

Dr. Mauricio Duce

Abogado, *Master* en Ciencias Jurídicas Universidad de Stanford.
Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Chile).

Admisibilidad de la prueba en juicios orales: un modelo para armar en la jurisprudencia nacional.

La opinión de expertos, lo que en lenguaje procesal tradicional se conoce como "peritajes", ha adquirido creciente importancia en el funcionamiento de los sistemas judiciales contemporáneos, siendo cada vez más frecuente, masivo y diverso su uso.¹ Chile no constituye una excepción a la regla.² Esta situación está comenzando a generar problemas de diversa índole, especialmente en el funcionamiento del nuevo sistema de justicia criminal³. Dichos problemas también se proyectan a otras áreas del sistema judicial chileno que han emprendido reformas similares, como por ejemplo al funcionamiento de los nuevos tribunales de familia, la nueva justicia laboral y el nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil.

Así, en la operación cotidiana del nuevo proceso penal es posible detectar algunas prácticas vinculadas al uso de esta prueba que resultan perjudiciales tanto para principios básicos sobre los que se estructura el sistema judicial como para un aprovechamiento racional de los recursos estatales disponibles para su realización y para el funcionamiento del sistema en general.⁴ En buena medida dichas prácticas se han ido desarrollando al amparo de una normativa legal que, por la falta de un desarrollo interpretativo claro -tanto de la doctrina como de la jurisprudencia-, no ha establecido limitaciones relevantes para evitar un uso de este tipo de pruebas en situaciones o para efectos que debieran resultar inadmisibles⁵. Parte de este problema se encuentra en la falta de un marco teórico claro acerca del uso de la prueba pericial en un sistema acusatorio que permita guiar adecuadamente las prácticas de fiscales,

¹Este trabajo fue publicado en Daniela Accatino, *Formación y Valoración de la Prueba en el Proceso Penal*, Abeledo Perrot, Santiago 2010, págs. 45 a 86. A su vez, el trabajo está basado en algunas publicaciones previas realizadas por el mismo autor sobre la materia. Para revisar la publicación original sobre la cual se basa este trabajo véase: Mauricio Duce, "La Prueba Pericial en los Procesos Orales", en *Estudios de Derecho en Homenaje a Raúl Tavolari Oliveros*, Lexis Nexis, Santiago 2007, páginas 383 a 428. Cómo se podrá observar, se trata de un trabajo escrito tomando en consideración las reglas del Código Procesal Penal Chileno. En la presentación que realizaré en el Seminario del profesor Daniel Pastor intentaré adaptar mis argumentos normativos a la realidad argentina utilizando como fuente de referencia el CPP de la Nación, el CPP de la Provincia de Buenos Aires y el CPP de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Espero reflejar dicha adaptación incluyendo otras fuentes en el texto final que redactaré luego de la presentación.

defensores y jueces. En efecto, el análisis del rol y función de la prueba pericial en el nuevo sistema procesal penal casi no ha generado ninguna preocupación académica, siendo un tema respecto del cuál prácticamente no existe información salvo los análisis de corte más superficial que es posible encontrar en las obras generales sobre la reforma. Esto adquiere aún más fuerza en áreas como la nueva justicia laboral, los tribunales de familia y el nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil, los que han adoptado una dinámica procesal basada en el Código Procesal Penal, pero sin que hasta el momento haya existido una reflexión profunda de su impacto en estas otras áreas.

En el contexto descrito, el presente trabajo intenta fijar un marco teórico y una interpretación de las reglas que regulan la admisibilidad a juicio oral de la prueba pericial en el Código Procesal Penal con el objetivo de ofrecerle a los actores del sistema parámetros claros que permitan orientar sus prácticas de modo consistente con los valores y objetivos del nuevo proceso y, a la vez, que permita racionalizar la inversión de los recursos disponibles para la producción de prueba de esta naturaleza. En consecuencia, en este trabajo me dedicaré centralmente a analizar cuáles son los requisitos e hipótesis en los cuales el uso de prueba pericial es legítimo o admisible en el juicio oral contenido en el nuevo sistema.⁶ Si bien mi preocupación central, estas mismas argumentaciones se hacen extensibles al funcionamiento de los tribunales de familia y a los procesos de determinación de responsabilidad de los adolescentes por cometer infracciones penales, por lo que, cuando sea pertinente haré las referencias normativas a dichos estatutos.⁷

Para el cumplimiento de los objetivos propuestos, no sólo me valdré del análisis dogmático de las reglas establecidas en el Código Procesal Penal, sino también del derecho comparado, especialmente la situación de países como Estados Unidos y Canadá, en donde éste ha sido un tema que ha generado un desarro-

llo doctrinario y jurisprudencial muy intenso, particularmente en los últimos 15 años. En forma previa, presentaré información de contexto que resulta indispensable para comprender la necesidad de fijar este nuevo marco teórico de análisis. Dicha información está constituida por una descripción más sustantiva de los problemas que presenta el uso indiscriminado de la prueba pericial en los procesos judiciales contemporáneos y una descripción del cambio de paradigma en la lógica y regulación normativa que ha significado la reforma procesal penal respecto del sistema anterior.

1. ¿Qué problemas plantea el uso de la prueba pericial?

El rol dominante que comienza a adquirir el conocimiento experto en la decisión de los procesos judiciales ha sido fuente de dos problemas de distinta índole. El primero de ellos tiene que ver con la posibilidad de que el uso de esta prueba fuera de los supuestos que la hacen necesaria importa una afectación a los principios básicos sobre los cuales se construye la actividad judicial en un sistema acusatorio, generando así varios riesgos y problemas. El segundo, en cambio, se vincula al tema de la asignación racional de recursos estatales limitados para el cumplimiento de ciertos fines socialmente deseables. Ambos problemas no son sólo teóricos sino que se manifiestan en la práctica de los sistemas de justicia criminal comparados como obstáculos importantes para el funcionamiento de los mismos.⁸

En la primera área de problemas son básicamente dos los riesgos que es posible advertir. Por una parte, se puede constatar que 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 decisio-

nes judiciales. Por otra, vinculada a la anterior, el impacto que produce este tipo de prueba en el juzgador, 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. Me parece necesario detenerme brevemente en la explicación de ambos problemas.

El primer riesgo se deriva cuando la opinión experta comienza a utilizarse crecientemente para sustituir el trabajo de razonamiento y construcción de la verdad procesal encargadas a los jueces. Uno de los elementos característicos de un sistema procesal penal (de los sistemas judiciales en realidad) es la idea de que le corresponde al juez (jueces, jurado, etc.) la toma de una decisión sobre el asunto sometido a su competencia. Así, la función central del juez es evaluar la veracidad y razonabilidad jurídica de las pretensiones en disputa con el propósito de adoptar una decisión sobre las mismas. Detrás de este modelo de decisión de conflicto se configura un complejo entramado institucional destinado a asegurar la independencia e imparcialidad de quienes toman la decisión, así como el establecimiento de procedimientos que aseguren su calidad y la adecuada participación de los interesados en dicha decisión. En este entorno, una política abierta de admisibilidad de peritajes a juicio corre el riesgo de utilizar el conocimiento experto como forma de sustituir el trabajo que nuestros sistemas institucionales le asignan exclusivamente a los jueces, sin que ese conocimiento experto sea objeto de los resguardos y procedimientos establecidos para asegurar la calidad, independencia e imparcialidad del trabajo judicial. Situaciones de este tipo se producen, por ejemplo, cuando son admitidos a juicio expertos que opinan sobre la culpabilidad o inocencia de los acusados⁹ o cuando los razonamientos de los juzgadores acerca de la

veracidad de los testigos son sustituidos por opiniones expertas.¹⁰ De esta forma, las decisiones se toman finalmente por la intervención de expertos, con niveles de control y garantías bajas y no por el sistema institucional creado para tales objetivos.

El segundo riesgo se produce como consecuencia del enorme impacto que la opinión experta, especialmente en disciplinas científicas lejanas al conocimiento profano, produce en el juzgador. El proceso de evaluación de un juzgador (sea profesional o lego) de la credibilidad y peso de un peritaje técnico o de una disciplina científica es siempre una cuestión compleja. La dificultad que significa tal tarea abre un espacio para que la decisión final sea distorsionada, es decir, basada en percepciones erróneas de parte del juzgador o en razonamientos que confunden los alcances de la información aportada por expertos.¹¹ La situación descrita se transforma en un problema grave o de mayor riesgo cuando la fuente de la confusión o del error es una consecuencia de que se trate de una opinión emanada de una ciencia novel o en estado de desarrollo y consolidación, la cual no ha sido admitida como válida por la comunidad científica. Es por lo mismo que un sistema de justicia debe ser particularmente cauteloso con la admisibilidad de la información experta que admite a juicio cuando ella no es confiable.

El riesgo descrito no se presenta a nivel puramente teórico. La experiencia en el funcionamiento de modelos adversariales más asentados, como el de Canadá o Estados Unidos, demuestran hasta el cansancio la potencial falibilidad de los sistemas de justicia criminal en este punto. Es así como estudios en este último país respecto a las causas que explican casos de error judicial, dan cuenta de que una de las variables más relevantes se vinculan a la admisibilidad a juicio y posterior uso de prueba pericial no confiable (*junk science*), la que no obstante su poco valor probatorio -debido a que no corresponde

a información científica aceptable- es capaz de producir un impacto significativo en el juzgador acerca de la culpabilidad de los acusados y motivar condenas erradas¹². En Canadá, frente a un conjunto de casos en donde se obtuvieron condenas por error judicial, a nivel de Fiscalía se creó en el año 2002 un grupo de trabajo que elaboró un extenso reporte dedicado a prevenir situaciones de este tipo, en que el uso de peritajes surge como uno de los aspectos problemáticos y en el que se formulan varias recomendaciones¹³. Como consecuencia de esta realidad, los procesos legislativos y jurisprudenciales en ambos países han ido en la dirección de establecer políticas de admisibilidad de prueba pericial a juicio crecientemente más estrictas en los últimos 15 años¹⁴.

Es necesario destacar que en nuestro país la preocupación por el impacto que puede causar un mal uso de la prueba pericial en producir condenas erradas ha estado presente en el debate nacional durante la vigencia del sistema inquisitivo. Así, el tratadista más relevante de dicho sistema, Rafael Fontecilla, señala al respecto: “Un error pericial puede torcer los dictados del juez. Y es por eso que el magistrado debe obrar con la debida cautela antes de aceptar sus dictámenes”. Luego de relatar un caso ocurrido en nuestro país concluye: “Y así, en la historia judicial se registran numerosos casos en que la justicia se ha desviado debido sólo a la ayuda de un cuerpo de peritos indoctos”¹⁵.

Con todo, la claridad de Fontecilla sobre el punto pareciera haberse difuminado con el tiempo, ya que este tema no ha surgido con posterioridad como un aspecto relevante de preocupación y, en el momento actual, ha estado completamente fuera de consideración.

Un reflejo de la situación descrita pareciera ser la inexistencia de estudios empíricos específicos sobre la materia. No obstante lo anterior, es posible detectar algunas tendencias

en el comportamiento del sistema que por su consistencia indican que los riesgos descritos ya han comenzado a ser problemas en el funcionamiento del proceso penal reformado. Así, existe diversa información que indica que los peritajes se ocupan frecuentemente y en un número alto como prueba de parte de la Fiscalía, aun en casos en que *prima facie* no pareciera ser necesario contar con prueba de este tipo (como por ejemplo los hurtos y la mayoría de los robos). En otra dimensión, un estudio realizado con el objetivo de evaluar el comportamiento de la reforma en el tratamiento de delitos sexuales, constató que en los juicios realizados en este tipo de delitos existían severos problemas con el uso de la prueba pericial. Así, se detectó que existía una escasa capacidad de las partes en la audiencia de juicio oral para cuestionar la calidad de la metodología utilizada en la confección de los peritajes, la calidad de los expertos que presentaban sus opiniones y finalmente, la calidad en la certeza de sus conclusiones. Se constató también, que los jueces tenían deficiencias para analizar adecuadamente el contenido de los peritajes y resolver de conformidad a los mismos.¹⁶ Además, respecto del uso de un tipo concreto de peritajes, los peritajes de veracidad, las autoras concluyen que “(...) tiende, además, a suprimir la obligación del Tribunal de fundamentar justamente ese aspecto de la prueba. En otras palabras, los jueces descansan en las conclusiones del peritaje para afirmar un hecho (la veracidad o falta de veracidad de la víctima) que debiera ser fruto del razonamiento judicial fundado en la acumulación de pruebas y su análisis lógico”.¹⁷

A lo anterior, debemos sumar los lamentables hechos recientemente ocurridos acerca de las identificaciones de los detenidos desaparecidos enterrados en el Patio 29. Este caso ha dado cuenta de la falibilidad de muchos de los métodos científicos utilizados en nuestro país y de las

consecuencias que de ello pueden derivarse¹⁸.

Como se puede apreciar, esta primera área de problemas no sólo se puede generar en el proceso penal, sino que en cualquier tipo de proceso judicial.

Desde el punto de vista del segundo problema general que identifiqué, el del uso racional de los recursos del sistema de justicia criminal, una política que permite un amplio uso de prueba pericial más allá de los casos en los que es necesaria aumenta de manera significativa los costos del sistema. Esto por varias razones. En primer lugar, impone la necesidad de que los órganos estatales de persecución penal y de Defensa Pública puedan contar con recursos suficientes (ya sea propios o por vía de contratos a terceros) para producir conocimiento experto en juicio. Ello, a la vez, aumenta los costos a los litigantes que participan del proceso judicial quienes, para comprender el significado de la información experta, rebatirla o presentar su propio punto de vista alternativo al de su contraparte, se ven en la necesidad de adquirir conocimiento experto independiente. A ello, además, debe sumarse el aumento de los tiempos de litigación y preparación de los juicios producido por la incorporación masiva de expertos, con el consecuente impacto de más tiempo invertido de parte de jueces, fiscales, defensores, funcionarios y testigos en la resolución del caso. En consecuencia, un primer aspecto problemático que surge en tener políticas abiertas de admisibilidad de prueba pericial en juicios orales adversariales es el tema de cómo lidiar con los mayores costos que ello genera, lo que en la otra cara de la moneda significa menos recursos para hacer justicia¹⁹. Esta no es una preocupación que sólo adquiere relevancia en contextos de escasos recursos, sino que la magnitud que puede adquirir el problema es incluso destacada en países desarrollados que cuentan con menos limitaciones presupuestarias que el nuestro.²⁰

En el caso concreto de nuestro país, el creciente uso de prueba pericial en el área penal ha sido una preocupación persistente en el proceso de implementación del nuevo sistema. La reforma procesal penal ha representado mayores y más complejas demandas a las agencias estatales que tradicionalmente cumplían con las funciones de aportar conocimiento experto a los procesos penales (v.gr. Servicio Médico Legal, el Instituto de Salud Pública, entre otros) que no habían sido dimensionadas adecuadamente con anterioridad a su puesta en marcha. La falta de capacidad instalada, la falta de cambio de los procesos de trabajo existentes en forma previa a la reforma y la escasa inversión en estas instituciones antes del inicio de su funcionamiento significaron que en muchos casos la obtención de prueba pericial se haya transformado en un cuello de botella para la operación del nuevo sistema²¹. Este problema adquirió tal relevancia, que una de las razones esgrimidas públicamente por las autoridades de gobierno para justificar la postergación de la entrada en vigencia de la reforma en la Región Metropolitana, acordada en el año 2004, fue la de liberar recursos económicos con el objetivo de potenciar a dichas instituciones y así permitir el correcto funcionamiento del nuevo proceso penal²². La puesta en marcha de la reforma en la Región Metropolitana no concluyó el debate público sobre la materia²³. Incluso, como ya se mencionó, estos problemas han sido reiterados en varias oportunidades por el Ministerio Público, por ejemplo por el Fiscal Nacional en su cuenta pública de abril de 2006.

La experiencia comparada y la realidad que comienza a darse en el funcionamiento del sistema en Chile exigen que el análisis del rol de la prueba pericial y su admisibilidad deba ser revisado con mucho más cuidado en nuestro país que lo que ha sido hasta el momento. Como se pudo apreciar en este capítulo, ello no es una demanda “dogmática” o que surja de la necesi-

dad de perfeccionar el discurso legal, sino centralmente una consecuencia directa de problemas graves y de serios riesgos que conlleva un uso inadecuado de este tipo de pruebas.

