



Tesis Magister en Derecho, Mención Derecho y Procesos Penales

**¿SON LOS CRITERIOS DAUBERT APLICABLES A LA PRUEBA PERICIAL EN
EL SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO?**

Autor: Juan Víctor Hugo Gómez Díaz

Profesor Guía: Claudio Meneses Pacheco

Marzo 2020

DEDICATORIA

Para Marjorie Anne: esposa amiga y compañera de jornadas. Gracias por compartir tu tiempo conmigo, negocio del cual siempre salgo ganando

AGRADECIMIENTOS

A mi profesor guía Dr. Claudio Meneses Pacheco, quien hizo la diferencia entre un profesor y un Maestro, por haber creído siempre en este trabajo y su acompañamiento permanente que permitió que aquel viera la luz.

INDICE

Tabla de abreviaturas.....	viii
Resumen.....	ix
Introducción	1
Capítulo I. Los criterios Daubert de la jurisprudencia norteamericana en la admisibilidad de prueba pericial.....	2
1. Generalidades.....	2
2. Regla Federal de Evidencia N° 702 sobre testimonio de testigo experto	5
2.1 Texto	5
2.2 Contenido.....	6
2.3 Jurisprudencia norteamericana sobre el sentido y alcance de la regla N° 702	7
3. Un paradigma llamado Daubert.....	18
3.1 El fallo Daubert de la Suprema Corte Norteamericana del año 1993.....	20
3.2 Requisitos básicos de admisibilidad de prueba pericial en el Derecho Norteamericano.....	21

Capítulo II. Los Criterios Daubert en la regulación de la prueba pericial contenida en el Código Procesal Penal	24
1. Generalidades.....	24
2. Criterios Daubert en la regulación de la admisibilidad de la prueba pericial....	25
2.1 Necesidad de conocimiento experto.....	28
2.2 Idoneidad del perito.....	30
2.3 Confiabilidad del peritaje.....	33
3. Criterios Daubert en la regulación de la valoración de la prueba pericial.....	39
 Capítulo III. Criterios Daubert en la jurisprudencia nacional.....	47
1. Cuestiones generales.....	47
2. Jurisprudencia que acoge uno o más criterios Daubert, vale decir, relevancia, confiabilidad y metodología adecuada desde el punto de vista científico, y/o uno o más de los cuatro requisitos en relación a esta última (falsabilidad de la prueba, revisión de pares y publicación, tasa de error y marcos de investigación y aceptación general de la comunidad científica de la metodología en que se basa la prueba pericial), sea en etapa de admisibilidad o valoración de prueba pericial en Chile. Al igual que diversos países, como Canadá y Australia, la jurisprudencia Chilena en orden de acoger los criterios Daubert, utiliza su particular terminología y medios procedimentales.	48
2.1 Fallo N° 1 C. de Ap. de Valparaíso – quinta sala- RIC 133-2017- Res. 42.475- fecha 27/02/2017 – Rec. Nul. interpuesto por MP - Rechazado- Delito: conducción vehículo motorizado con licencia falsa- materia: defectos de confiabilidad y de metodología de los peritos del MP,.....	48
2.2 Fallo N° 2 C. de Ap. de Valparaíso- tercera Sala- RIC 522/2016- Res. 58787- fecha 27/04/2016- - Rec. Nul. interpuesto por el MP- rechazado - delito: Ley 20.000	

