de preguntas relativas a las listas de peritos confeccionadas por la Corte, con el fin de averiguar los criterios que empleaban los jueces al momento de nombrar a los peritos y las dificultades que surgían en el proceso. Se entrevistó a 4 jueces de los Juzgados de Letras de Santiago, haciéndoseles las mismas preguntas del cuestionario a todos y grabándose sus respuestas. Todos decidieron mantener su identidad en el anonimato, por lo que se identificarán mediante números.

A continuación, se expone la transcripción de sus respuestas.

I. Jueza N°1

1. ¿Nombra peritos sólo a los profesionales o técnicos que están en la lista de la Corte, o también designa a personas que no estén comprendidas en ella?

Sólo me ha tocado ver casos en que las partes nombran alguno de la lista de peritos y yo nombro a otro según la lista. También depende un poco de cada tribunal.

2. ¿Qué criterios sigue para designar a un perito que está en la lista, cuando hay más de uno en la oferta disponible?

Literalmente los enumero y lo hago al azar. Tratando de emular un poco lo que pasa con los martilleros, donde el sistema en la práctica designa al azar un martillero, para hacerlo más transparente porque antes el tribunal lo designaba.

3. ¿Tiene las herramientas para cerciorarse si el experto nombrado tiene sanciones disciplinarias o penales dispuestas por el ejercicio irregular de su cargo de perito? En la afirmativa, ¿las usa?

No, no sé cómo se verifica. Cuando se designa al perito las partes deben hacer su investigación. Yo confío que la lista de peritos está bien, tengo que partir de esa base.

4. ¿Tiene las herramientas para cerciorarse si el experto nombrado tiene un buen y correcto desempeño? En la afirmativa, ¿las usa?

No tengo cómo, me baso en la confianza que se usó un filtro al elaborar la lista de peritos.

- 5. En el evento que nombre perito a profesionales que no estén en la lista de la Corte, ¿qué criterios utiliza para escoger a la persona?**

No me ha tocado.

- 6. Cuando el experto cuya especialidad se requiere no está en la lista, ¿ nombra a uno que no está en la lista, busca en la lista por aproximación de especialidad o no nombra perito?**

No me ha tocado, y yo creo que en el evento de, seleccionaría a lo más similar y después a algún particular que esté de acuerdo con la calidad.

II. Jueza N°2

- 1. Nombra peritos sólo a los profesionales o técnicos que están en la lista de la Corte, o también designa a personas que no estén comprendidas en ella?**

Los de las Cortes siempre, y sólo cuando no está alguna de la especialidad se nombra alguno de una universidad técnica de la materia.

- 2. ¿Qué criterios sigue para designar a un perito que está en la lista, cuando hay más de uno en la oferta disponible?**

Sólo orden numeral.

- 3. ¿Tiene las herramientas para cerciorarse si el experto nombrado tiene sanciones disciplinarias o penales dispuestas por el ejercicio irregular de su cargo de perito? En las afirmativa, ¿las usa?**

No, no hay cómo saberlo, no hay un historial.

- 4. ¿Tiene las herramientas para cerciorarse si el experto nombrado tiene un buen y correcto desempeño? En la afirmativa, ¿las usa?**

Tampoco.

5. En el evento que nombre perito a profesionales que no estén en la lista de la Corte, ¿qué criterios utiliza para escoger a la persona?

Como les comentaba, se le pide a una universidad acreditada que nos nombre una persona para nosotros hacer un nombramiento en base a los profesionales que ellos propongan.

6. Cuando el experto cuya especialidad se requiere no está en la lista, ¿nombra a uno que no está en la lista, busca en la lista por aproximación de especialidad o no nombra perito?

Si no está en la lista, hacemos lo anterior.

III. Juez N°3

1. Nombra peritos sólo a los profesionales o técnicos que están en la lista de la Corte, o también designa a personas que no estén comprendidas en ella?