2. El cambio de paradigma: la concepción de la prueba pericial en el antiguo y el nuevo proceso penal.

Un segundo aspecto preliminar que resulta necesario tener presente para luego examinar la admisibilidad de la prueba pericial está dado por comprender la nueva lógica a partir de la cual ésta se regula en el Código reformado, la cual también ha sido asumida por la Ley de Tribunales de Familia de manera explícita en sus artículos 45 a 49 y la Ley sobre Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal por medio de la remisión a las normas del Código Procesal Penal que realiza su artículo 27 y que resultan plenamente aplicables en la materia en estudio.

Se trata de un nuevo paradigma de comprensión de este tipo de prueba que obliga también a replantear las prácticas que eran consideradas adecuadas respecto al trabajo de expertos en el sistema de justicia criminal antiguo. Este nuevo paradigma no aparece con claridad en la pura lectura de las normas que regulan la materia en el Código Procesal Penal (artículos 314 a 322), varias de las cuales presentan un contenido muy similar a las del antiguo Código de Procedimiento Penal, sino que surge como consecuencia de la lectura de dichas normas a la luz de la nueva lógica de prueba que impone el sistema acusatorio y de los propios valores y principios que guían a éste.

La característica central sobre la base de la cual se estructuraba la prueba pericial en el sistema procesal inquisitivo es que los peritos eran concebidos fundamentalmente como “auxiliares de la administración de justicia” o como “peritos del tribunal”, es decir, expertos que

ponían su conocimiento especializado al servicio de las necesidades de convicción del tribunal, sin considerar para nada los intereses de las partes o comportándose en forma completamente neutral o imparcial respecto de ellas.²⁴ Esto tenía impacto en varios aspectos de la regulación normativa de esta prueba.

En primer lugar, el trabajo de los peritos estaba exclusivamente al servicio de las necesidades de conocimiento del juez²⁵. Por lo mismo, su designación quedaba entregada básicamente a dos hipótesis: (a) casos en los que la ley expresamente indicaba la necesidad de contar con una opinión experta; y (b) en el resto la decisión quedaba entregada fundamentalmente a la decisión discrecional del propio juez.

Otro elemento en esta lógica era que el sistema establecía una suerte de precalificación de idoneidad de quienes podían ser considerados como peritos. En esta lógica se establecía un sistema bastante cerrado en el que no cualquiera podía ser objeto de designación como perito para un caso. Así, el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal establecía que, al designar un perito, el juez debía privilegiar a los integrantes de servicios públicos o reparticiones estatales de distinta naturaleza. Sin perjuicio de esto, el juez podía también designar a alguien distinto, en la medida que se hubieren acreditado ante los tribunales y, como elemento esencial, que formaren parte de las listas confeccionadas por las Cortes de Apelaciones y fueran aprobadas cada dos años por la Corte Suprema. Como *última ratio* el Código establecía que el juez podía designar a otras personas fuera de este sistema.

Junto con lo anterior, la valoración de la prueba pericial estaba sometida a la lógica de la prueba legal o tasada. Es decir, en donde el legislador establecía en abstracto la forma en que el juez debía apreciar el valor probatorio de la pericia, por ejemplo, en el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal el que se ponía en la

hipótesis de dos dictámenes de peritos acordes.²⁶

Finalmente, en relación a la forma de rendirse la prueba pericial, esta era centralmente concebida como un informe o dictamen escrito. La prueba era dicho documento y no el perito en sí mismo. Ello era lógico y coherente con el carácter escrito del proceso inquisitivo en nuestro país. Es por eso que más que por el perito la prueba estaba constituida por el “informe pericial” que se entregaba al tribunal por escrito.

La lógica descrita cambia de manera radical en el nuevo sistema. Así, en éste los peritos son concebidos como “peritos de confianza de las partes” y no como “auxiliares del tribunal”. Esto quiere decir que son las partes las que deciden si quieren llevar o no a un perito a juicio y a qué perito en concreto. Por así decirlo, los peritos dejan de estar al servicio del juez y pasan a estar al servicio de las teorías del caso o versiones de quienes los presentan. Ello es una consecuencia natural del carácter acusatorio del nuevo proceso, de acuerdo al cual los jueces dejan de tener iniciativa o roles relevantes en relación a la producción de información y rendición de prueba, la que queda entregada exclusivamente a las partes²⁷. Esto no significa que los peritos son “serviles” a quienes los presentan, sino que la decisión de presentarlos estará asociada al hecho de que lo que el perito está dispuesto a afirmar en juicio -producto de su mejor ciencia o disciplina- es consistente con la teoría del caso o la versión de quien lo presenta. Tampoco significa, como veremos en el próximo capítulo, que todo perito que las partes intenten presentar a juicio deba ser admitido por el juez de garantía en la audiencia de preparación de juicio oral.

Esta nueva lógica es recogida por el Código Procesal Penal en el artículo 314, el que en su inciso primero señala: “El ministerio público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar que éstos fueren citados a juicio oral...”. En la misma lógica el artículo 45 inciso primero

de la Ley de Tribunales de Familia señala “Las partes podrán recabar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar que estos sean citados a declarar a la audiencia de juicio”. De otra parte, el Código, al mismo tiempo de reconocer que los peritos son de confianza de la parte que los presenta, establece en el inciso final del mismo artículo 314 un deber de profesionalismo a quienes cumplan con tales funciones al señalar “Los informes deberán emitirse con imparcialidad, ateniéndose a los principios de la ciencia, las reglas del arte u oficio que profese el perito”.²⁸ Como se puede observar, esta regla asume que los expertos deben tener un nivel de fidelidad con la disciplina que profesan.²⁹ Finalmente, el Código se encarga de explicitar en el artículo 318 la improcedencia de la inhabilitación de los peritos antes del juicio, dejando abierta la posibilidad de que en ese momento se le formulen preguntas destinadas a determinar su efectiva imparcialidad, ejemplificándose que incluso se puede requerir del perito información acerca de su remuneración y la adecuación de ésta a los montos usuales para el tipo de trabajo realizado, regla que también se contiene en el artículo 48 de la Ley N° 19.968.

Este cambio en la forma de concebir al perito impacta de diversas maneras en la regulación legal de esta prueba. Tal vez el impacto más significativa sea 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 de dónde se puede obtener un perito. Para el nuevo sistema cualquier persona que esté en condiciones de acreditar experiencia o conocimientos relevantes y especializados en una determinada ciencia, arte u oficio puede ser presentada por las partes con la intención de que sea admitida a juicio oral. Esto no debe confundirse con el hecho de que normalmente la persecución penal recurra a los órganos estatales especializados en la materia, según lo dis-

pone el artículo 321 del Código Procesal Penal, ya que se trata de instituciones especialmente pensadas para tal función y que deben ser utilizadas por motivos de disponibilidad de recursos. La idea central es que en el nuevo sistema, al menos en teoría, incluso el Ministerio Público podría utilizar a cualquier experto de “afuera” de dichas instituciones para sustentar sus casos, ya que lo relevante para la admisibilidad de peritajes no está determinado por la afiliación del perito a una institución o la existencia de su nombre en una lista, sino por su idoneidad y experticia lo que debe demostrarse al momento de discriminar su admisibilidad y luego en juicio. En este sentido, el asignarle en abstracto mayor valor a un perito por pertenecer a una institución (pública o privada), sin hacer un juicio concreto sobre la calidad del perito específico, constituye un ejercicio errado en la lógica del nuevo sistema.

En cuanto a la valoración de la prueba pericial, el nuevo sistema establece para toda categoría de pruebas un sistema de libertad en la valoración de la misma restringida solamente a la no contradicción de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, según los dispone el artículo 297. En la misma lógica también se inscribe el artículo 32 de la Ley de Tribunales de Familia.

Finalmente, en cuanto a la forma en que debe rendirse la prueba pericial en juicio, la regla básica es que ella consiste en la declaración que en juicio presenta el experto, sin que ella pueda ser reemplazada, sustituida o complementada por declaraciones previas registradas en actas o por su informe pericial escrito, salvo los casos excepcionales regulados por el propio Código. Esto representa un cambio radical respecto al formato del sistema anterior. Como ya dije, la prueba pericial en dicho contexto estaba centralmente constituida por el informe escrito presentado por el perito y que acompañaba al expediente. Esto, en el nuevo sistema, es

en principio inadmisibile.³⁰ Si el perito no va a juicio, por lo que no explica en la audiencia su peritaje, y no se somete a las preguntas de examen directo y contraexamen de las partes -y eventualmente a las preguntas aclaratorias del tribunal- no se dispone de prueba pericial que pueda ser valorada.³¹ Este elemento del nuevo paradigma ha tenido varias dificultades para ser implementado. Si bien es cierto que en materia penal se ha consolidado una jurisprudencia en términos de exigir la presencia del perito en la audiencia,³² sigue siendo una práctica relativamente extendida la exigencia del informe pericial por escrito de parte del tribunal oral no obstante la doctrina se ha uniformado en el sentido contrario.³³ En materia de funcionamiento de tribunales de familia la situación parece ser aún más compleja. Así, un reciente estudio empírico realizado en la Región Metropolitana da cuenta de que la regla general es que la prueba pericial se introduzca a las audiencias por lectura del informe escrito y sin comparecencia del perito.³⁴

Este cambio de paradigma o lógica también obliga a revisar las prácticas que se han desarrollado tradicionalmente en cuanto a la admisibilidad de la prueba pericial en el proceso penal. No es lo mismo un sistema en donde dicha decisión queda entregada centralmente al legislador y a la voluntad del órgano jurisdiccional, que uno en donde son las propias partes las llamadas a producir la información de expertos y que luego intentan sea considerada por el tribunal al momento de resolver el caso. La dinámica adversarial establece un entorno de incentivos para las partes que hace necesario tener un control más riguroso de la prueba que se pretende introducir a juicio. Por otra parte, la flexibilización del sistema de peritos obliga a revisar, antes de admitir a juicio, que el experto que se presenta reúna mínimas condiciones de idoneidad frente a los riesgos ciertos de que por esa mayor flexibilidad se permita la comparecencia a juicio de peritos que aportaran información

de mala calidad al juicio. En el apartado que sigue detallaré las exigencias de admisibilidad para el juicio que impone el nuevo sistema procesal penal.

3. La admisibilidad de la prueba pericial a juicio oral.

Durante la vigencia del sistema inquisitivo, las reglas que regían la prueba pericial operaban sobre dos lógicas que, en la práctica, hacían bastante innecesario preocuparse de cuestiones sofisticadas vinculadas a la admisibilidad de la misma. Como ya hemos visto, o se trataba de un asunto que la ley resolvía en abstracto al establecer reglas precisas de obligatoriedad del peritaje para probar ciertos hechos en determinadas categorías de delitos o, por otro lado, se le entregaba discrecionalmente tal facultad al juez del crimen en un proceso que era completamente dominado por su rol, especialmente en la etapa de sumario en donde se incorporaba la mayor cantidad de prueba en los procesos del antiguo sistema. En ambos casos, se trataba de situaciones en las que el espacio de discusión acerca de la procedencia de este tipo de prueba quedaba muy limitado. Si se estaba en la hipótesis legal, debía producirse el peritaje. Si el juez del crimen lo estimaba como conveniente en una decisión unilateral, es decir, sin participación de las partes involucradas, también lo ordenaba. Esta situación de no debate generó una cultura que se traspasó a la literatura y jurisprudencia generada durante la vigencia del sistema antiguo, que como ya he mencionado casi no aborda este tema dando cuenta así de su irrelevancia en la operatoria del mismo.

El problema es que este estado de la cuestión pareciera haberse reproducido también en el funcionamiento del nuevo sistema. Así, hasta el momento sólo en forma muy reciente y de manera tímida comienza a desarrollarse jurisprudencia relevante sobre la materia. Por

otra parte, la literatura especializada no desarrolla sino en cuestiones mínimas las exigencias de admisibilidad a juicio de la prueba pericial contenidas en el propio Código Procesal Penal. El impacto de esta situación es que la práctica habitual de los tribunales pareciera ser la de permitir la introducción de peritajes de la más diversa índole presentados por las partes en los juicios orales sin que existan controles muy intensos acerca de su procedencia. Ello, como he sostenido, comienza a producir varios de los problemas y riesgos que han sido descritos en un capítulo anterior.

Contrariamente a la tendencia descrita, una revisión más exhaustiva del nuevo Código Procesal Penal permite identificar que, respecto de este tipo de evidencia, se establece un sistema de admisibilidad a juicio oral especial, que es mucho más estricto que el regulado para todo tipo de prueba. Así, junto con el requisito general de admisibilidad de la prueba (su pertinencia o relevancia), el Código impone tres exigencias adicionales para admitir a juicio la prueba pericial: la necesidad del conocimiento experto; la idoneidad del experto; y, la confiabilidad de la información experta.³⁵ Antes de analizar cada una de estas exigencias y su regulación normativa en el Código me interesa enfatizar que esta serie de requisitos, que establecen un estatuto más estricto de admisibilidad para este tipo de prueba, son consistentes con los riesgos que plantea un uso abierto de la misma, particularmente en el entorno de incentivos que genera un sistema acusatorio de carácter más adversarial como el que se ha implementado en nuestro país. Como ya se ha mencionado, el problema de uso racional de los recursos y los problemas de principios del sistema imponen un escenario en donde es necesario establecer filtros adicionales, tal como además ha sido la evolución de los sistemas acusatorios de países más desarrollados de características similares al chileno, como Estados Unidos y Canadá.³⁶

En consecuencia, el desafío planteado hoy en día en la materia no se encuentra a nivel de necesidad de realizar reformas legales, sino en el del surgimiento de una práctica jurisprudencial consistente que le dé contenido a estas exigencias ya plasmadas en las normas legales por nuestro legislador.

A continuación revisaré el contenido de cada uno de estos requisitos, dando algunas pistas acerca de los alcances que se les han dado en la experiencia comparada y cómo han sido recogidos por algunos fallos más recientes en nuestro país.

4. Requisitos de admisibilidad.

Como señalé, la admisibilidad de la prueba pericial a juicio oral depende de cuatro criterios básicos, el primero de ellos común a toda prueba y los otros tres regulados de manera especial para esta categoría. A continuación se revisará cada uno de ellos y se expondrán algunas situaciones de la práctica habitual en el nuevo sistema procesal penal que podrían resultar problemáticas en un análisis de admisibilidad que fuera estricto en cuanto al cumplimiento de estos criterios.

a) Pertinencia o relevancia de la prueba pericial.

Se trata de un requisito de admisibilidad común establecido para todo tipo de prueba en el nuevo sistema. Su regulación normativa se encuentra en el artículo 276 del Código Procesal Penal en forma negativa. En efecto, dicho artículo regula los casos de exclusión de prueba indicando que no se admiten a juicio aquellas pruebas que "... fueren manifiestamente impertinentes...". Leído en forma positiva, el primer requisito de admisibilidad de toda prueba es su pertinencia. Este requisito de admisibilidad es, además, reafirmado en el artículo 316 referido a la prueba pericial al señalar que se admitirá dicha prueba cuando "...además de los requisitos

generales de admisibilidad de las solicitudes de prueba (...)". Es decir, es una norma que hace aplicable en forma expresa para los peritos la regla general del artículo 276. Junto con lo anterior, el artículo 314 inciso segundo, que describe la procedencia general de la prueba pericial, formula también este requisito de manera indirecta pero en forma positiva cuando señala "Procederá el informe de peritos (...) siempre que para apreciar un hecho o circunstancia relevante para la causa (...)" (el subrayado es mío)³⁷.

Cabe señalar que la pertinencia de una prueba también suele ser conocida como la relevancia de la misma, por eso ocupo ambos términos en forma indistinta, como también pareciera hacerlo el Código en su artículo 314 inciso segundo, tal como acabo de transcribir.