art. 8- materia: metodología policial rechazada por no alcanzar estándares científicos mínimos.....	49
2.3 Fallo N° 3 C. de Ap. de Santiago- tercera Sala- RIC 335/2011- Res. 84.296- fecha 26/04/2011- Rec. Nul. interpuesto por el MP- acogido- delito: microtráfico art. 4 ley 20.000- materia: Corte reconoce conocimiento científicamente afianzado sobre base de metodología internacionalmente aceptada	51
2.4 Fallo N° 4 C. de Ap. de Valparaíso- tercera sala- RIC 1595/2013- Res. 140.284- fecha 17/12/2013- Rec. Nul. interpuesto por la defensa- acogido- delito: homicidio calificado (por agravantes premeditación y alevosía)- materia: MP no logra acreditar por medio de pericial ADN elementos objetivos de las agravantes	53
2.5 Fallo N° 5 C. de Ap. de Valparaíso- quinta sala- RIC 824/2008- Res. 34.891- fecha 15/09/2008- Rec. Nul. interpuesto por la defensa- rechazado- delito: fraude al Fisco- materia: la Corte reconoce mayor credibilidad a pericial caligráfica del MP, en base a su mayor peso técnico y metodológico, que la presentada por la defensa.....	55
2.6 Fallo N° 6 C. de Ap. de Valparaíso- primera sala- RIC 446/2013- Res. 42.696- fecha 14/05/2013- Rec. Nul. nulidad interpuesto por la defensa- acogido- delito robo con intimidación- materia: Corte revoca el fallo del <i>a quo</i> por contradecir este, en forma directa, prueba pericial científica sobre el arma incautada.....	57
2.7 Fallo N° 7 C. de Ap. de Valparaíso- tercera sala- RIC 2283/2016- Res. 23.299- fecha 31/01/2017- Rec. Nul. interpuesto por el MP- rechazado- delito: estafa- materia: Corte rechaza el recurso por ausencia de informe pericial científico que acredite el elemento objetivo del hecho punible.....	59
2.8 Fallo N° 8 C. de Ap. de Valparaíso- primera sala- RIC 271/2017- Res. 69.568- fecha 31/03/2017- Rec. Nul. interpuesto por el MP- acogido-delito: tráfico ilícito de	

drogas ley 20.000 materia: Corte revoca el fallo del *a quo* que había absuelto por no considerar prueba pericial química científica del Servicio de Salud..... 61

2.9 Fallo N° 9 C. de Ap. de Valparaíso- quinta sala- RIC 1976/2016- Res. 194.415 - fecha 30/11/2016- Rec. Nul. interpuesto por la defensa- rechazado- delito: microtráfico del art. 4 de la ley 20.000 materia: la Corte rechaza el recurso interpuesto por la defensa basándose aquella en la metodología estandarizada y aceptada internacionalmente de los protocolos de análisis químico y farmacognóstico presentado por el MP, en que se reconoce existencia de THC..... 62

2.10 Fallo N° 10 C. de Ap. de Temuco- primera sala- RIC 1318/2016- Res. 4917- fecha 17 de enero de 2017- Rec. Nul. interpuesto por el MP- rechazado - delito: microtráfico del art 4 de la ley 20.000 - materia: la Corte confirma sentencia del *ad quo* al considerar prueba pericial científica basada en análisis cromatográfico que determina que la sustancia incautada no corresponde a la de las señaladas en el Reglamento de la Ley..... 63

2.11 Fallo N° 11 C. de Ap. de Concepción- segunda sala- RIC 226/2017- Res. 81.069- fecha 27/04/2017- Rec. Nul. interpuesto por la defensa- rechazado- delito: violación reiterada- materia: la Corte rechaza el recurso de la defensa al considerar, aquella, la metodología científica utilizada en los test psicométricos SVA y CBCA..... 64

2.12 Fallo N° 12 C. de Ap. de la Serena- primera sala- RIC 499/2017- Res. 62.122- fecha 30/10/2017- Rec. Nul. interpuesto por MP y Querellante- acogido- materia: la Corte anula el fallo al no haberse considerado por el *a quo* ninguno de los informes periciales científicos tales como médico legista, balísticos y químicos..... 66

2.13 Fallo N° 13 C. de Ap. de Temuco- primera sala- RIC 10/2018- Res. 8- fecha 01/02/2018- Rec. Nul. interpuesto por la defensa- rechazada- delito: manejo en estado

de ebriedad causando muerte, lesiones gravísimas y daños materia: en este caso la Corte rechaza el recurso de la defensa al considerar que la pericial científica de cargo, en particular la alcoholemia, cumple con los estándares exigidos en los protocolos de la comunidad científica..... 67