Sí, sólo los que estén en la lista, salvo que se requiera una especialidad no contenida en ella.

2. ¿Qué criterios sigue para designar a un perito que está en la lista, cuando hay más de uno en la oferta disponible?

Primero me fijo que sea del domicilio de acá en Santiago, y en segundo lugar trato de inclinarme de aquellos que haya elegido antes o que haya revisado un informe que haya sido bueno, porque lo más importante es que se hagan bien y las conclusiones sirvan para resolver. Si tengo un antecedente que haga bien su pericia, me inclino por él. Si no conozco ninguno en esa materia, es completamente aleatorio.

3. ¿Tiene las herramientas para cerciorarse si el experto nombrado tiene sanciones disciplinarias o penales dispuestas por el ejercicio irregular de su cargo de perito? En las afirmativa, ¿las usa?

Entiendo que no, salvo cuando la Corte comunica por correo institucional que hay algún perito excluido de la nómina o ha fallecido. Cada cierto tiempo comunica, es la única vía, creo, que tengo para obtener esa información.

4. ¿Tiene las herramientas para cerciorarse si el experto nombrado tiene un buen y correcto desempeño? En la afirmativa, ¿las usa?

La única manera de saber si se hace correctamente su trabajo, es analizar después su trabajo. De su informe se advierte si hizo bien su trabajo, si contestó lo que se necesitaba o si omitió sobre algún aspecto. Con los costos que involucra un peritaje, se analiza si es diligente durante el proceso. Uno tampoco va a la acta de reconocimiento tampoco.

5. En el evento que nombre perito a profesionales que no estén en la lista de la Corte, ¿qué criterios utiliza para escoger a la persona?

Me inclino por un criterio institucional. Por ejemplo si hay una especialidad médica que no hay en el listado, me tocó una especialidad en urgenciología y no había, así que busqué al colegio de urgenciólogos y me remito a esa institución más que al nombre de la persona, y elijo al presidente de la institución. Si tengo que suplir una carencia en la lista de peritos busco en instituciones.

6. Cuando el experto cuya especialidad se requiere no está en la lista, ¿ nombra a uno que no está en la lista, busca en la lista por aproximación de especialidad o no nombra perito?

Se respondió anteriormente.

IV. Juez N°4

1. Nombra peritos sólo a los profesionales o técnicos que están en la lista de la Corte, o también designa a personas que no estén comprendidas en ella?

Sólo a las personas que están en la lista.

2. ¿Qué criterios sigue para designar a un perito que está en la lista, cuando hay más de uno en la oferta disponible?

El criterio es fundamentalmente su experticia profesional, el título que tenga, y a veces reviso ciertos antecedentes de su CV.

3. ¿Tiene las herramientas para cerciorarse si el experto nombrado tiene sanciones disciplinarias o penales dispuestas por el ejercicio irregular de su cargo de perito? En las afirmativa, ¿las usa?

No del todo en cuanto a la información, carezco a veces de toda la información, pero en realidad nunca he tenido problemas en las designaciones.

4. ¿Tiene las herramientas para cerciorarse si el experto nombrado tiene un buen y correcto desempeño? En la afirmativa, ¿las usa?

Sí, tengo herramientas a partir fundamentalmente del listado, que da cierta objetividad y los antecedentes que me permitan verificar que sea un profesional adecuado.

5. En el evento que nombre perito a profesionales que no estén en la lista de la Corte, ¿qué criterios utiliza para escoger a la persona?

En el evento que lo hiciese, aunque no lo he hecho, ocuparía los mismos elementos en cuanto a su experticia profesional, los antecedentes de su CV y especialmente me preocuparía de verificar su experiencia en juicios similares.

6. Cuando el experto cuya especialidad se requiere no está en la lista, ¿ nombra a uno que no está en la lista, busca en la lista por aproximación de especialidad o no nombra perito?

Busco en la lista por aproximación de especialidad.