¿Cuándo una prueba es pertinente o relevante? La pertinencia o relevancia de una prueba se puede determinar en varios niveles de análisis. En el nivel más simple y sencillo, que podríamos denominar como "relevancia lógica" de la prueba, se entiende que ella será pertinente en la medida en que exista vinculación del contenido de dicha prueba con los hechos a debatir en juicio. En nuestro país esta ha sido la forma preferente de comprender este requisito de admisibilidad. Así, Bofill ha indicado que una prueba carece de pertinencia cuando "...no es conducente o concerniente a los hechos materia de la acusación o defensa".³⁸ Horvitz, sostiene que prueba impertinente "...es aquella que no guarda relación alguna con los hechos materia de la acusación o los alegados por la defensa, esto es, en que no existe ninguna relación, lógica o jurídica, entre el hecho y el medio de prueba".³⁹ Como se puede apreciar, en este primer nivel de análisis, el factor central que determinará la relevancia de una prueba tiene que ver con su potencialidad para probar hechos que van a ser objeto de debate en el juicio, sin importar cuán razonables sean o no esos hechos, cuestión que

será objeto de evaluación final por parte del tribunal al momento de decidir el caso. Así entendida la relevancia, con ella se intenta evitar la producción de prueba innecesaria en el juicio haciendo un uso eficiente de los recursos disponibles por el sistema.⁴⁰ De otra parte, evita que se introduzca información al juicio que no es importante para decidir el caso y que, en cambio, podría contaminar o confundir al juzgador.

Pero advertí que éste es sólo un primer nivel de análisis y, probablemente, el más sencillo. En efecto, cuando se observa el desarrollo experimentado de países como los Estados Unidos y Canadá en relación a este requisito general de admisibilidad, es posible identificar un segundo nivel mucho más sofisticado de análisis que podría llevar a limitar muy fuertemente la procedencia de prueba en nuestro país. Como se trata de un tema complejo, que excede al ámbito específico de la prueba pericial, sólo me detendré brevemente en él para plantear algunos problemas y ejemplos de cómo un análisis más estricto de admisibilidad por relevancia podría tener un impacto significativo en nuestro país en términos de reducir la prueba presentada por las partes en los juicios orales.

Este segundo nivel de análisis de la pertinencia de la prueba podría denominarse de “relevancia legal”. La relevancia legal tiene que ver centralmente con un análisis de la relación costo-beneficio en el que el juez debe pesar los aspectos favorables que la introducción de dicha prueba puede producir en juicio en contra de los potenciales perjuicios que pudiera generar su incorporación al mismo. “Este análisis de costo beneficio tiene por objetivo determinar si el valor probatorio potencial de la evidencia es superado por el ‘prejuicio’ que ésta crea o por los ‘costos’ que produce”.⁴¹ En consecuencia, el juez, al admitir una prueba a juicio, no sólo debe mirar el vínculo lógico de la prueba concreta con los hechos a debatir sino que, además, debe balancear el aporte de dicha prueba a la

solución del caso en comparación con diversos perjuicios que podría generar para la resolución del mismo o el funcionamiento general del sistema. En consecuencia, allí donde la relevancia lógica se justifica como un mecanismo destinado a evitar el mal uso de los recursos del sistema, la relevancia legal intenta proteger diversos valores del mismo, incluido por cierto el uso eficiente de sus recursos. Es por ello que los perjuicios o costos que se pueden causar con la admisibilidad de una prueba pueden ser de diversa naturaleza. A continuación revisaré con un poco más de detalle algunas de las situaciones más comunes que se presentan en el ámbito del derecho comparado centrandome el análisis en la prueba pericial.⁴²

i) Aporte probatorio *versus* prejuicio en el juzgador.

Un primer análisis de costo-beneficio que debiera realizar un juez está relacionado con la capacidad de medir el potencial valor probatorio de la evidencia que se trata de introducir en contra del potencial efecto de generar prejuicio en el juzgador. Si el potencial prejuicio supera al aporte que representa esa prueba deberá ser declarada inadmisibile. Revisemos primero un ejemplo general no referido a peritajes para luego poder ver con mayor claridad un ejemplo específico. Supongamos que en un delito de homicidio la Fiscalía intenta introducir como prueba a juicio el extracto de filiación y antecedentes de la persona acusada (que ejerce su derecho a guardar silencio en el juicio) que tres años antes había sido condenada por violación de domicilio. Si el objetivo de esa prueba es acreditar que el acusado no es una “blanca paloma” ya que tiene antecedentes, esto podría eventualmente pasar el *test* de relevancia lógica y ser admitida a juicio.⁴³ Sin embargo, si el juez incorporara un análisis de relevancia legal podría cuestionar la admisibilidad de dicha evidencia sosteniendo

que su valor probatorio o aporte para demostrar que el acusado es el autor del delito por el que se lo acusa es muy bajo en relación al efecto prejuicioso que generará en el juzgador. El juez en este caso podría preguntarse cómo el hecho de haber sido condenado previamente por violación de domicilio ayuda a demostrar que el acusado es autor del delito de homicidio por el cual se lo acusa. Si bien es cierto que la Fiscalía podría argumentar que ello permite demostrar que no es "una paloma blanca" y que eso puede ayudar a mostrar cómo es posible que nuevamente haya cometido un delito, se trata de una inferencia indirecta y lejana cuyo aporte probatorio al caso es bajo. En cambio, el juez podría valorar que la eventual introducción de esta prueba sí podría generar un prejuicio en los juzgadores, por ejemplo, en términos de la calidad moral del imputado (!un mal tipo o un delincuente al fin y al cabo!) y eso perjudicar sus posibilidades de un juego justo en su favor. Por lo mismo, balanceando el aporte probatorio y el potencial costo de introducir esta prueba, el juez podría estimar que no satisface la "relevancia legal", es decir, es inadmisibile.⁴⁴

Veamos ahora un ejemplo en el área de las pericias para ver cómo podría operar este razonamiento en esta área. Supongamos que se acusa a una persona de haber cometido el delito de pedofilia en contra de niños de ambos sexos. La Fiscalía intenta introducir a juicio una prueba pericial psicológica en la cual se describe que el acusado reúne todas las características o el perfil psicológico de un homosexual. La Fiscalía justifica que ello es relevante lógicamente debido a que muestra un comportamiento y tendencias anormales del acusado que justificarían otras conductas desviadas tales como la pedofilia. ¿Superaría ello el *test* de relevancia legal? Ello sería muy difícil ya que claramente nos encontramos frente a un caso en donde el aporte de dicha evidencia para probar la imputación de la Fiscalía es bajo debido a que se basa

en una inferencia lejana que, además, corre el serio riesgo de introducir prejuicios en el juzgador. Realizando un análisis costo - beneficio una prueba de esta naturaleza no debiera ser admisible en juicio por falta de relevancia, entendida esta en su dimensión de relevancia legal.

ii) Valor probatorio *versus* costos materiales y humanos.

Hay situaciones en las que el análisis costo - beneficio lleva a excluir una prueba debido a que la contribución que ésta entrega para resolver el caso es baja en relación al tiempo y esfuerzo que es necesario invertir para lograr que ella se produzca en el juicio. Esto es particularmente cierto tratándose de prueba pericial, la cual supone siempre inversión de recursos para su realización y, además, genera el encarecimiento general del sistema. En consecuencia, no obstante las partes asuman el costo que para ellas genera la producción de la prueba pericial, su introducción a juicio podría generar costos altísimos a los demás actores que no se justifican en atención al escaso aporte que ella podría entregar al momento de producirse en el juicio, por ejemplo ya que ella recae sobre una cuestión accesoria a aquello que es objeto de debate y realmente no significa una contribución intensa para resolver el asunto. Si esto es así no debiera admitirse su introducción al juicio oral.

iii) Valor probatorio *versus* influencia indebida en el juzgador.

Hay otras hipótesis en donde el examen de costo-beneficio obliga a pesar el aporte probatorio de la evidencia presentada en contra de los efectos que puede generar en el juzgador en términos de producir una influencia indebida o crear un tipo de prejuicio que lo lleven a valorar desproporcionadamente el real aporte de la prueba. No se trata de un prejuicio en contra

del acusado como en el primer caso, sino que lleve a valorar equivocadamente el real peso que tenga la propia prueba pericial que se presenta.

La situación descrita podría producirse en varias hipótesis. En primer lugar, se puede generar en situaciones en las que la complejidad de la prueba pericial que se intenta introducir dificulte más que ayude a la solución del caso, por ejemplo, debido a que respecto de ella no existe posibilidad real de contraexaminar (típicamente en los casos en los que la pericia se basa en información que no es de acceso público y que, por tanto, no es susceptible de ser confrontada). También se puede producir en casos en que la introducción de la prueba pericial genere confusión en el juzgador, como por ejemplo, cuando se presenta sólo como prueba relevante para medir la credibilidad de un testigo, pero la información que supone incorporar en el juicio corre el riesgo de que sea valorada también como prueba sobre el fondo, es decir, permita fundamentar algo para lo cual no fue considerada admisible. Lo mismo ocurre en aquellos casos en que el prestigio del experto es desproporcionado respecto a la confiabilidad del peritaje específico que se intenta introducir a juicio. Gold ejemplifica este último caso de una manera que me parece muy gráfica: Albert Einstein sería normalmente excluido como perito en cualquier tipo de materia ya que siendo conocido como la persona más inteligente del mundo su pura palabra normalmente debería ser decisiva para resolver un caso, aun cuando no fuera en las áreas más centrales de su conocimiento experto. El riesgo aquí sería que “el juzgador sea desproporcionadamente influenciado, sino engañado, por el aura de opinión científica y las prestigiosas credenciales del experto...”⁴⁵ En esta última hipótesis el problema adquiere un matiz ya que no es estrictamente sólo de relevancia. Sino de relevancia en relación con la confiabilidad del peritaje, tema que será objeto de análisis específico un poco más adelante.

En resumen, el primer requisito de admisibilidad de todo tipo de prueba, su pertinencia o relevancia, es también aplicable al momento de dilucidar la incorporación de prueba pericial a juicio. Dicho examen debe realizarse al menos en dos *tests*, por una parte, el juez debe analizar la relevancia lógica de la prueba pericial y luego, en segundo término, su relevancia legal. Si la prueba pericial no satisface alguno de ambos *tests* no puede ser admitida a juicio. Si los jueces y los litigantes de nuestro país manejan con algún grado de sofisticación estos conceptos, tengo la impresión de que ya a nivel de este primer componente de admisibilidad se podría producir un filtro importante de los peritajes que hoy ingresan a juicio. Esta situación, me parece, sería trasladable también a todo tipo de prueba ya que, como he dicho, el requisito de relevancia con las dimensiones estudiadas debería ser aplicable como *test* de admisibilidad a juicio para todo tipo de prueba. Nuestra práctica jurisprudencial parece mostrar en cambio que los juicios de pertinencia se limitan a los aspectos de relevancia lógica en una versión relativamente formal. En otras situaciones, debido a una falta de desarrollo de los demás criterios de admisibilidad, se ha tendido a ampliar su alcance a temas como la necesidad o confiabilidad del peritaje como veremos en algunos casos un poco más adelante.

b. Necesidad del conocimiento experto.

Un segundo requisito de admisibilidad de la prueba pericial está constituido por la necesidad de contar con conocimiento experto para poder resolver el asunto sometido a debate en juicio. Se trata de un requisito que surge como consecuencia natural de la lógica y función que cumple la prueba pericial en los procesos judiciales y, por lo mismo, es sólo exigible para este tipo en particular de prueba. Aun cuando por su obviedad no sería necesario reconocimiento

normativo expreso para predicar su existencia, nuestro Código Procesal Penal se refiere de manera explícita al mismo al señalar en el artículo 314 que procede este tipo de prueba "... siempre que para apreciar un hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio." (el subrayado es mío). Idénticos términos son utilizados por el inciso segundo del artículo 45 de la Ley de Tribunales de Familia. Tampoco pareciera existir discrepancia acerca de este requisito en la doctrina nacional que, como vimos en forma precedente, incorpora la necesidad en la propia definición de la idea de perito. Lo curioso es que a pesar de esto no me fue posible encontrar ningún mínimo desarrollo acerca de los alcances de la misma.⁴⁶ En este contexto, ¿cuáles son los alcances de este requisito de admisibilidad?

La respuesta a este interrogante supone nuevamente un análisis en distintos niveles. En un primero y más obvio, la necesidad de conocimiento experto se refiere a que la contribución central del perito en el juicio será ayudar al tribunal a decidir algo que está fuera del ámbito de su experiencia, sus conocimientos o su capacidad de comprensión. Desde este punto de vista, la presentación de un perito a juicio sólo se justifica cuando el tribunal por sí solo no estaría en condiciones de apreciar un hecho o circunstancia del caso, ya sea debido a que se encuentra fuera de la experiencia común, fuera de su conocimiento o no es susceptible de ser comprendido con claridad sin la ayuda de un especialista. Por el contrario, si el tribunal está en condiciones de comprender un hecho, hacer juicios, sacar inferencias o arribar a conclusiones sin que deba para ello escuchar previamente a un experto, estamos en un caso de falta de necesidad y en donde debiera ser declarada inadmisibles este tipo de prueba.⁴⁷

En este primer nivel se busca, por una parte, evitar la presentación de prueba superflua

o redundante,⁴⁸ pero por otra, impedir que el trabajo de los peritos sustituya la función propia del juzgador al pronunciarse sobre cuestiones que son de competencia de quien decide el caso y sin que sea necesario para tal función la ayuda de expertos. Como puede apreciarse, se trata de un requisito de admisibilidad que tiene relevancia tanto para evitar el problema del uso racional de los recursos como el de principios del sistema descrito en un capítulo anterior de este trabajo.

Debe destacarse que en este nivel no basta simplemente que la introducción del peritaje sea "útil" para el juzgador, sino que debe ser necesario. En este sentido la jurisprudencia de Canadá ha establecido que es necesario sólo cuando "...un lego podría llegar a una **conclusión errónea sin la ayuda de un experto** o cuando el **acceso a información importante podría perderse** a menos que no se pudiera contar con información prestada por las enseñanzas de un experto".⁴⁹ Como se puede observar, se trata de un estándar más bien alto de admisibilidad.

Algunos ejemplos de la Corte de Apelaciones del cuarto circuito (California) que cita Méndez son ilustrativas para graficar lo sostenido.⁵⁰ Dicha Corte ha declarado innecesaria la opinión de un experto para mostrar el carácter indebidamente sugestivo en el que fueron dispuestas unas fotografías para un reconocimiento debido a que el jurado podía darse cuenta por sí sólo de aquello (People v. Brandon, 1995). En otro caso también se consideró innecesaria la opinión de un experto acerca de la culpabilidad del imputado por el delito del que se le acusaba o si éste había sido efectivamente cometido, ya que los miembros del jurado podían resolver esas cuestiones sin necesidad de ayuda de un peritaje (People v. Torres, 1995). En Canadá (caso R. V McIntosh) se ha considerado innecesario el peritaje de un psicólogo que sostenía que los testigos tienen problemas de percepción y recuerdo cuando los eventos ocurrieron en un momento muy breve y estresante, ya que ello no

se encuentra fuera de la experiencia normal del juzgador.⁵¹ Como se puede apreciar, no obstante dichos peritajes podrían haber sido de alguna utilidad, la correcta percepción de los hechos o las conclusiones del juzgador podían ser adoptadas sin que fuera indispensable contar con ellos, por eso en todos los casos se consideran innecesarios y no son admitidos a juicio.

En este contexto, es necesario analizar la frase del artículo 314 que señala que para que proceda esta prueba son “..necesarios o convenientes conocimientos especiales..”. Es decir, en donde aparentemente el Código reduciría el estándar de necesidad en análisis por medio de hacer admisible este tipo de prueba en casos de “conveniencia”. La *conveniencia* no puede ser leída como una cláusula que otorga al juez discrecionalidad amplia para determinar la admisibilidad de los peritajes ya que ello significaría hacer perder sentido a la idea de necesidad y el objetivo básico que existe detrás de admitir la prueba pericial. ¿Qué sentido tendría que el Código exigiera necesidad y luego simplemente permitiera la introducción de cualquier peritaje “conveniente”? La respuesta a este interrogante debe ser contestada pesando los valores y principios en juego. En mi opinión, la conveniencia abre un cierto espacio de discrecionalidad para los jueces, pero restringida. Esa discrecionalidad debe estar centralmente entregada en casos límite o en los que existan dudas acerca de la necesidad y no simplemente cuando se perciba que el peritaje es útil, aun cuando no sea necesario. Por lo mismo, en el caso de dudas, la cláusula de conveniencia puede jugar a favor de la admisibilidad, pero no en casos claros. Por decirlo así, la *conveniencia* es un complemento y no un sustituto del criterio básico de necesidad. Me parece que otra interpretación de la misma es completamente inconsistente con la lógica básica detrás de la regulación de la prueba pericial.