2.14 Fallo N° 14 C. de Ap. de Valparaíso- segunda sala- RIC 1541/2018- Res. 12- fecha 17/08/2018 – Rec. Nul. interpuesto por la defensa- acogida- delito: abuso sexual infantil - materia: la Corte acoge el recurso de la defensa puesto que la metodología utilizada por la prueba de cargo (SVA y GEA5) no se apega a las máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados de la ciencia psicológica..... 69

2.15 Fallo N° 15 C. de Ap. de Valparaíso- tercera sala- RIC 1617/2017 – Res. 11- fecha 27/09/2017- Rec. Nul. interpuesto por el MP- acogido- delito: Tráfico de estupefacientes ley 20.000 materia: la Corte acoge el recurso del MP al señalar que la prueba pericial psicológica aportada por la defensa y que hace recalificar el delito a falta del artículo 50 de la misma ley, ha excedido el ámbito de su competencia pericial..... 70

2.16 Fallo N° 16 C. Ap. de Concepción- segunda sala- RIC 346/2015- Res. 78.087- fecha 26/06/2015- Rec. Nul. interpuesto por la defensa- acogido- delito: homicidio frustrado- materia: la Corte acoge el recurso de la defensa ante la ausencia absoluta, no sólo de prueba pericial científica, sino de trabajo científico en el sitio del suceso por parte del MP..... 72

2.17 Fallo N° 17 C. de Ap. de Valparaíso- tercera sala- RIC 2266/2016- Res. 19.593- fecha 27/01/2017- Rec. Nul. por defensor penal público- rechazado- delito: tráfico ilícito de estupefacientes art. 3 ley 20.000- materia: La Corte confirma el fallo del *a quo* refrendando la importancia de prueba pericial química de la droga, para determinar su naturaleza con lo que se cumplen los elementos del tipo penal..... 74

3. Jurisprudencia que no acoge los criterios Daubert, ni siquiera en sus principios fundamentales vale decir, relevancia, confiabilidad y metodología científicamente correcta, en fase de admisibilidad o valoración de prueba pericial..... 75

3.1 Fallo N° 18 C. de Ap. de Valparaíso- primera sala- RIC 1226/2010- Res. 7322- fecha 03/02/2011- recurso de queja interpuesto por el MP- acogido- delito: violación reiterada y abuso sexual- materia: la resolución de Corte acoge el recurso interpuesto por el MP, sin pronunciarse respecto a la metodología de la prueba pericial, sino más bien por razones procedimentales..... 75

3.2 Fallo N° 19 C. de Ap. de Santiago- segunda sala- RIC 777/2015- Res. 297.571- fecha 02/04/2015 – Rec. de Ap. interpuesto por MP- acogido- delito: robo en lugar habitado materia: la Corte revoca la sentencia del Juzgado de garantía por excluir testimonial y pericial de cargo, no permitiéndole a dicho Tribunal en la audiencia preparatoria realizar labor de filtración de prueba.. 77

3.3 Fallo N° 20 C. de Ap. de Valparaíso- cuarta sala- RIC 763/2015- Res. 68.521- fecha 22/06/2015 – Rec. Nul. interpuesto por la defensa- acogido- delito: Trafico art. 3 de la ley 20.000 materia : la Corte rechaza el recurso de la defensa señalando que la convicción judicial de condena se fundamenta en la presencia de varias pruebas de cargo, implicando con ello la aceptación de un estándar científico más bajo para la prueba pericial..... 78

3.4 Fallo N° 21 C. de Ap. de Valparaíso- tercera sala - RIC 1474/2014- Res. 119.315- fecha 14/06/2014 – Rec. Nul. interpuesto por la defensa- rechazado- delito: abuso sexual de menor de 14 - materia: la Corte al rechazar el recurso de la defensa; no considera la metodología científica adecuada al examen, instrumental médico en el examen ni peritaje del CAVAS..... 80

3.5 Fallo N° 22 C. de Ap. de Valparaíso- quinta sala- RIC 294/2017- Res. 64.132- fecha 23/03/2017- Rec. Nul. interpuesto por la defensa- rechazado- delito: robo con violencia y porte ilegal de arma de fuego materia : la Corte rechaza el recurso interpuesto por la defensa sin atender al incumplimiento de normas técnicas y metodología científica por parte de la prueba de cargo..... 82

3.6 Fallo N° 23 C. de Ap. de Valparaíso- primera sala- RIC 1103/2017- Res. 186.989- fecha 31/07/2017- Rec. Nul. interpuesto por la defensa- rechazada- delito: tráfico de estupefacientes art.3 ley 20.000 materia: la Corte rechaza el recurso interpuesto por la defensa no considerando prueba pericial consistente en análisis de droga basado en parámetros científicos..... 84

Conclusiones 86

Bibliografía 89

TABLA DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
C. de Ap.	Corte de Apelaciones
C.S.	Corte Suprema
C.P.	Código Penal
CPP	Código Procesal Penal
CPE	Constitución Política del Estado
FRE	Reglas Federales de Evidencia
J. de G.	Juzgado de Garantía
MP	Ministerio Público
Rec. de Ap.	Recurso de Apelación
Rec. Nul.	Recurso de Nulidad
RIC	Rol de Ingreso de Corte
Res.	Resolución
TOP	Tribunal de Juicio Oral en lo Penal

RESUMEN

Este trabajo analiza la temática de los estándares de admisibilidad y/o valoración, cada vez más exigentes de la prueba pericial en nuestro país. Sostiene que los criterios Daubert, vigentes en los Estados Unidos de América en ámbito civil y en sede de admisibilidad, reciben amplia recepción tanto en nuestra legislación procesal penal como en la jurisprudencia de nuestros tribunales, en sede de admisibilidad y en particular de valoración de prueba pericial, en especial en ámbito penal como también en otras áreas. Esta obra busca constatar esta realidad por medio del análisis de doctrina y jurisprudencia norteamericana fundamental. Aborda nuestra normativa procesal penal con una hermenéutica de contraste que nos permite diferenciar claramente dichos criterios. Nuestra jurisprudencia, a su vez, es tratada con una metodología que permite resaltar la búsqueda de normas operativizadoras de la ciencia o metodología científicamente correcta, por parte de nuestros tribunales en su objetivo de mayor precisión y justicia. Algunas de las principales conclusiones que nos arrojará este trabajo, residen en la amplitud y flexibilidad de nuestro sistema procesal penal, claramente en sede de valoración de prueba pericial, capaz de recepcionar con cierta comodidad los criterios Daubert. Es en esta sede de valoración en que el concepto de conocimientos científicamente afianzados, asumen con solvencia la tarea de ejecución de normas técnicas que, denominadas metodología científicamente correcta, tienen por objeto acreditar validez de cualquier enunciado científico.

Criterios Daubert, criterios de admisibilidad de la prueba pericial, criterios de valoración de la prueba pericial, recepción en nuestra jurisprudencia de criterios Daubert

INTRODUCCION

Las ciencias exactas y el derecho han experimentado una verdadera simbiosis a partir de fines del siglo XX. Ambas han buscado la verdad, pero con metodologías distintas. El rápido desarrollo de las primeras a partir de fines del siglo XIX y el aura de certidumbre del método científico, han tenido un profundo impacto en el quehacer jurisdiccional. Este último, a su vez, enfrenta un difícil desafío en orden de dilucidar problemáticas cada vez más complejas en un mundo fuertemente tecnificado. En la actualidad, en los países desarrollados, los fallos judiciales con base en fundamento científico de estándar reconocido, tienden a adquirir un mayor grado de legitimidad y los transforman en un soporte de un Estado Democrático de Derecho.