En un segundo nivel de análisis, la necesidad de la opinión experta tiene que ver con que

el conducto apropiado para introducir la información sea el perito y no otro medio de prueba. Así, como destaca Gold, desde este segundo punto de vista, la necesidad es “...necesidad de que el juzgador expresamente reciba la información por vía del perito y no simplemente necesidad de que reciba esa información. Si el juzgador puede recibir información requerida de alguna otra forma que por medio del peritaje, éste es innecesario”.⁵² Ejemplifica esto luego con varios casos de la jurisprudencia de la Corte Suprema canadiense en donde el testimonio experto acerca de las razones de una denuncia tardía de la víctima en delitos sexuales ha sido declarado innecesario cuando la misma víctima está en condiciones de explicarlo con claridad en juicio.⁵³ En la lógica de dichos ejemplos, la idea es que si la información que introduce el perito puede ser incorporada por otro medio de prueba que le permitirá al juzgador tener los mismos elementos para tomar una decisión, siempre deben preferirse esos otros medios antes que el peritaje.

Una aplicación rigurosa de este segundo requisito de admisibilidad de la prueba pericial, en los dos niveles de análisis que he revisado, debiera tener un impacto significativo en las prácticas que se han desarrollado en nuestro país. En efecto, varias de las cuestiones que actualmente se presentan como peritajes en los juicios orales de la reforma debieran, en virtud de su falta de necesidad, no ser admitidas a juicio oral. Esto no sólo debiera simplificar tales audiencias, sino también decomprimir de manera importante el trabajo de los organismos auxiliares que producen estos peritajes.⁵⁴ Además, debiera tener un impacto relevante en eliminar información del juicio potencialmente riesgosa para una decisión final de calidad. Veamos algunos casos problemáticos de común ocurrencia que permiten tener una imagen más clara de las dimensiones de lo que estoy señalando.

Una primera situación problemática se presenta como una práctica muy habitual de la Fiscalía de presentar como experto en juicio a peritos fotográficos (normalmente funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile) con el objetivo de introducir a juicio imágenes del sitio del suceso o de las reconstituciones de escena practicadas por el Ministerio Público.⁵⁵ Se trata de un conocimiento experto que en mi opinión debiera ser inadmisibile desde el punto de vista de los dos niveles de necesidad analizados. Desde el primer punto de vista, la pregunta que debiera formularse un juez para decidir su admisibilidad a juicio es ¿qué información es necesaria que aporte un perito de esa naturaleza?. En general, la única razón por la cual estos peritos debieran comparecer a juicio es para producir las proposiciones fácticas exigidas para acreditar que la fotografía contiene una representación fiel del objeto o lugar respectivo con el propósito de poder introducir las en la audiencia y permitir que sean valoradas por el tribunal (proposiciones de este tipo son, por ejemplo, “la casa que sale en la fotografía es la que la víctima identificó como propia”, “esa esquina es aquella en donde fue encontrado el cadáver de la víctima”). Las fotografías constituyen medios de prueba autónomos que requieren para su valoración en juicio ser acreditadas por alguien que, óptimamente, debe ser un testigo idóneo capaz de hacer el proceso de identificación y validación de lo que la foto representa (el dueño de la casa, el funcionario policial que condujo la investigación, etc.). Normalmente, quien sacó la fotografía *per se* no es idóneo y, en caso de que lo fuera, la importancia de su comparecencia a juicio no es aportar conocimiento experto (actuar como perito) sino entregar información que podría entregar cualquier testigo. Lo que ocurre en realidad en estos casos es que no se está en presencia de un peritaje en estricto rigor, ni menos de una hipótesis en donde exista necesidad de conocimiento experto. Esto por sí solo sería una buena razón para

no admitir la comparecencia de esas personas en calidad de peritos.

Por otro lado, la capacidad de percepción del tribunal de las fotografías tampoco requiere de un conocimiento experto que la apoye. Una cosa es que el Ministerio Público o la policía tengan especializadas ciertas actividades de investigación y entregadas a técnicos o especialistas su ejecución y otra muy distinta es que un tribunal para resolver un caso necesite a un experto para entender dicha información. Se trata de dos niveles distintos que suelen confundirse en nuestro país.⁵⁶ Por lo mismo, también se trata de casos que caerían por falta del segundo nivel de necesidad: siendo las fotografías información necesaria para resolver el caso, el experto no es el medio adecuado para su introducción a juicio.

En la lógica descrita, una práctica razonable de los tribunales debiera ser admitir las fotografías a juicio, pero no al perito que las tomó en calidad de tal. Distinto sería, por ejemplo, un caso en donde el hecho a discutir sea la alteración técnica de algunas fotografías que se intentan introducir a juicio, ello debiera ser normalmente discutido por medio de un perito fotográfico cuyo aporte sería el análisis técnico y conclusiones acerca de la existencia o no de una alteración. Esta lógica parece estar entrando de a poco en nuestra jurisprudencia. En un caso relativamente reciente, la Corte Suprema, con fecha 2 de julio de 2007 (causa rol 1647-07) no dio lugar a un recurso de nulidad presentado por la Defensa en un caso en que, entre otras causales, se invocó violación de garantías debido a la exclusión de un peritaje fotográfico de la Defensa por un juez de garantías en la etapa de preparación de juicio oral. En su considerando sexto la Corte señala: “En tanto, que en lo que atañe al informe pericial y set fotográfico, aparece de modo evidente de lo ya analizado precedentemente, que no se persigue por el mismo el desarrollo de un trabajo relativo a un conocimiento determinado del que los jueces no poseen, ya que como la propia defensa lo sostiene, se

pretende demostrar que el testigo presencial no pudo observar lo que asegura haber visto, punto que claramente puede ser percibido y resuelto por los sentenciadores, tarea que en ningún caso requiere de una pericia, e igualmente puede ser manifestado a través de los medios legales en la audiencia del juicio oral, razones suficientes para desestimar el primer recurso de nulidad”.⁵⁷ No obstante el razonamiento aparece en la línea correcta, la causal invocada originalmente para la exclusión fue la impertinencia, ratificándose así la idea del escaso manejo que existe todavía de otras categorías de admisibilidad especiales y propias de la prueba pericial.

Una situación muy similar a la de los peritos fotográficos en las hipótesis ya descritas se produce en casos en los que la Defensa presenta detectives privados a juicio como expertos. Ha existido una cierta práctica de parte de los defensores de llevar a juicio en calidad de experto a detectives privados que han realizado actividades de investigación a favor de la defensa con el objetivo de introducir informaciones y opiniones a juicio recopilados en su investigación “técnica”. El carácter técnico o especializado de su investigación ha llevado a que sus declaraciones más de una vez hayan sido admitidas como peritajes. Nuevamente se confunde el carácter técnico o especialización de quien realiza la actividad de investigación con el hecho de que exista necesidad de conocimiento experto en juicio para que el juzgador pueda resolver. El detective privado no es un perito en la lógica de la prueba pericial en juicio oral. Además, al igual que en el caso anterior, también sería posible señalar que si bien es cierta la información que pueda introducir el detective privado pueda eventualmente ser relevante y necesaria para resolver el caso, él no es el conducto adecuado para ello y no debiera ser admitido a juicio en calidad de experto. Así, no debiera ser admitido un informe pericial de un detective privado, lo que no quiere decir que la información recopilada por él no pueda ingresar

a juicio por otras vías (testigos, documentos u objetos recabados o incluso su propia declaración en calidad de testigo).

Vale la pena aclarar en este punto que admitir a un detective privado a juicio oral como testigo y no como perito, como asimismo a otro tipo de técnicos o expertos, no es una cuestión puramente conceptual. Por ejemplo, una diferencia central tiene que ver con el alcance de las declaraciones que puede prestar en juicio. Allí donde por regla general a los testigos no les es permitido formular opiniones o conclusiones en juicio, de los peritos se espera precisamente que aporten la información a juicio en ese tipo de formato, según hemos visto. Así, una pregunta por opinión o conclusión a un testigo da pie para una objeción correctamente fundada, tratándose de peritos ella normalmente no debiera prosperar. Por lo mismo, no admitir a este tipo de técnicos comparecer en calidad de peritos limita el foco de su declaración y resguarda que puedan introducir opiniones que no debieran ser formuladas en juicio.⁵⁸

En una situación muy similar a la descrita se encuentran los asistentes sociales y los diversos informes que elaboran en el contexto del nuevo sistema. Es así como es común la comparecencia de estos profesionales en calidad de peritos para declarar sobre las condiciones sociales en las que se encuentra el imputado, para efectos de determinación de pena u otros. Estamos frente al mismo escenario descrito. Una cosa es la necesidad de contar con profesionales especializados que desarrollen metodologías técnicas para la captura de información relevante para las partes y otra muy distinta es que para la presentación de dicha información y su valoración de parte del tribunal se requiera un peritaje. Para lo primero basta llevar la información directamente. Para lo segundo, el tribunal no necesita de una opinión experta para verificar el cumplimiento de los estándares normativos asociados a la determinación de pena, cuestión que

típicamente el sistema legal entrega en forma exclusiva a los juzgadores. Así, este tipo de peritajes normalmente no debieran ser admitidos a juicio oral, sin perjuicio de permitir ingresar la información relevante aplicando las reglas generales de admisibilidad de prueba a juicio. Con todo, debe tenerse cuidado que esta afirmación se limita al juicio de responsabilidad que se hace en el juicio oral “principal” en nuestro sistema. Me parece que la situación cambia tratándose de la audiencia de determinación de pena establecida en el artículo 343 del Código Procesal Penal, caso al que no me referiré en este momento y que es posible flexibilizar varios de estos requisitos de admisibilidad que existen para el juicio.

Los ejemplos anteriores presentan una situación límite de casos en que se podría declarar inadmisibles pruebas por falta de necesidad tanto en el primer como en el segundo nivel. Un caso problemático centrado en el segundo nivel se producía hasta hace poco tratándose de los peritajes químicos destinados a determinar la pureza de las drogas incautadas, que constituye un medio de prueba utilizado en todos los juicios por delitos de la Ley de Drogas, las alcoholemias, destinadas a acreditar el nivel de alcohol en la sangre de una persona, utilizadas en los juicios por el delito de conducción en estado de ebriedad contenido en la Ley de Alcoholes y los análisis de ADN. En estos casos, la aplicación de las reglas generales producía situaciones complejas ya que se trata de peritajes muy sensibles para el funcionamiento del sistema debido a su importancia en los juicios en esos delitos. Ello derivó en diversos problemas como consecuencia de la falta de capacidad instalada en nuestro país para responder a las demandas de la Fiscalía para su producción y luego para la comparecencia de los peritos a juicio oral.⁵⁹

Una correcta interpretación de la exigencia de necesidad de conocimiento experto podría haber resuelto este problema sin necesidad de realizar una modificación legal, si se hubiera

interpretado la no admisibilidad en la gran mayoría de casos en los que se intentaba que los especialistas encargados de la elaboración de tales informes técnicos comparecieran a juicio oral en calidad de peritos. En mi opinión, en los casos en los que no existía cuestionamiento de parte de la Defensa a los procedimientos, metodología o resultados de los análisis químicos de la droga, ADN y de las alcoholemias, la declaración en juicio de estos peritos era innecesaria. Esto no quiere decir que la información no lo fuera. Pero en ese tipo de hipótesis el conducto apropiado para ingresar el resultado de los exámenes técnicos practicados por los peritos debiera haber sido el respectivo informe de análisis de droga, ADN o la boleta que contenía el resultado de la alcoholemia. Por lo mismo, el juez de garantía al realizar el examen de admisibilidad de estos peritajes, debiera haber constatado si había debate sobre los puntos indicados o si el perito era presentado para algo más que simplemente dar cuenta del resultado del examen. Si no había debate, en principio, debiera declarar innecesaria la comparecencia del perito a juicio y admitir sólo la introducción del documento con los resultados de los exámenes técnicos practicados.

Esta solución no es aplicable a todo tipo de peritajes. Lo que la justifica en estos casos es que en ambos la conclusión técnica del perito es producto de un examen mecanizado y estandarizado en donde no existe espacio real para que el experto formule una opinión, sino simplemente para mostrar un resultado generado como consecuencia de la aplicación de un procedimiento con poca o nula intervención humana. Así, por ejemplo, en la alcoholemia la muestra de sangre se pone en la máquina respectiva la que arroja un resultado. El perito lo único que hace es manipular la máquina y registrar el resultado. Por lo mismo, si no hay discrepancia acerca de cómo se realizó el peritaje de sangre, el aporte del perito al juicio es nulo y su comparecencia

es innecesaria. No ocurre lo mismo, por ejemplo, en un examen psiquiátrico, en donde la conclusión del perito se construye fuertemente a partir de su opinión profesional, la que siempre debe ser explicada y puede ser controvertida en el juicio. Ello no puede ser reemplazado por el informe escrito del perito. En ese caso su comparecencia a juicio es necesaria en los dos niveles que he analizado. Dicho de otra manera, en estricto rigor no hay opinión experta en este tipo de exámenes mecanizados que justifique la comparecencia de un perito a juicio, a menos que efectivamente exista controversia acerca de los resultados o procedimientos empleados en el caso respectivo.

Esta solución no es desconocida en el derecho comparado. Así, pareciera ser la respuesta a la que han llegado sistemas adversariales con más desarrollo que el chileno. Este es el caso de Canadá. Allí se ha resuelto legislativamente este punto. Por ejemplo la ley de drogas de dicho país (*Controlled Drugs and Substances Act*) establece en sus artículos 45 y 51 que el inspector u oficial de paz en materia de drogas puede realizar el examen de cualquier tipo de sustancias o muestras de drogas para determinar su naturaleza elaborando un certificado o reporte con los resultados. Dicho documento es admisible como evidencia en juicio sin necesidad de su comparecencia y en ausencia de prueba en contrario es suficiente para acreditar sus conclusiones. Para que se admita el documento a juicio debe haberse entregado copia con anterioridad a la parte contra quien se utilizará y, además, cumplir con ciertos requisitos en su elaboración. En todo caso, la parte contra quien se utilizará puede requerir la comparecencia del técnico a juicio a efectos de practicar un contraexamen, pero para ello debe esgrimir razones específicas y no simplemente el deseo general de realizar el contraexamen. Una regulación similar se puede encontrar en la sección 258 del Código Penal de dicho país (*Criminal Code*) referida a los dis-

tintos *tests* existentes para determinar el nivel de alcohol de una persona.⁶⁰

Como se puede observar, se trata de una solución que compatibiliza por una parte el funcionamiento práctico del sistema con las necesidades de defensa en caso de que efectivamente este procedimiento pueda afectar el derecho del acusado a contraexaminar.

En este contexto estimo que este problema pudo haberse resuelto sin necesidad de una reforma legislativa. Con todo, el hecho de que la Ley 20.074 haya introducido una regla especial sobre la materia, agregando un nuevo inciso final al artículo 315 del Código Procesal Penal,⁶¹ facilita el desarrollo de una práctica más consistente sobre este punto, aun cuando deja abiertos algunos elementos para el debate en su uso.⁶² Por lo mismo, a pesar de que en la Ley de Tribunales de Familia no existe una regla equivalente al nuevo inciso final del artículo 315, la regla general de necesidad puede permitir resolver este asunto. Alguna jurisprudencia que se generó a partir de esta reforma ha dado cuenta de diversos problemas de comprensión del alcance de la misma.⁶³

Para cerrar el análisis de este requisito, me parece claro que con los casos problemáticos revisados, si se incorporara una práctica rigurosa de análisis de necesidad de conocimiento experto en los dos niveles que he sugerido son exigidos por nuestra legislación procesal penal, ello produciría un filtro muy importante de peritajes que hoy día se presentan a juicio y podría aliviar en forma significativa el trabajo de los organismos auxiliares.