Esta tesis invita al lector a conocer, mediante el estudio del caso Daubert en los Estados Unidos de Norteamérica, icónico por su importancia, la evolución de los criterios de admisibilidad de la prueba pericial o testimonio experto en aquel país, principal medio probatorio apto a la recepción de la ciencia, técnica y el método científico. Lo anterior nos permitirá indagar en el segundo capítulo, en nuestra legislación procesal penal, normas y principios que den pie para aseverar si los criterios Daubert tienen recepción efectiva en nuestra normativa, vale decir, que aquellos pueden ser operativizados en nuestro Derecho. Desde ya adelantaremos que dichos criterios reciben aplicación, en nuestro país, en sede preferente de valoración de la prueba. En el último capítulo, y a objeto de llegar a nuestra realidad jurisdiccional, se procederá a hacer un estudio de 23 sentencias, la mayoría de las cuales corresponde a nuestra Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, a objeto de determinar si dichos criterios han sido acogidos por ese tribunal.

Para efectos de uniformidad de terminología en este trabajo, entenderemos por criterios Daubert los requisitos establecidos en dicho fallo para considerar admisible una prueba pericial. El concepto de doctrina Daubert será utilizado en relación a la proyección de los principios de dicho fallo en la jurisprudencia norteamericana y el de trilogía Daubert para mencionar, junto a este, los fallos *Joiner vs. General Electric* (1997) y *Kumho Tire Co. Ltd. vs. Carmichael* (1999) que lo confirmaron. Cabe señalar que, en base a la Regla

Federal de Evidencia N° 702 (FRE 702 en lo sucesivo), los peritos pueden declarar en aquel país, tanto en calidad de tales como en la de simples testigos, por lo que reciben la denominación de testigos expertos.

CAPITULO I: LOS CRITERIOS DAUBERT EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA SOBRE ADMISIBILIDAD DE PRUEBA PERICIAL

1.- Generalidades

A modo de síntesis y como cuestión previa a abordar el tema objeto de este capítulo, resultará útil establecer una perspectiva cronológica de ciertos hitos judiciales anteriores y posteriores al fallo Daubert, como también de algunas circunstancias que lo contextualizan y que luego explicaré en más detalle. En 1923 la Suprema Corte Norteamericana dicta el denominado fallo Frye referido a admisibilidad de la prueba pericial en juicio, sentando la doctrina que la prueba pericial debía ser reconocida por la comunidad científica a que pertenecía, para ser admisible en juicio. En 1975 la Suprema Corte Norteamericana establecen las denominadas Reglas Federales de Evidencia (FRE) en particular la 702 referida a testimonio experto, estableciendo ciertos requisitos en cuanto a admisibilidad de testimonio experto que el fallo Frye no consideraba, tales como relevancia, confiabilidad y aplicación científicamente adecuada de la metodología utilizada. En 1993 dicha Corte dicta el fallo Daubert abandonando la doctrina Frye y reinterpreta la Regla mencionada y aplicándola al caso, en base a los siguientes criterios que en lo sucesivo constituirán doctrina de gran influencia en la jurisprudencia norteamericana, y que pueden resumirse en relevancia: el ámbito de conocimiento del perito debe tener relación con los hechos del caso; confiabilidad: la labor del perito debe ajustarse a la metodología propia de la ciencia que utiliza y metodología correcta desde el punto de vista científico: la metodología científica debe aplicarse en forma técnicamente correcta, de acuerdo a los estándares propios de cada metodología, esto es, lo que permite calificar un peritaje como confiable transformándolo en científicamente válido. Para lograr este tercer requisito la metodología debe superar cuatro estándares a saber: prueba falsable (en cuanto a hipótesis de inicio,

procedimientos y conclusiones); revisión de pares o publicación; tasa de error y marcos de investigación y aceptación general específicamente de la metodología utilizada, como se explicara más adelante.

Los criterios Daubert tienden a reducir la posibilidad de entrada de ciencia inadecuada a un juicio, y constituyen una doctrina en cuanto a admisibilidad de prueba pericial aplicables a casos sucesivos que, sin llegar a ser obligatoria, resulta mucho más exigente que la establecida en el fallo Frye y colocan al Juez en una posición de garante a tal fin. Ello se explica por una concepción epistemológica de la prueba, que establece que ésta debe ser un instrumento de conocimiento de la realidad por parte del tribunal, a fin de llegar a una decisión justa, llegando así a la verdad. Ello conlleva que la decisión judicial debe tener tanto una justificación interna como externa, mediante la denominada ideología legal racional de la decisión (Taruffo Michele, 2009, pp. 39-60-78)

Con posterioridad en 1997 y 1999 respectivamente, la Suprema Corte Norteamericana dicta los fallos *Joiner v. General Electric* y *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, que reafirman y complementan la doctrina Daubert.

En cuanto a las circunstancias generales que permiten entender este cambio en la doctrina de la Suprema Corte Norteamericana, en cuanto a admisibilidad de prueba pericial, puede señalarse que, a partir de la segunda mitad del siglo XX e impulsado en parte por el desarrollo de la carrera espacial, se ha hecho evidente una aplicación explosiva del conocimiento científico a casi todos los ámbitos de la actividad humana, entre las que figura el Derecho y la actividad judicial en particular. Sea en el ámbito civil o penal, comercial o ambiental, entre otros, el conocimiento científico, en especial en los países del primer mundo, ha permeado la actividad forense, insertándose en la prueba pericial como factor colaborador de la actividad jurisdiccional.

Por otro lado, la relación entre los avances de la ciencia y el Derecho no ha sido simétrica ni pacífica, considerando la enorme velocidad del desarrollo de aquella, en relación a la preparación de los operadores jurídicos y del sistema jurisdiccional en general, lo que ha obligado a estos a establecer, en atención a la realidad del sistema judicial de cada país, estándares y criterios que cautelen la admisibilidad y valor de la prueba pericial. La

proyección de dicha realidad ha sido advertida por Taruffo, quien ha señalado que “por otra parte, el fenómeno cada vez más relevante y frecuente del uso de prueba científica, demuestra que no sólo no hay impermeabilidad alguna entre la determinación judicial de los hechos y la metodología científica, sino que cada vez es más habitual que los hechos sean determinados científicamente en el proceso (Taruffo, 2005: p.333)

En los Estados Unidos de América, desde 1923, los criterios de admisibilidad de prueba pericial giraban en torno al precedente sentado por el fallo Frye, emitido por la Corte de Apelaciones de Circuito de Columbia, que señaló que aquella debía sustentarse en el reconocimiento de la misma por parte de la comunidad científica, estableciéndose el criterio de confiabilidad bajo el denominado “test de aceptación general” (Soba, 2012: pp. 1-3). Según este parámetro, una prueba pericial solo podía ser admitida en juicio en la medida que la técnica o teoría utilizada por el perito en su declaración fuera de aceptación general de la comunidad científica, dejando un amplio espacio de discrecionalidad a los jueces para determinar lo admisible en juicio en materia de peritajes, lo que permitió la filtración de algunos que no tenían dicha aceptación general.

El caso Frye vs United States de 1923 fue un juicio por homicidio en que, Alphonse Frye es acusado ante la Corte Federal del Distrito de Columbia, ofreciendo la defensa como prueba pericial, una reciente invención desarrollada por el psiquiatra norteamericano William M. Marston, consistente en un detector de mentiras basado en la alteración de la presión sanguínea sistólica (un antecesor del actual polígrafo), evidencia excluida tanto por la Corte del Distrito Federal como por la Corte de Apelaciones del Circuito, por falta de aceptación general de la comunidad científica de la época, sentando dicha Corte el precedente señalado.

En el año 1975, en el Derecho Norteamericano surgen las denominadas Reglas Federales de Evidencia, cuerpo normativo encargado de regular diversas materias probatorias. La Séptima Regla, denominada *Opiniones y testimonio experto*, estableció los parámetros y criterios de admisibilidad de la prueba pericial en juicio.