No puedo concluir esta parte del trabajo sin mencionar lo que en mi opinión constituye el caso más problemático: los denominados “peritajes psicológicos de credibilidad”. El objetivo de ellos es evaluar los niveles de credibilidad de un testimonio, ya sea prestado por una víctima o un testigo.⁶⁴ Dichos peritajes son muy requeridos en los juicios por delitos sexuales, princi-

palmente por parte de la Fiscalía como apoyo a las declaraciones de las víctimas. Como reportan Casas y Mera "...en casi la totalidad de los juicios se presenta al menos un perito a declarar sobre este punto (veracidad), y en la mayoría de ellos se presenta más de uno, en algunos casos hasta cinco".⁶⁵ La gran demanda de este tipo de peritajes ha causado preocupación en las instituciones que normalmente los realizan debido a la falta de capacidad instalada para cubrir la demanda del Ministerio Público.⁶⁶

En mi opinión, los peritajes de credibilidad caen típicamente dentro de la categoría de opiniones expertas que no son necesarias en el primer nivel de análisis ya explicado. En efecto, la evaluación de la credibilidad de relatos de víctimas y testigos en juicio es algo que por excelencia corresponde de manera exclusiva al trabajo de los jueces llamados a resolver el caso. Una de las funciones centrales de un juez de juicio es valorar la credibilidad de los relatos a partir de la información obtenida en juicio y percibida directamente. Admitir a un testigo experto para declarar sobre ello significa invadir la parcela de un trabajo que es de responsabilidad exclusiva del juzgador y en, alguna medida, sustituirlo en su función. De hecho, cuando se observa la metodología utilizada en la elaboración de estos peritajes,⁶⁷ se puede apreciar que ella consiste básicamente en el tipo de trabajo que debiera hacer un juez en juicio para valorar la prueba y resolver el asunto. Dicha metodología apunta a identificar dentro del testimonio en análisis 19 criterios agrupados en cinco categorías que permiten discriminar la veracidad de los relatos, como por ejemplo, estructura lógica, detalles de los hechos, correcciones espontáneas, entre otros. Como apuntaba, esto es precisamente lo que el sistema exige al juez realizar, no sólo en relación al testimonio mismo, sino que vinculándolo además, con el resto de las pruebas presentadas en el juicio en un formato contradictorio e inmediato que le da mejores posibilidades de

apreciar el conjunto de información del caso. Un juez podría considerar que un peritaje de este tipo es útil para resolver el caso y, por eso, admitirlo a juicio, pero como hemos visto, la simple utilidad del peritaje no es motivo suficiente para ello sino lo que se exige es la necesidad de conocimiento experto y típicamente juicios de credibilidad son el trabajo del propio juez.

No obstante los juicios de admisibilidad de prueba pericial por necesidad deben ser valorados caso a caso de acuerdo a la jurisprudencia de los Estados Unidos y Canadá, donde la no admisibilidad de los peritajes de credibilidad por falta de necesidad de conocimiento experto es una práctica asentada en ambos países. Así, Gold, refiriéndose a la jurisprudencia canadiense en la materia, señala: "Los peritajes son generalmente innecesarios y, en consecuencia, inadmisibles, cuando se refieren a la credibilidad de testigos, excepto en circunstancias muy excepcionales en los que existe un defecto oculto o latente que podría ser descubierto por el peritaje, por lo que el conocimiento experto sólo ahí podría hacerse necesario".⁶⁸ Esa jurisprudencia se ve reforzada, además, por una regla explícita de exclusión de evidencia que afecta de manera directa a este tipo de testimonio experto, se trata de "*The rule against Oath-Helping*" (regla en contra de la ayuda a los juramentos), según la cual se prohíbe la admisión a juicio de todo tipo de evidencia que se intenta utilizar con el sólo propósito de probar la veracidad de un testigo.⁶⁹ Una situación similar ocurre en la jurisprudencia de los Estados Unidos.⁷⁰ Esta jurisprudencia también se ha visto reforzada por la interpretación más tradicional de la "*ultimate issue rule*" (regla sobre la cuestión decisoria), según la cual no se admite como evidencia a juicio aquella que pueda invadir el ámbito propio de decisión del juzgador. En esa lógica, esta regla ha sido frecuentemente invocada para denegar la admisibilidad de este tipo de peritajes.⁷¹

Debo hacer notar que tanto en Canadá como

en los Estados Unidos existen algunos matices respecto de la regla general descrita, entre otras derivada de la aproximación caso a caso que ha sentado la jurisprudencia, pero ellas se refieren en general a peritajes que se hacen cargo de proposiciones fácticas distintas a las referidas exclusivamente a la veracidad de los relatos del testigo o víctima o bien presentados con un propósito diferente al de acreditar la veracidad del relato.⁷² En la contracara, formas indirectas de peritajes de credibilidad, como por ejemplo casos en que el experto no afirma nada sobre la credibilidad del relato, pero sí indirectamente lo sostiene por medio de afirmaciones orientadas exclusivamente a reforzar su credibilidad, son consideradas al menos sospechosas y generalmente declaradas inadmisibles.⁷³ Seguramente derivado del carácter menos adversarial del sistema alemán, en este país pareciera ser que la respuesta a este tema es un poco más matizada, pero igualmente en la misma dirección que he sostenido hasta el momento. Así, Roxin reporta que para apreciar la credibilidad de un testigo sólo es admisible consultar a un perito en casos de excepción, siendo discutido por la doctrina el alcance de esos casos.⁷⁴

Se trata de un tema complejo y con muchas implicancias para la práctica actual en nuestro sistema que no estoy en condiciones de abordar en este trabajo, con el que no pretendo agotar la discusión, sino simplemente plantear una visión que problematiza un tema que no ha sido objeto de debate muy profundo desde la comunidad jurídica nacional sino hasta hace muy poco.

c. Idoneidad del perito.

El tercer requisito de admisibilidad de la prueba pericial está constituido por la necesidad de acreditar que quien se presenta como experto sea tal. Se trata también de un requisito que resulta bastante obvio. Si el sistema permite a las partes presentar a sus propios expertos con la finalidad de aportar información necesaria

para construir las decisiones judiciales a través de sus conclusiones u opiniones, lo lógico resulta que exista un mínimo filtro previo que permita verificar si se trata de una persona idónea, es decir, alguien calificado en la ciencia, arte u oficio sobre la cual prestará declaración en juicio.

Este requisito de admisibilidad también encuentra reconocimiento expreso en nuestro Código Procesal Penal. Así, el artículo 314 inciso primero señala que “El Ministerio Público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos....acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito”. Lo mismo ocurre en la Ley de Tribunales de Familia que contiene una regla idéntica en su artículo 45 inciso primero. También puede derivarse de lo dispuesto en el artículo 316 que señala: “El juez de garantía admitirá los informes y citará a los peritos cuando... considerare que los peritos ... otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo”, norma que se reproduce textualmente en el artículo 47 inciso primero de la Ley de Tribunales de Familia.

No obstante este requisito está constituido por una exigencia obvia hay algunos problemas potenciales que plantea su uso que me parece necesario esclarecer. En primer lugar, la idoneidad del perito debe ser acreditada en el área de experticia en el que se pretende que declare, es decir, debe tratarse de una idoneidad relevante para los efectos de su aporte en el caso. Así, por ejemplo, si pretendo incorporar a juicio la opinión de un experto con formación en química, el objetivo de su declaración en juicio debe permanecer centrado a esa área y no, por ejemplo, ampliarse a aspectos psicológicos del comportamiento de la persona que visitó su laboratorio para la toma de las muestras respectivas. Si lo acredito como químico sólo puede declarar en el área de su experticia. En este sentido, el hecho de acreditar a alguien como un “experto” no lo habilita para hablar de cualquier cosa.

Éste es normalmente un problema que se presenta a nivel de juicio, en donde suele preguntársele a los peritos por opiniones que van más allá de su experticia acreditada (típicamente los médicos). Ese tipo de preguntas son objetables y no pueden ser admitidas en el juicio. Pero también podrá presentarse como un problema para decidir admisibilidad. Para esos efectos el juez debe verificar que la acreditación se vincula al área en donde presentará declaración en juicio. Es decir, el juez debe verificar la consistencia de la acreditación con la declaración que va a prestar el perito de acuerdo a su informe pericial ya rendido. Si no hay consistencia entre ambos, no debe darse lugar a la admisibilidad de tal prueba.

Junto con lo anterior, un segundo tema de relevancia es que, tal como el artículo 314 enfatiza, la responsabilidad de acreditar idoneidad profesional del perito es de quien intenta que dicho experto pueda declarar en juicio oral. Esto plantea varios problemas. El primero y de fondo tiene que ver con el estándar de acreditación de idoneidad que exige la ley. La respuesta a esto pasa por entender que en un sistema acusatorio hay dos juicios de idoneidad que se realizan a un perito con propósitos distintos y en etapas diversas. El primero de ellos es un juicio de admisibilidad, cuya función es evitar el ingreso de expertos sin una mínima calificación en su área a juicio. El segundo se realiza en la misma audiencia de juicio y su objeto no es ya excluir al perito sino pesar su credibilidad. En consecuencia, el examen de idoneidad para efectos de admisibilidad es relativamente bajo o preliminar. Si se acredita que el perito es una persona que tiene un conocimiento especial o experiencia relevante en el área de su experticia debe ser admitido a juicio. En cambio, determinar cuán bueno sea ese perito, es una cuestión que queda entregada al juicio oral ya que se trata de un asunto de credibilidad y no de admisibilidad. Por lo mismo, un juez no

puede declarar inadmisibile un peritaje porque crea que el experto no es el mejor o es mediocre en el contexto de su disciplina, ello es algo que se resuelve en materia de credibilidad en juicio.

En línea descrita se pronuncia también la jurisprudencia comparada. Así, por ejemplo, en Canadá el examen de idoneidad (incluido dentro del “*Mohan Test*” de admisibilidad de la prueba pericial) establece que para estar calificado para declarar en juicio “La persona tiene que haber adquirido un conocimiento especial o peculiar a través del estudio o la experiencia respecto de los temas sobre los que va a declarar”⁷⁵. La escasa doctrina nacional que ha escrito sobre el tema también adopta esta posición.⁷⁶

Un segundo problema respecto de la acreditación de la idoneidad se vincula con el tipo de comprobantes o antecedentes que sirven para satisfacer el juicio de admisibilidad. La idoneidad dependerá centralmente del tipo de experto que se intente presentar y, por lo mismo, no debiera existir una regla rígida en la materia. Como se ha visto, nuestro Código acertadamente admite experticia no sólo tratándose de conocimiento científico duro sino que incorpora la experticia de artes y oficios. En las áreas más científicas los aspectos típicamente invocados son los títulos académicos, las capacitaciones y perfeccionamientos adicionales, las publicaciones, etc. Tratándose de áreas no científicas la experiencia práctica suele adquirir mucha relevancia. Cualesquiera que sea el tipo de experto, quien lo presenta debe argumentar y acreditarle al tribunal que hace el juicio de admisibilidad que la persona tiene esos títulos o experiencia. Muchas veces alcanzará con presentar el *currículum vitae* del experto, en otras copias de los títulos y certificaciones que posea de su pertenencia o sociedades profesionales, en fin todo aquello que en un formato sencillo y no formalista permita al tribunal decidir adecuadamente. Los niveles de formalidades en este punto normalmente estarán asociados a la

intensidad de la controversia. Cuando ésta es baja hay menos problemas acerca de los medios de acreditación de la idoneidad. Cuando la intensidad de la controversia en cambio es alta, se eleva el estándar para quien presenta al perito. Este tema es uno de los pocos aspectos especiales de la admisibilidad de la prueba pericial que ha generado jurisprudencia en nuestro país.

Un primer caso se produjo en el juzgado de garantía de Viña del Mar en donde en la audiencia de preparación del juicio la jueza de garantía a cargo acogió una solicitud de exclusión de prueba de un perito presentado por la Fiscalía por falta de acreditación de su idoneidad. Se trataba de un perito químico presentado para declarar sobre los exámenes de pureza de la droga efectuados (es un caso anterior a la reforma de ajuste de noviembre de 2005). La Fiscalía no había acompañado ningún comprobante que acreditare su calidad de tal y al plantearse el debate por la Defensa señaló que su carácter de perito era un hecho público y notorio. Al resolver sobre una petición de nulidad presentada por la Fiscalía en la misma audiencia la jueza argumentó que "...a lo menos debe acreditarse la calidad que se invoca para los peritos de una manera simple sin mayores formalidades...". Junto con exclusión del perito se admitió como prueba documental el protocolo de análisis de pureza de la droga.⁷⁷ Con posterioridad, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en un fallo bastante confuso, revocó esta decisión, pero no se pronunció sobre el aspecto destacado en este punto.⁷⁸

Hay dos casos más recientes sobre el mismo tema de la Corte de Apelaciones de San Miguel que llegan a decisiones completamente opuestas. En el primero de ellos,⁷⁹ la Corte valida, en voto dividido, la decisión de un juez de garantías en la audiencia de preparación del juicio de no admitir a juicio a dos peritos presentados por el Ministerio Público por falta de acreditación de idoneidad al sólo acompañarse para dichos efectos copia del *curriculum vitae* de ambos.

Específicamente, se señala que el Ministerio Público no había acreditado mínimamente la especialización o experiencia profesional de los peritos que pretendía llevar a juicio. Un tema interesante del fallo es que el Ministerio Público alega ante la Corte que el juez de garantías carece de facultades para excluir prueba por dicha causal, lo que es rechazado por la Corte señalándose en el considerando 5º que "Es decir, y razonando *contrario sensu*, el juez de garantía se encuentra facultado para inadmitir un informe y la citación de un perito, cuando este no le da las garantías referidas". En relación al tema de fondo, la Corte señala que para acreditar la idoneidad no basta en el presente caso, en donde había una solicitud explícita de exclusión de parte de la Defensa, con las declaraciones del propio perito contenidas en su currículo. En el segundo caso se presenta una situación muy parecida.⁸⁰ En este caso el juez de garantías también había excluido a tres peritos presentadas por el Ministerio Público por falta de acreditación de idoneidad al acompañarse para esto sólo copias de sus *curriculum vitae*. A diferencia del caso anterior, la Defensa no desconocía el título profesional y lugar de trabajo de los peritos. La Corte, también en voto dividido, revoca la decisión del juez de garantías, señalando que tratándose de peritos que se desempeñan en los organismos públicos y que auxilian al Ministerio Público señalados en el artículo 321 del Código Procesal Penal deben ser considerados idóneos por su pertenencia a dichas instituciones. Se argumenta que el artículo 321 establece para dichos funcionarios un estatuto especial que para el resto de los peritos. Más problemático aún, en mi opinión, es el razonamiento del voto de mayoría en su considerando 9º en el cual señala "Que los fundamentos de la resolución apelada, para excluir los medios de prueba señalados, no se encuentran entre las causales que detalla y establece el artículo 276 del Código Procesal Penal. Esta norma, debe ser

interpretada restrictivamente por lo extremadamente gravosa que puede significar a la víctima o al imputado su exclusión en el juicio oral”. Con dicho argumento la Corte parece desconocer la existencia de este criterio especial de admisibilidad de la prueba pericial que, por lo mismo, no se formula dentro de los criterios generales de exclusión de prueba.

Se trata de fallos de mucho interés y que plantean cuestiones en diverso nivel, pero para los efectos de este trabajo me parece dan cuenta de la falta de un desarrollo jurisprudencial mínimamente consistente en una misma Corte de Apelaciones frente a un problema relativamente sencillo de admisibilidad de la prueba pericial. Me parece que más allá del problema concreto producido en ambos casos, por lo general si las partes han realizado una adecuada selección del perito, el requisito de idoneidad no constituye un obstáculo muy serio para su admisibilidad. Es importante destacar que no basta con la selección de un experto idóneo sino también que se genere una práctica de quienes intenten introducir peritajes a juicio de acreditar tal idoneidad al momento de discutir la admisibilidad de esta prueba. El principal impacto, en consecuencia, de una exigencia más rigurosa de este requisito no debiera traducirse en un filtro muy relevante, sino más bien en un cambio de prácticas de fiscales y defensores al momento de presentar prueba pericial para su admisión a juicio que no debiera significar un desafío mayor para ambas instituciones.

d. Confiabilidad del peritaje.

Un último requisito de admisibilidad de la prueba pericial está constituido por la confiabilidad del peritaje, es decir, si el experto aporta información considerada como razonable dentro de la comunidad científica a la que pertenece o a la disciplina en la cual desarrolla su arte u oficio. Su reconocimiento normativo en el Cód-

igo Procesal Penal está contenido en dos disposiciones. El artículo 316 inciso primero, al referirse a la decisión de admisibilidad de los peritajes, indica que éstos serán precedentes cuando “...los peritos y sus informes otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo”. Esta idea se ve reforzada en otra norma, el artículo 314 inciso final, que señala que “Los informes deberán emitirse...atendiéndose a los principios de la ciencia o reglas del arte u oficio que profesara el perito”.