Empero, el precedente Frye del año 1923 que reguló la prueba pericial enfrentó, en años posteriores, la realidad de una explosiva introducción de conocimiento científico de mala

calidad a juicio, lo que llevó a la Suprema Corte Norteamericana a tener que restringir la incorporación de dicho conocimiento ínsito en prueba pericial. Ello lo lleva a cabo, por vez primera, con ocasión de pronunciarse en el año 1993 sobre el caso *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals*, en base a la reinterpretación de la FRE N° 702 de 1975 que ya había establecido claras restricciones en materia de admisibilidad de prueba pericial. Dicho criterio se vio confirmado en dos fallos más, *Joiner vs. General Electric* (1997) y *Kumho Tire Co. Ltd. vs. Carmichael* (1999), cerrando así la denominada *trilogía Dauber*. Dicho cambio de paradigma representó un cambio fundamental en relación a los criterios de admisibilidad por confiabilidad de prueba pericial en juicio. Este último significa que el criterio de admisibilidad de una prueba pericial debe basarse en que el perito aplique una metodología propia de la ciencia o arte correspondiente, constatable objetivamente, y no solamente reconocida por parte de la comunidad científica.

A efectos de una mejor comprensión de este trabajo procederé, a continuación, al estudio de la FRE N° 702 (que regula la Prueba Pericial) en cuanto a su texto y contenido.

2.- Regla Federal de Evidencia N°702 sobre testimonio de testigo experto

2.1 Texto de esta Regla

Regla de Evidencia 702: Testimonio de Testigo Experto.

Un testigo, calificado como experto por su conocimiento, habilidad, experiencia, entrenamiento o educación, puede testificar tanto en modalidad de declaración simplemente testimonial como también en su calidad de experto, si:

- a) el conocimiento científico, técnico, o especializado en algún área puede ayudar al juzgador a entender la evidencia o a determinar un asunto en cuestión;*
- b) el testimonio se encuentra basado en hechos o datos suficientes;*
- c) el testimonio es el producto de principios y métodos confiables; y*
- d) el experto ha aplicado los principios y métodos a los hechos del caso de manera confiable.*(Federal Rules of Evidence: Legal Information Institute pp. 1-2)

2.2 Contenido de la Regla.

El propósito de las Reglas de Evidencia es regular el ingreso de evidencia que el jurado puede considerar para alcanzar un veredicto, dada la acentuada desconfianza del sistema judicial norteamericano respecto del sistema de jurados. Frente a ello, las FRE han buscado eliminar tal desconfianza al depurar la evidencia y promover su admisión en casos complejos. No obstante, algunas de estas reglas no han logrado aún soslayar dicha desconfianza, al limitar el tipo de evidencia que los operadores jurídicos pueden recibir o desvirtuar la forma en que ellos pueden evaluarla.

Las reglas se centran en principios básicos: relevancia o relación de la prueba con los hechos de la causa, sorpresa injusta o mala fe procesal, eficiencia y confiabilidad o sujeción a metodología científicamente correcta en el marco del procedimiento adversarial. Empero, dichos principios garantizan a los jueces amplia discrecionalidad al momento de decidir admitir o no evidencia frente a los argumentos de las partes, lo que asegura que el jurado disponga de un amplio abanico de evidencia, sin que esta llegue a ser repetitiva, injuriosa o confusa. Las Reglas de Evidencia tienen la virtud de precisar el concepto de *relevancia*, vale decir, la directa relación que debe existir entre prueba pericial y los hechos del caso y relajan, por otro lado, las prohibiciones propias del sistema del Derecho Anglosajón respecto de la competencia de los testigos para declarar, como señala el texto de la FRE (Federal Rules of Evidence- Legal Information Institute pp. 2-5)

A continuación, procederé a realizar un desarrollo tanto de la FRE N° 702 en cuanto a su doctrina, como a la jurisprudencia norteamericana asociada a ella y a su aplicación a partir del fallo Daubert. Para una mejor comprensión de dicha jurisprudencia se ha estimado conveniente, como también se hará en el Capítulo III respecto de la jurisprudencia nacional, realizar una breve explicación de cómo aquellas y éstas se interrelacionan y como receptionan los criterios Daubert.

2.3 Jurisprudencia norteamericana sobre el sentido y alcance de la Regla N° 702

Como cuestión previa cabe señalar que en muchos casos resulta difícil, a veces imposible, una evaluación inteligente de los hechos sin ayuda de algún conocimiento científico, técnico u otro especial. La fuente más común de este conocimiento es la prueba pericial, aunque existen otras técnicas para alcanzar dicha finalidad.