Como se puede apreciar, en ambas disposiciones el legislador enfatiza que para admitir esta prueba a juicio la información que aportará el perito (identificada como “informes”) debe ser seria y profesional y debe atenerse a los principios que rigen la respectiva ciencia o disciplina. Reglas similares se contienen en los artículos 47 inciso primero y 45 inciso tercero de la Ley sobre Tribunales de Familia. Por lo mismo, un experto idóneo, que pretende declarar sobre una materia relevante para el caso y en donde existe necesidad de conocimiento experto, podría no ser admitido a juicio si es que el contenido de su declaración no es confiable o, en los términos de nuestra legislación, no otorga garantías de seriedad y profesionalismo o el informe no ha sido obtenido ateniéndose a los principios de la ciencia o disciplina a la cual pertenece.

La idea central de la exigencia de confiabilidad de la opinión experta es que no todo lo que afirme un perito, incluso dentro del área de su experticia y en cuestiones relevantes para el caso, puede ser admitido a juicio. Al sistema legal sólo le interesa escuchar la opinión experta en la medida que ella tenga un nivel de validez importante dentro de la comunidad de especialistas a la que pertenece. Esta idea ha sido el núcleo central del desarrollo de la jurisprudencia de los Estados Unidos y Canadá en los últimos años. Así, se ha sostenido que la idea matriz detrás de la exigencia de confiabilidad se encuentra en que “...el sistema legal debiera

aceptar como prueba pericial sólo aquello que la buena ciencia aceptaría como tal y nada menos que eso”.⁸¹ Con ello se quiere enfatizar que los jueces no debieran tomar en consideración para resolver los casos aquello que ni siquiera en la disciplina a la que pertenece el experto se consideraría como un conocimiento asentado o incluso válido.

Nuevamente nos encontramos en presencia de un requisito de admisibilidad que resulta bastante lógico. Si lo que justifica escuchar a un experto en juicio es que éste aportará conocimientos técnicos desconocidos para el juzgador, lo mínimo que debe exigirse es que dicho experto sea fiel a la ciencia o disciplina que profesa. En caso contrario, el sistema se abre a la posibilidad de admitir información de poca validez y calidad, pero que puede determinar de manera intensa el resultado del caso. Todo ello, aumentando las posibilidades de decidir erróneamente las cuestiones en controversia.

La constatación del alto impacto que produce la admisión a juicio de conocimiento experto poco confiable es lo que ha llevado a países como Estados Unidos y Canadá a elevar de manera significativa los estándares de admisibilidad por confiabilidad de la prueba pericial. Mi intención es mostrar en grandes líneas el estado del debate en ambos países con el objeto de ilustrar los alcances y el impacto que la aplicación de este requisito de admisibilidad podría tener en nuestro país si los jueces lo comienzan a exigir tal cual como lo regula el Código Procesal Penal y la Ley sobre Tribunales de Familia. Antes de entrar en dicha exposición creo pertinente destacar que se trata del requisito más complejo de los analizados y en el que no creo sea posible hacer un traspaso automático de los desarrollos experimentados en estos países a la realidad nacional. Por lo mismo, la información que expondré tiene por objetivo nutrir un debate absolutamente indispensable en nuestro país que permita fijar

criterios o estándares razonables para la aplicación del criterio de confiabilidad.

En los Estados Unidos⁸², hasta el año 1993 el criterio de confiabilidad estaba determinado por el caso *Frye* (del año 1923) el cual establecía el denominado “*test* de aceptación general”. Según este *test*, una prueba pericial podía ser admitida a juicio en la medida que la técnica o teoría utilizada por el experto fuera de aceptación general en la comunidad a la que pertenecía. La formulación general de este *test* daba un espacio importante de discrecionalidad a los jueces para decidir qué sí y qué no admitir a juicio, incluso les permitía admitir peritajes en ciencias noveles aun cuando todavía no fueran de general aceptación. Esta situación cambia de manera radical en el año 1993, año en el que se da inicio a una serie de decisiones jurisprudenciales de la Corte Suprema (conocidas como la “trilogía”) que rediseñaron las exigencias de admisibilidad de la prueba pericial en dicho país. El caso *Daubert* constituye el punto de partida de la jurisprudencia actual.⁸³ *Daubert* restringe de manera importante la admisibilidad de la prueba pericial poniendo énfasis en la necesidad de que junto con la relevancia de la misma éste deba ser confiable. Para ello, esta decisión refuerza el rol de “portero” (*gatekeeper*) del juez del juicio para evitar el ingreso de evidencia experta que no satisfaga las exigencias de relevancia y confiabilidad. Así, se establece que el juez no sólo tiene el poder sino la obligación de constituirse en un filtro en este tipo de pruebas.⁸⁴ Además, *Daubert* exige que la metodología utilizada en el peritaje sea correcta desde un punto de vista científico. En este segundo punto *Daubert* incrementa de manera significativa el *test Frye*. Para determinar la corrección de la metodología se elabora una lista de cuatro factores que el juez debe examinar. Desde ya es importante mencionar que estos cuatro criterios no son ni exclusivos ni excluyentes de otros potenciales, pero sí

deben formar parte del análisis que realiza el juez. Estos son:

- . La falsificabilidad de la teoría o posibilidad de que esta sea testeada.
- . Que haya sido sometida a revisión de pares o publicada.
- . Conocimiento de la tasa potencial de error y la existencia de estándares que controlan la investigación sobre la cual se basa la teoría.
- . Aceptación general de la metodología que subyace a la teoría en la comunidad científica.

Como se puede apreciar, el gran esfuerzo de *Daubert* en materia de pericias científicas es introducir los criterios de validación propios de las ciencias duras en el ámbito de la admisibilidad. Por esa vía se refuerza la idea que sólo es admisible para el sistema legal lo que la ciencia estaría dispuesta a validar. Esta decisión produjo un significativo impacto en el uso y admisibilidad de la prueba científica en los Estados Unidos.⁸⁵

Con posterioridad, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha extendido la jurisprudencia de *Daubert* a todo tipo de pericias. En primer término por medio del caso *General Electric Co. Versus Joiner*⁸⁶ del año 1997 que hizo aplicable los estándares desarrollados en *Daubert* a las revisiones de apelación. Finalmente, la Corte en el caso *Kumho* de 1999,⁸⁷ completa la trilogía por medio de hacer aplicable estos mismos estándares a todo tipo de peritajes. La Corte, eso sí, aclara que los diversos criterios de *Daubert* debían adecuarse a la lógica del tipo de experticia que fuere objeto de análisis. Además, se entrega al juez especificar el tipo de análisis concreto que debía hacerse a la pericia sobre la base de considerar las características especiales del caso

en particular en cuestión, es decir, se le entrega un espacio mayor de discreción que tratándose de peritajes exclusivamente científicos. Esto mismo hace que el debate sobre admisibilidad por confiabilidad de la prueba pericial no esté cien por ciento cerrado y que todavía se puedan esperar nuevas decisiones de la Corte Suprema.⁸⁸ Con todo, como hemos visto, los avances hasta el momento han cambiado la lógica sobre la cual se estructuraba el sistema, intentándose enfatizar el carácter más bien excepcional que debiera tener la admisión de las opiniones expertas a juicio.

El desarrollo jurisprudencial descrito tuvo un impacto legislativo en los Estados Unidos. Así, en el año 2000 se realizó una reforma a la Regla Federal de Evidencia 702 que regula la procedencia de la prueba pericial en los procesos federales. El objetivo de esta modificación fue recoger los desarrollos experimentados en las decisiones de la Corte Suprema reconociendo en forma expresa la necesidad de que el testimonio experto sea producto de la aplicación de principios y métodos confiables y que ellos hayan sido los adecuados a las circunstancias específicas del caso.⁸⁹

Canadá, por su parte, ha experimentado un desarrollo muy similar al descrito tanto en el fortalecimiento del rol de *gatekeeper* de los jueces como en el desarrollo de estándares de admisibilidad por confiabilidad de la prueba pericial. Por lo mismo, no parece necesario repetir lo ya revisado. Sólo a modo de información se puede decir que la jurisprudencia canadiense tomó para sí los desarrollos de *Daubert* a través del caso *Mohan* de 1994⁹⁰ aún cuando no se lo citó de manera explícita. Con posterioridad, la Corte Suprema de dicho país ha sido mucho más explícita en una serie de decisiones, en donde se destaca la situación de la aplicación de estos criterios a los casos de evidencia experta en una ciencia novel.⁹¹

El desarrollo jurisprudencial y legislativo ex-

perimentado por ambos países da cuenta de niveles de sofisticación muy importantes para medir la admisibilidad por confiabilidad, que en el caso de las pericias científicas suponen expertos fuertemente insertados en comunidades vigorosas y altamente profesionalizadas (por ejemplo a través de la exigencia de revisión de pares y publicaciones). Por lo mismo, como adelantaba, me parece riesgoso en países como Chile aplicar sin más estos criterios sin tener previamente algún diagnóstico acerca del funcionamiento y prácticas de nuestras distintas comunidades científicas que están en condiciones de aportar conocimiento experto a juicio. Con todo, el punto que me interesa destacar es que no es posible pensar que la prueba pericial pueda ser admitida sin ningún tipo de criterio de confiabilidad. Entiendo que al menos, debemos partir por exigir que los testimonios de peritos estén basados en teorías admitidas como confiables dentro de las respectivas disciplinas y que se utilicen, además, los procedimientos y metodologías adecuados para obtener los resultados en ese caso concreto. Menos que eso supone admitir la incorporación a juicio de información potencialmente muy riesgosa como se ha tenido oportunidad de verificar el debate generado en la opinión pública acerca de los procedimientos de trabajo con que operan algunas instituciones en el país.⁹²

Un buen ejemplo para ver el impacto que en Chile podría tener este tipo de análisis de confiabilidad, aún en niveles no tan exigentes como los desarrollados en Estados Unidos y Canadá, nuevamente está constituido por los peritajes psicológicos de credibilidad. En mi opinión, este tipo de peritajes no sólo debieran ser normalmente excluidos por falta de necesidad de conocimiento experto, sino además -a todo evento- por falta de confiabilidad. Esta falta de confiabilidad se basa en el hecho de que dentro de la comunidad científica respectiva (psicología y psiquiatría) no existe consenso acerca de la posibilidad de afirmar científicamente si al-

guien miente o dice la verdad en un caso concreto. Así, por ejemplo, en nuestro país esto ha sido reconocido de manera expresa por el Servicio Médico Legal el cuál por instrucción de su director nacional en el año 2004 ha decidido no practicar evaluaciones de credibilidad de testimonio de adultos debido a su escasa confiabilidad derivada del amplio margen de error que presentan.⁹³ No obstante este reconocimiento se ha dejado abierta la puerta para la práctica de este tipo de pericias tratándose de niños.

La jurisprudencia en los Estados Unidos ha reconocido los problemas de falta de confiabilidad de este tipo de prueba de manera amplia en varios casos. En efecto, refiriéndose en términos generales sobre el estado de las disciplinas psicológicas y psiquiátricas, se ha sostenido que "Todavía no ha sido demostrado que el arte de la psiquiatría se haya desarrollado en una ciencia tan exacta que garantice una intrusión tan básica en el proceso de decisión del jurado".⁹⁴ Más específicamente, en materia de peritajes de credibilidad se ha dicho que: "No podemos olvidar que los psicólogos y psiquiatras están entrenados para reconocer, o diagnosticar condiciones o enfermedades; ellos no están capacitados, sin embargo, para determinar quien dice la verdad".⁹⁵ En buena medida esta jurisprudencia se basa en los cuestionamientos que desde el punto de vista de su confiabilidad tiene el CBCA, tema que sin embargo es debatido por diversos especialistas en nuestro país. Algunos tribunales de juicio oral han comenzado también, a nivel de valoración de la prueba producida en juicio, a manifestar su distancia frente a este tipo de peritajes derivada de sus problemas de confiabilidad.⁹⁶

Los peritajes de credibilidad también sirven para ilustrar algunos problemas del uso de metodologías adecuadas a los casos concretos, obviando por cierto el problema base de confiabilidad ya descrito. Un estudio realizado por psicólogos acerca de la manera en que dichos

peritajes son confeccionados en la práctica en nuestro país, arrojó un conjunto de dudas y cuestionamientos serios a las metodologías, procedimientos y especialización de quienes los practican, tanto en adultos como en niños⁹⁷. Otras opiniones ratifican esto, por ejemplo, al constatar que no existe estandarización de los instrumentos específicos que deben utilizarse en cada paso metodológico como tampoco ha existido un proceso de adaptación de los mismos a la realidad nacional⁹⁸. Todos estos problemas restan confiabilidad a los resultados de este tipo de pericias⁹⁹.

Como se puede apreciar, el criterio de admisibilidad de la prueba pericial, basado en la confiabilidad de la misma, aun cuando sea introducido en niveles relativamente básicos, podría cuestionar seriamente la introducción de diversos tipos de peritajes que son de común ocurrencia en el nuevo sistema procesal penal. Nuevamente, su exigencia podría corregir problemas tanto de uso racional de los recursos como de principios básicos sobre los que se estructura el nuevo sistema y que se está presentando en su desarrollo.

5. Observaciones finales.

Me parece que las cuestiones vinculadas al correcto uso de la prueba en juicio constituyen una de las áreas más conflictivas dentro de estos problemas de segunda generación que comienza a enfrentar nuestro sistema procesal penal una vez superados los problemas derivados de su proceso de instalación. Dentro de ellas, el uso que se está realizando de la prueba pericial es claramente perjudicial como hemos visto, tanto para los valores del sistema como para una adecuada racionalización de los recursos públicos destinados a su funcionamiento. Lo que llama la atención de este caso es que, a diferencia de otras materias, los problemas no derivan de una inadecuada regulación legal. De hecho, como

hemos visto a lo largo de este trabajo, el régimen legal establecido en el Código contempla todos los elementos necesarios para fundar una práctica correctamente orientada.¹⁰⁰ En consecuencia, estamos frente a un área en donde la práctica de los actores del sistema podría orientarse adecuadamente en la medida en que la jurisprudencia de nuestros tribunales comience a ser más rigurosa en la aplicación de la ley vigente. En ese contexto, este trabajo ha pretendido contribuir a esta labor de desarrollo jurisprudencial dando a conocer cómo estos criterios han sido desarrollados en el derecho comparado y, especialmente, entregando una interpretación para su aplicación a nuestro país. Tomando el título de este trabajo, me parece que el desarrollo de una práctica fuerte al control de admisibilidad de la prueba pericial es “un modelo para armar” para nuestros tribunales.

Notas

¹ En este mismo sentido Alan Gold afirma: “Conocimiento y expertizaje han crecido exponencialmente en nuestras sociedades y el incremento del consumo de los tribunales de prueba pericial refleja esa realidad en nuestro mundo moderno”. Véase Alan Gold, *Expert Evidence in Criminal Law: The Scientific Approach*, Irving Law, Canadá 2003, pág. 4 (traducción del autor). En el área de la justicia criminal Roxin señala “En el procedimiento penal moderno, en el que la aclaración científica de cuestiones que no son jurídicas juega un papel cada vez más importante, el perito ha alcanzado, con frecuencia, una posición dominante en la práctica...”. Véase Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 240. Para el caso de los Estados Unidos Clark ha afirmado que esta prueba es “el punto decisivo en todo caso que haya elementos materiales de prueba” citado por Fernando Ramírez: “Postulados del Sistema Penal de los Estados Unidos y Prueba Pericial Comparada”, en *Derecho Penal Contemporáneo* N° 16, Bogotá, Julio-Septiembre 2006, pág. 83.

² Para el caso chileno véase Sabas Chahuán: “Reflexiones sobre la Prueba Pericial en el Nuevo Proceso Penal” en *Revista Procesal Penal* N° 11, Lexis-Nexis, Santiago, julio de 2003, pág. 13.

³ Así, por ejemplo, el Fiscal Nacional en su cuenta pública del mes de abril del año 2006 incluyó dentro del capítulo IV destinado a revisar las dificultades importantes experimentadas por el Ministerio Público la tardanza del Servicio Médico Legal en la confección de peritajes psiquiátricos y psicológicos. Véase, Séptima Cuenta Pública, 28 de abril de 2006, páginas 32 y 33, en <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/CUENTA%20PUBLICA.doc> (visitada en mayo de 2006)

⁴ Una visión panorámica de estos problemas será objeto de revisión en el apartado siguiente.

⁵ En materia procesal penal la ley 20.074 del 11 de noviembre de 2005, denominada de Ajustes a la Reforma, introdujo algunas modificaciones a los artículos 314 y 315 del Código Procesal Penal que han representado un avance en la materia, pero el problema básico subsiste.

⁶ El uso del conocimiento experto en etapas preliminares al juicio está básicamente desregulado en nuestro sistema conforme con el carácter preparatorio e informal de la etapa de investigación. Con todo hay una norma que ha generado debate intenso, el artículo 320 del Código Procesal Penal, referida al acceso de los intervinientes al examen de objetos, documentos o lugares sobre los que ha recaído una pericia. El debate se ha centrado en la procedencia o no de dicha norma para permitir las entrevistas con víctimas periciadas psicológicamente, generándose diversa jurisprudencia contradictoria. Sobre este tema véase Francisco Soto, “¿Es la Víctima un “Objeto Periciable” a la Luz del Artículo 320 del Código Procesal Penal?”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público* N° 34, Santiago 2008, págs. 254 a 261. En este trabajo me preocupo del uso de este tipo de prueba cuando ella se intenta introducir en un juicio oral como información para fundamentar una sentencia definitiva en el caso. Ello, con todo, debiera tener un impacto significativo en su uso en las etapas previas en la medida que las prácticas de juicio oral moldean el comportamiento de los actores del sistema, incluso en los casos en los que no se llega a esa instancia. Sobre la capacidad del juicio oral de moldear prácticas véase con más detalle Andrés Baytelman “El Juicio Oral” en *Nuevo Proceso Penal*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago 2000, págs. 228 a 231. Tampoco me referiré al uso de la prueba pericial para los efectos de determinación de la prueba en la audiencia prevista por la reforma que se practicó al artículo 343 del Código Procesal Penal en noviembre de 2005, que presenta algunos desafíos diversos a lo que discutiré en estas páginas y que no se encuentran resueltos con claridad por nuestra legislación.

⁷ En el caso de la Ley 20.084 sobre Responsabilidad de los Adolescentes por Infracción a la Ley Penal, su artículo 27 hace aplicables las normas del Código Procesal Penal en forma supletoria a las disposiciones de dicha ley en materia de procedimientos. Al no regularse reglas expresas sobre la prueba pericial, ella queda regulada por las disposiciones del Código Procesal Penal.

⁸ Un planteamiento similar de estos problemas puede revisarse en Tania Bubela, “Expert Evidence: The Ethical Responsibility of the Legal Profession” *Alberta Law Review* N° 41, 2004, págs. 853 a 870. La autora los llama “problemas sustantivos de justicia y equidad” y “problemas procedimentales de costos y eficiencia”.

⁹ Este tipo de situaciones se da cuando, por ejemplo, un perito psiquiátrico declara sobre la inimputabilidad del acusado por problemas mentales haciendo juicios sobre lo mismo. Típicamente, el juicio de imputabilidad corresponde a la valoración de un estándar normativo entregado al juez. Para ello el perito tiene el rol de aportar antecedentes para dicho juicio, pero no le corresponde formularlo. Cuando el perito lo hace y el juez lo permite, fallando luego sobre la base de dicha formulación sin hacer un examen aparte de las exigencias del estándar normativo, se produce un problema de sustitución de rol.

¹⁰ El caso típico es de los peritajes psicológicos de credibilidad, tema al cual sólo me referiré tangencialmente en este trabajo.

¹¹ Estudios empíricos en relación al comportamiento del jurado en frente de evidencia científica han indicado que un 25% de los entrevistados que han servido como jurados han estimado que en caso de no haberse presentado ese tipo de evidencia ellos habrían cambiando su veredicto de culpable a no culpable. Véase Joseph Peterson et. al, *The Use and Effects of Forensic Science in the Adjudication of Felony Cases*, 1987, citado por Alain Gold, ob. cit., pág. 12 nota a pie 33.

¹² En este sentido véase Barry Scheck, Peter Naufeld y Jim Dwyer, *Actual Innocence*, Signet Books, New York, 2001. Este libro contiene un resumen de los resultados de las investigaciones llevadas a cabo en Estados Unidos en el seno del *Innocence Project* destinado a obtener la liberación de personas condenadas por error judicial en dicho país. Véase especialmente el capítulo 7, páginas 204 a 221 que describe varios casos de error judicial motivados por el uso de conocimiento experto poco confiable. Véase también la tabla contenida en la página 361 de apéndice 2 en donde se listan los principales factores que han llevado a condenas judiciales por error investigados por el Innocence Project en los Estados Unidos, en donde se constata que un porcentaje muy relevante está constituido por el mal uso de pruebas periciales.

¹³ Véase, *Report on the Prevention of Miscarriages of Justice*, FTP Heads of Prosecutions Committee, septiembre de 2004, 155 páginas, disponible en <http://canada.justice.gc.ca/en/dept/pub/hop/preventionofmiscarriagesofjustice.pdf>. Véase especialmente el capítulo 9, págs. 115 a 132.

¹⁴ A lo largo de este trabajo nos referiremos a este desarrollo. Con todo, como referencia general puede revisarse para el desarrollo en Canadá David Paciocco y Lee Stuesser, *The Law of Evidence, Irwin Law*, Canadá 2004, págs. 161 a 174; y, David Paciocco, "Coping with Expert Evidence about Human Behaviour" *Queen's Law Journal* N° 25, 1999, págs. 305 a 344. Un análisis del desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema en los Estados Unidos puede revisarse en Margaret Berger, "The Supreme Court Trilogy on the Admissibility of Expert Testimony", en *Reference Manual on Scientific Evidence*, Federal Judicial Center, Washington 2000, págs. 9 a 38. Un breve análisis sobre las Reglas Federales de Evidencia en este punto puede verse en Miguel Méndez, "Prueba Pericial en Estados Unidos de América", en *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral*, Lexis Nexis, Santiago 2003, págs. 69 a 100, especialmente págs. 87 a 91.

¹⁵ Véase Rafael Fontecilla, *Tratado de Derecho Procesal Penal* tomo II, Editorial Jurídica, Santiago 1978, pág. 286.

¹⁶ Véase Lidia Casas y Alejandra Mera, ob. cit, págs. 140 a 165.

¹⁷ Idem, pág. 150.

¹⁸ A partir de este caso se ha desatado una severa crisis institucional al interior del Servicio Médico Legal en donde ha sido posible constatar serios problemas con los procedimientos utilizados por la institución y la confiabilidad de los resultados de sus pericias que han sido puestos en conocimiento de la opinión pública por distintos medios de comunicación, por ejemplo véase Ximena Marré, "Crisis Institucional: Renunció el Director del Servicio Médico Legal", *El Mercurio*, Jueves 15 de Junio de 2006, págs. C1 y C9.

¹⁹ Quiere destacar que el punto de la preocupación no es el uso de la prueba pericial en sí, sino más bien que un uso irracional de la misma, es decir fuera de los casos en lo que se justifica, no es una cuestión neutra desde el punto de vista de los recursos, siempre limitados, con que cuenta el sistema.

²⁰ En este sentido, por ejemplo, el contexto del sistema de justicia criminal de Canadá, la

Corte Suprema de dicho país ha sostenido “The significance of the costs to the parties and the resulting strain upon judicial resources cannot be overstated. When the door to the admission of expert evidence is opened too widely, a trial has the tendency to degenerate into a ‘contest of experts’”. Citado por Alan Gold, ob. cit. pág. 13.

²¹ Así, por ejemplo, en las evaluaciones de la reforma realizadas en los años 2001 y 2002 se destaca como un factor negativo del funcionamiento de la reforma la lentitud en la evacuación de peritajes, especialmente los del Servicio Médico Legal. Véase Andrés Baytelman, *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*, Universidad Diego Portales y Universidad de Chile, Santiago 2002, pág. 63 y Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *Evaluación de la Reforma Procesal Penal: Estado de una Reforma en Marcha*, Universidad Diego Portales, Santiago 2003, págs. 114 a 116. Más recientemente, el año 2004, el Fiscal Nacional manifestó públicamente su preocupación por el déficit en la evacuación de peritajes psicológicos por parte del Servicio Médico Legal y la Policía de Investigaciones. Véase *El Mercurio*, 16 de mayo de 2004, cuerpo C, citado por Lidia Casas y Alejandra Mera, *Violencia de Género y Reforma Procesal Penal Chilena*, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 2004, pág. 149. Esta misma preocupación es manifestada a propósito de la falta de especialistas para la realización de peritajes psicológicos en materia de delitos sexuales. Véase, “¿Cómo Saber Quién Miente?”, *Revista El Sábado* N° 337, *El Mercurio*, 5 de marzo de 2005, págs. 21 a 23.

²² En este sentido, la Comisión de Expertos formada por el Ministerio de Justicia a fines del año 2003 en el contexto de la postergación recomendó “Se requiere un importante fortalecimiento de las instituciones auxiliares en materia de recursos, personal, infraestructura y tecnología”. Véase *Documento de la Comisión Nombrada para Revisar y Evaluar la Marcha y Funcionamiento del Nuevo Sistema de Enjuiciamiento Criminal*, Santiago 2003, pág. 34. Una versión electrónica puede obtenerse en la página web de la Fundación Paz Ciudadana: www.pazciudadana.cl

²³ Véase, Nieves Aravena, Santiago: “La Prueba a la Capacidad Pericial”, *El Mercurio*, 16 de junio de 2005, pág. C3; “Médicos no están Preparados para ser Peritos”, *La Nación*, 27 de mayo de 2005, pág. 22.

²⁴ Así, por ejemplo, el artículo 471 del Código de Procedimiento Penal hace extensiva a los peritos las mismas tachas reguladas para los testigos, varias de las cuales giran en torno a la idea de falta de imparcialidad (por ejemplo las contempladas en los numerales 6, 7 y 8 del artículo 460).

²⁵ Esta lógica queda de manifiesto en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal que señalaba que en los delitos de acción pública el nombramiento del perito correspondía al juez, el que incluso podía oponerse a la designación de un perito asociado de algunas de las partes si en su opinión ello perjudicaba el éxito de la investigación.

²⁶ No se trataba de un sistema de prueba tasado absoluto, pero sí estaba presente en la lógica del Código, tal como se deriva de la norma citada.

²⁷ En esta misma línea Granados sostiene para el caso de la reforma procesal penal colombiana que “...la concepción en un sistema acusatorio de que el perito es de las partes y no de la curia...”. Véase Jaime Granados, “La Prueba Pericial y la Prueba Novel en el marco del Nuevo Proceso Penal en Colombia”, en *Revista de Derecho Penal Contemporáneo* N° 11, abril-junio 2005, Bogotá 2005, pág. 78.

²⁸ Una regla idéntica se contiene en el artículo 45 inciso tercero de la Ley de Tribunales de Familia.

²⁹ En este sentido es interesante ver como los propios peritos perciben su función en el nuevo sistema. Así, se ha escrito por parte de un especialista del Servicio Médico legal que “...al perito no le corresponde ponerse del lado de ninguna de las partes litigantes, y que su única fidelidad es para con su informe pericial...” y luego agrega que “... el perito debe tender a ser lo más objetivo y neutral posible (los estándares internacionales ya no consideran posible la objetividad y neutralidad absolutas), y mantener siempre la honestidad profesional”. Véase Dr. Rodrigo Dresdner, “El Juicio Oral: Un Nuevo Escenario para el Perito en Chile. Enseñanzas y Desafíos”, en *Revista de Psiquiatría Forense y Ley*; año 2 vol.2 N° 1, Santiago, julio de 2006, pág. 41.

³⁰ La Ley de Tribunales de Familia pareciera flexibilizar este principio al establecer en su

artículo 49 inciso final la posibilidad excepcional de que el juez, con acuerdo de las partes, exima al perito de su obligación de comparecer para prestar declaración a juicio y admitir el informe escrito como prueba. Con todo, esta disposición parece ser un equivalente funcional a la posibilidad regulada en el artículo 331 b) del Código Procesal Penal. Más problemático es el cambio reciente que fue realizado al inciso primero del artículo 46 (Ley nº 20.286 del 15 de septiembre de 2008), el que a propósito de regular los contenidos que debe incluir el informe escrito de la pericia señala ambiguamente que "A petición de parte, los peritos deberán concurrir a declarar ante el juez acerca de su informe". Norma que en mi opinión sólo puede ser leída en consistencia con la regla general de comparecencia formulada en el ya mencionado artículo 49.

³¹ Desafortunadamente, parte de la lógica antigua parece haberse "colado" en la redacción del Código Procesal Penal que titula el párrafo respectivo como "Informe de Peritos."

³² Por ejemplo véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia causa rol Nº 263-04 de 3 de enero de 2005 en la cual la Corte no admite como medio de prueba no regulado del artículo 323 del Código Procesal Penal el informe escrito elaborado por el SIAT y la autopsia practicada por el Servicio Médico Legal, argumentado que ello infringe la regla de comparecencia básica del perito a la audiencia.

³³ La doctrina se ha uniformado acerca que la exigencia de entrega del informe escrito es para los efectos del examen de admisibilidad que debe hacer el juez de garantía y no para ser presentado ante el tribunal oral. Véase Mauricio Duce y Cristián Riego, *Proceso Penal*, Editorial Jurídica, págs. 455 a 477, María Inés Horvitz y Julián López, ob. cit., pág. 296 y Rodrigo Cerda, ob. cit., pág. 392. y 395.

³⁴ Véase José Pedro Silva y otros, "Estudio Exploratorio sobre el Funcionamiento de la Oralidad en los tribunales de Familia de la Región Metropolitana" en *Justicia Civil: perspectivas para una Reforma en América Latina*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago 2008, pág. 166.

³⁵ Como veremos algo exactamente equivalente ocurre tratándose de las regulaciones contenidas en la Ley de Tribunales de Familia.

³⁶ Vale la pena detenerse brevemente a justificar la utilización de los ejemplos canadiense y de los Estados Unidos. Ambos representan ejemplos paradigmáticos de sistemas adversariales con prácticas y reglas de admisión de evidencia muy asentadas que son consecuencia o resultado de un largo y complejo proceso de ensayo, error y aprendizaje. Por lo mismo, ofrecen un muy buen panorama de los desarrollos que naturalmente debiera experimentar nuestro nuevo sistema procesal penal, el que ha tenido expresamente la vocación de convertirse en un modelo de juicio adversarial. Una duda que suele surgir al utilizar a ambos países como ejemplo es que se trata de sistemas que cuentan con jurados, lo que marcaría una diferencia significativa en materia probatoria con sistemas que operan sobre la base del juzgamiento de parte de jueces profesionales. Esta diferencia es sólo aparente; en ambos países la regla general en la práctica del sistema es el juzgamiento por jueces profesionales y no el jurado. Las reglas que han desarrollado se aplican en ambos escenarios. De otra parte, tratándose de la prueba pericial, la línea que marca diferencia entre jueces profesionales y jurados se hace mucho más tenue, particularmente respecto de peritajes en disciplinas científicas o muy tecnificadas. De otra parte, la jurisprudencia desarrollada en ambos países abarca tanto los procesos penales como los procesos civiles y de otra naturaleza. Ello debido a que las reglas de evidencia en ambos países son generales para todo tipo de procedimiento con algunas particularidades específicas dependiendo de las materias.

³⁷ Estas mismas reglas están contenidas en los artículos 47 inciso primero y 45 inciso segundo de la Ley de Tribunales de Familia, con lo que el argumento se hace extensible a dicho procedimiento.

³⁸ Véase Jorge Bofill, "Preparación del Juicio Oral" en *Revista Chilena de Derecho* Vol. 29, Universidad Católica de Chile, Santiago 2002, pág. 274.

³⁹ Véase María Inés Horvitz y Julián López, ob. cit. pág. 45, en donde se cita a Clariá Olmedo en el punto específico.

⁴⁰ En este mismo sentido, para el sistema de los Estados Unidos véase Graham Lilly, *An Introduction to the Law of Evidence*, West Publishing, Minnesota, 1987, pág. 23 y 24. Horvitz,

citando a Taruffo, llama a esto una aplicación del principio de economía procesal en ob. cit. págs. 45 y 46.

⁴¹ Véase David Paccioco y Lee Stuesser, ob. cit. pág. 165.

⁴² Con mucho mayor detalle en este punto véase Alan Gold, ob. cit. págs. 57 a 61.

⁴³ Hasta hace poco este ejemplo era problemático debido a que no existía una regla clara en nuestro Código Procesal Penal que distinguiera la prueba a presentar para probar el hecho punible de la prueba para la determinación de la pena. La reforma introducida al inciso cuarto del artículo 343 por la Ley N° 20.074 ha hecho una clara distinción entre debate para la condena o absolución y debate para la determinación de pena, lo que hace en principio irrelevante la introducción de los antecedentes penales para el debate sobre el hecho punible.

⁴⁴ Esta situación no debe tomarse como una regla de inadmisibilidad de antecedentes previos, sino como un ejemplo en el que se deben balancear los dos valores en juego. De hecho, existen reglas específicas, como en las reglas del sistema federal de los Estados Unidos, que autorizan de manera expresa la utilización de algunos antecedentes previos, distinguiendo diversas hipótesis, entre otras si se trata de antecedentes de testigos o imputados, si se trata de condenas previas u otro tipo de actos no delictivos o si se intenta utilizar como prueba de credibilidad o sobre el fondo del juicio. Para mayor detalle véase Reglas Federales de Evidencia 404 y 609.

⁴⁵ Véase Alan Gold, ob. cit., pág. 58, citando en el punto a la Corte Suprema canadiense.

⁴⁶ La mayoría de los autores nacionales revisados, tanto respecto del sistema antiguo como el nuevo, no describen de manera explícita la necesidad de conocimiento experto como un requisito específico de admisibilidad, aún cuando implícitamente todos se hacen cargo de él al referirse a la naturaleza y función de la prueba pericial como ya señalé. Jorge Bofill, en cambio, destaca en forma expresa que "...la admisión o no de la prueba pericial siempre está sometida a una calificación previa acerca de su necesidad y pertinencia, sea por el legislador, sea por el juez". Véase Jorge Bofill, ob. cit. pág. 280.

⁴⁷ Este criterio es también reconocido en el derecho comparado continental. Así, por ejemplo, en Alemania la declaración de un perito puede ser rechazada cuando el tribunal tiene la erudición necesaria para apreciar el hecho respectivo sin necesidad de escuchar al perito, no siendo incluso necesario que todos los miembros del tribunal, en caso de ser colegiado, tengan ese nivel de erudición. Véase Claus Roxin, op. cit. pág. 390.

⁴⁸ E este sentido véase David Paccioco y Lee Stuesser, ob. cit. pág. 163.

⁴⁹ Idem (el subrayado es mío).

⁵⁰ Miguel Angel Méndez, ob. cit. pág. 71, nota a pie de página 4.

⁵¹ Véase Tania Bubela, ob. cit. pág. 858.

⁵² Véase Alan Gold, ob. cit. pág. 65.

⁵³ Idem pág. 66.

⁵⁴ Existe un voto de prevención muy interesante emanado de un fallo del sexto tribunal de juicio oral de Santiago sentencia Rit 215-2008 de 10 de junio de 2008 en el que el juez redactor se hace cargo de las consecuencias que tiene la introducción de prueba pericial innecesaria al sistema. Así, en el numeral 1 de la prevención del juez Cristián Soto se señala: "Desestimar las pruebas periciales rendidas en el juicio, por cuanto, ninguna de ellas sirvieron para apreciar un hecho o circunstancia relevante para la acusación por delito de robo con violencia que se debió resolver, bastando con la declaración de la víctima, de la testigo presencial y de los funcionarios aprehensores apoyadas por las fotografías del vehículo y especies sustraídas, por lo que no fueron necesarios ni convenientes conocimientos especiales de las ciencias que profesan los peritos presentados como prueba de cargo, licenciado en artes audiovisuales, ingeniero acústico y psiquiatra respectivamente, siguiendo así lo expresamente señalado por el artículo 314 del Código Procesal Penal, sin siquiera ahondar en el valor probatorio versus los costos en que incurrió el Estado en la

elaboración de la prueba científica referida y la demora en la investigación de un hecho cometido por un adolescente sorprendido in fraganti y en internación provisoria – preso - hace casi diez meses”. El subrayado es mío.

⁵⁵ Detrás de esta práctica en muchas ocasiones se busca un objetivo bastante discutible cual es fabricar testimonio de oídas de los funcionarios policiales a quienes no sólo se les preguntará por las fotografías sino que reproducirán informaciones adquiridas en la reconstitución de escena, tales como las declaraciones de los imputados u otras.

⁵⁶ En parte por este tipo de confusiones el Fiscal Nacional dictó un oficio el año 2001 con el objetivo de aclarar la diferencia y funciones de un informe pericial y de un informe de investigación elaborado por la policía. Véase Oficio N° 310 del Fiscal Nacional del Ministerio Público, Santiago 17 de julio de 2001.

⁵⁷ Véase Sentencia Corte Suprema causa rol N° 1647-07, 2 de julio de 2007.

⁵⁸ Más detalle sobre esta lógica puede revisarse en Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago 2005, págs. 215 a 219.

⁵⁹ Sobre esta preocupación Véase Nieves Aravena, ob. cit. Cabe agregar que la falta de peritos químicos en materia de análisis de droga y la centralización del Instituto de Salud Pública en Santiago constituyeron en un momento un problema serio para asegurar la comparecencia de estos peritos a los juicios orales en las regiones del país. A partir de este problema, se desarrolló una práctica de los tribunales orales de admitir la declaración de los mismos por medio de videoconferencia. La Corte Suprema, en conocimiento de un recurso de nulidad de un juicio oral, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el punto el año 2003 y validó tal práctica. Véase Sentencia Corte Suprema de 11 de agosto de 2003, causa rol N° 2662-03. Véase también un comentario de dicha sentencia en Raúl Tavolari, “La Videoconferencia como Mecanismo de Comparecencia y la Garantía del Debido Proceso”, en *Boletín del Ministerio Público* N° 16, octubre de 2003, páginas 142 a 152. La Ley 20.074 ha terminado de zanjar este tema autorizando expresamente la declaración por videoconferencia u otros medios tecnológicos para peritos que por motivo grave y difícil de superar no pueda comparecer a juicio agregándose un nuevo inciso final al artículo 329 del Código Procesal Penal.

⁶⁰ Agradezco este punto la colaboración de Marc Rosenberg, magistrado de la Corte de Apelaciones de Ontario-Canadá, quien me facilitó las normas legales citadas y explicó su aplicación práctica en dicho país.

⁶¹ De acuerdo a dicha disposición se señala que “No obstante, de manera excepcional, las pericias consistentes en el análisis de alcoholemia, de ADN y aquellas que recaigan sobre sustancias estupefacientes o psicotrópicas podrán ser incorporadas al juicio oral en base al informe respectivo. Sin embargo, si alguna de las partes lo solicitara fundadamente, la comparecencia del perito no podrá ser substituida por la presentación del informe”

⁶² En este sentido me parece que corresponderá a la jurisprudencia esclarecer en qué tipo de hipótesis existe un fundamento relevante para obligar a la comparecencia del perito, ya que no se debe tratar simplemente de la voluntad de un interviniente de hacerlo comparecer.

⁶³ Analizar este punto me aleja del tema central de este trabajo. Con todo, recomiendo revisar a modo ejemplar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 25 de enero de 2006 en causa rol N° 47-2006 y Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 10 de abril de 2007 en causa rol N° 457-2007.

⁶⁴ Para quienes quieran conocer con más detalle este tema recomiendo, VV.AA, “Evaluación Pericial Psicológica de Credibilidad de Testimonio: Documento de Trabajo Interinstitucional”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público* N° 34, Santiago 2008, págs. 215 a 253.

⁶⁵ Véase Lidia Casas y Alejandra Mera, ob. cit. pág. 149.

⁶⁶ Estos peritajes son preferentemente realizados por el Servicio Médico Legal y el Centro de Atención de Víctimas de Atentados Sexuales (CAVAS) de la Policía de Investigaciones. Acerca de su preocupación por la gran demanda y su escasez de recursos véase “¿Cómo saber quién miente?”, ob. cit. Deben recordarse en este punto también la Cuenta Pública del

Fiscal Nacional de abril de 2006 ya citada.

⁶⁷ Ella descansa fundamentalmente en el Análisis de Contenido Básico en Criterios (CBCA) o también conocido como la pauta Seller y Koehnken. Para realizar el análisis se requiere una entrevista previa con la persona. Dicha metodología se aplica preferentemente a menores entre 4 y 14 años. Más detalles sobre la misma ver VV.AA, ob. cit y Paulina Pérez, "Hacia una Metodología de la Pericia Psicológica del Testimonio de Niños y Niñas Víctimas de Abuso Sexual", en *Psicología Jurídica*, Facultad de Ciencias Humanas y Educación Universidad Diego Portales, Santiago 2004, págs. 209 a 213. Una descripción más resumida puede verse en Karina Ávila, "Revisión Crítica de la Evaluación Psicológica en Casos de Agresión Sexual de Menores y Adolescentes en la Red Sename dentro del Marco de la Reforma Procesal Penal en la ciudad de Talca", en *Psicología Jurídica*, Facultad de Ciencias Humanas y Educación Universidad Diego Portales, Santiago 2004, págs. 171 y 172.

⁶⁸ Véase Alan Gold, ob. cit, pág. 69.

⁶⁹ Con más detalle véase David Paccioco y Lee Steusser, ob. cit. pág. 157 a 161 y Alan Gold, ob. cit. pág. 72.

⁷⁰ Véase Pamela K. Sutherland y Delia J. Henderson, *Expert Psychiatric and Comments on Witness Credibility*, 1998, págs. 2 y 3, en http://www.smith-lawfirm.com/sutherland_article.html. En el caso de estos peritajes tratándose de declaraciones de menores véase Billie Wright Dziech y Charles B. Schudson, *On Trial*, Beacon Press, Boston 1991, págs. 157 y 158.

⁷¹ Véase Jack B. Weinstein y Margaret A. Berger, *Weinstein's Evidence Manual*, Lexis Nexis, 2003, pág. 13-30.

⁷² Por ejemplo en Canadá se hace una distinción entre prueba sobre credibilidad y prueba relevante para la credibilidad. En principio la primera es inadmisibles en tanto que en la segundo eventualmente puede ser admisible. Véase con más detalle David Paccioco y Lee Steusser, ob. cit. págs. 158 a 160.

⁷³ Para el caso de Canadá véase David Paccioco, ob. cit. pág. 338. Para los Estados Unidos véase las situaciones que expone Pamela Sutherland y Delia Henderson, ob. cit, pág. 4.

⁷⁴ Roxin menciona dos ejemplos de excepción, el caso de testigos perturbados psíquicamente y los niños en casos vinculados a delitos sexuales. Respecto de este último caso cita a un sector de la doctrina que se opone a esta excepción considerando que la apreciación de la credibilidad en este tipo de hipótesis es la tarea por excelencia de los jueces. Véase Claus Roxin, op. cit. pág. 391.

⁷⁵ Véase Alan Gold, ob. cit., pág. 73.

⁷⁶ Así sostenido que "Esta acreditación, de carácter formal más no de mérito, debe ser realizada ante el juez de garantía, sin perjuicio de la posibilidad que tienen las partes de dirigir preguntas al perito de la parte contraria durante el desarrollo del juicio oral, con el objeto de desacreditar el conocimiento experto o especial que el perito dice poseer". Véase Rafael Blanco y otros, ob. cit., pág. 189.

⁷⁷ Véase Acta de Audiencia del 1 de abril de 2005 caso RUC N° 0400293281-K del Juzgado de Garantía de Viña del Mar.

⁷⁸ La Corte fundamentalmente consideró que no correspondía al juez de garantías excluir prueba pericial por este criterio, sino que ello era facultad del tribunal oral. Hay que recordar que se trata de un caso previo a la reforma de noviembre de 2005 que aclaró en mi opinión este punto. Véase resolución 20741 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso del 17 de mayo de 2005.

⁷⁹ Véase, Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 5 de junio de 2007 en causa rol n° 802-2007.

⁸⁰ Véase, Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 12 de octubre de 2007 en causa rol N° 1392-2007.

⁸¹ Véase Alan Gold, ob. cit., pág. 25.

⁸² Junto con los trabajos ya citados recomiendo revisar como complemento de esta sección Ernesto Chiesa, *Tratado de Derecho Probatorio* tomo I, Publicaciones JTS, Puerto Rico 1998, págs. 541 a 613 y Federal Judicial Center, *Manual for Complex Litigation*, Washington 2004, 798 páginas, especialmente capítulo 23, págs. 469 a 484.

⁸³ La identificación correcta del caso es *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.* 509 U.S. 579 (1993). El caso se refería a una acción de daños (tort) y no a un caso penal. El foco del caso estuvo en la determinación de estándares de confiabilidad de la prueba pericial de carácter científico.

⁸⁴ Así, se ha generado en los Estados Unidos la audiencia Daubert, destinada a con anterioridad al juicio se pueda realizar un examen estricto de la admisibilidad del peritaje.

⁸⁵ Miguel Méndez cita un estudio de la Corporación Rand del año 2002 que da cuenta que la aceptación a las impugnaciones a la admisibilidad de prueba científica en la era post-Daubert es superior al de la época anterior. Con más detalle véase Miguel Méndez, ob. cit. pág. 91.

⁸⁶ La identificación completa del caso es *General Electric Co. V. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997).

⁸⁷ La identificación completa del caso es *Kumho Tire Co. V. Carmichel*, 526 U.S. 137 (1999).

⁸⁸ En este sentido véase Margaret Berger, ob. cit., pág. 38.

⁸⁹ La regla 702 podría traducirse de la siguiente forma: "Si conocimiento científico, técnico u otro especializado ayuda al juzgador a entender la evidencia o determinar un hecho en cuestión, un perito calificado por conocimiento, destrezas, experiencia, entrenamiento o educación puede declarar como experto si (1) el testimonio está suficientemente basado en hechos o información confiable, (2) el testimonio es producto de principios y métodos confiables, y (3) el experto ha ocupado principios y métodos adecuados a las circunstancias del caso".

⁹⁰ La identificación completa del caso es *R. V. Mohan* (1994) 2 S.C.R. 9.

⁹¹ El caso paradigmático es *R. V. J-L, J* (2000) 2 S.C.R. 600.

⁹² De hecho, una parte importante a los cuestionamientos generados al trabajo del Servicio Médico Legal se vinculan con serios problemas de confiabilidad de los resultados de algunos de los testimonios expertos que generan por serias deficiencias en los procedimientos utilizados. Véase Ximena Marré, ob. cit.

⁹³ Véase Oficio N° 26.380 del Servicio Médico Legal materia "Remite Documento `Test de Veracidad` o `Credibilidad de Testimonio`" del 7 de diciembre de 2004. En dicho documento se adjunta el Memorando N° 273-04 de 25 de noviembre de 2004.

⁹⁴ *State v. Milbradt*, 756 P.2d 620, 624 n.3 (Or. 1988), citado por Pamela Sutherland y Delia Henderson, ob. cit. pág. 3.

⁹⁵ *Pueblo v. Canino Ortiz*, 93 J.T.S. 157, pág. 11316. Se trata de una sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Puerto Rico, que a la vez cita otros casos de la jurisprudencia de los Estados Unidos. Este caso y su referencia aparecen en Ernesto Chiesa, ob. cit., pág. 556.

⁹⁶ Véase por ejemplo Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua del 17 de octubre de 2005 en causa rit 107-2005, especialmente considerando séptimo.

⁹⁷ Patricia Condemarín Bustos y Greter Macurán Nodarse, *Peritajes Psicológicos sobre los Delitos Sexuales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2005, págs. 70 a 74.

⁹⁸ Véase Paulina Pérez, ob. cit.

⁹⁹ Me parece oportuno señalar que detrás de esta práctica también se esconde un prejuicio muy habitual en contra de las víctimas de delitos sexuales, particularmente cuando son niños o mujeres. De acuerdo a ese prejuicio se exigen elementos de verificación de veracidad especiales y distintos que tratándose de cualquier otro tipo de delitos. Impedir el ingreso de los mismos, lejos de desproteger a dichas víctimas, debiera corregir esta situación.

¹⁰⁰ Marco normativo que como se ha revisado incluso ha sido potenciado en esta materia por las reformas introducidas por la Ley 20.074.