Una parte de la literatura (Federal Rules of Evidence- Legal Information Institute pp. 2-5) señala equivocadamente que los peritos declaran mayormente bajo la modalidad de “opiniones”. La regla N° 702 reconoce que el perito, en el estrado, puede dar una disertación o exposición de principios sean científicos o de otro tipo, *con tal que sean relevantes al caso*, esto es, que tengan relación con los hechos, dejando al juzgador la tarea de aplicarlos a los mismos. La no relevancia de una prueba pericial se pone de manifiesto, por lo general, a partir de la misma pregunta hipotética *ab initium* que la encabeza revelándola como no indispensable. Así, una declaración pericial resultará conveniente en la medida que no sea una mera opinión. Y si lo fuere, resultará aconsejable que el mismo juzgador saque las inferencias correspondientes. Hay que tener en cuenta que el uso de “opiniones” por parte de peritos no se encuentra abolido por la Regla; por el contrario no siempre resulta admisible a los peritos aplicar su conocimiento especializado a los hechos con el sólo objeto de alcanzar alguna conclusión predeterminada. (The House of Representatives, 2014: p. 102).

Establecer si resulta adecuado el uso de una prueba pericial en el caso, es algo que el juzgador debe determinar tomando en cuenta que tan necesaria le resulte a él dicha experticia. “Cuando las opiniones son excluidas, es porque no prestan ayuda alguna y de tal manera, resultan superfluas y una pérdida de tiempo” (Del Valle, Agüero, San Juan, Medina, & Zambrano, 2009:p.56). Ello ha sido advertido por Taruffo, quien a propósito de lo que denomina ideología legal racional de la decisión judicial, ha señalado que “son racionalmente admisibles las pruebas que sean relevantes y que aporten información útil” (Taruffo et al., 2009 pp. 39 y 60)

Esta regla ha sido ampliamente citada. Los campos de conocimientos que pueden caer bajo ella no están limitados meramente a lo científico y a lo técnico, sino que se extienden a todo conocimiento especializado. Igualmente, el experto o perito es visualizado como una persona calificada por “conocimientos, aptitudes, experiencias, entrenamientos o educación” (Federal Rules of Evidence- Legal Information Institute pp.1-2). Así, dentro del ámbito de la regla, se encuentran no solo expertos o peritos en el más estricto sentido de la palabra como físicos, científicos y arquitectos, sino que también un enorme grupo de los así llamados testigos “con habilidades”, tales como banqueros o propietarios de terrenos, testificando, por ejemplo, respecto de valores asignados a un terreno en particular.

La Suprema Corte Norteamericana encontró fundamento en la FRE N° 702 para dar respuesta al caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, (1993) y a los posteriores en que se la aplicó incluyendo al caso *Kumho Tire Co. V Carmichael* (1999). En el caso *Daubert* la Corte asignó a los jueces la responsabilidad de actuar como guardianes para excluir ingreso de prueba pericial no confiable, y en el caso *Kumho* aclaró que dicha función aplica *a todo testimonio experto*, no solo al testimonio basado en ciencia(Federal Rules of Evidence- Legal Information Institute pp. 2-5)

En suma, el fallo *Daubert*, además de confirmar el rol del juez como guardián, provee algunos criterios generales que la Corte debe usar para determinar la confiabilidad y ayuda que debe prestar el testimonio experto o perito para el tribunal. El fallo *Kumho*, consistente con ello, señala que todas las clases de prueba pericial son susceptibles de admisibilidad ante Cortes de Apelaciones, a la hora de decidir si la evidencia es completamente confiable y útil. De acuerdo con ello, la admisibilidad de toda prueba pericial, está regida bajo los principios de la F.R.E. 104, conforme a la cual el demandante tiene la carga de demostrar la suficiencia de los requisitos de pertinencia en etapa de admisibilidad, en cuanto a evidencia aportada. Así se señaló en el caso *Bourjaily v. United States*, (Justia US Supreme Court, 2017, pp. 1-5)

El Fallo *Daubert* estableció una lista de cotejo no excluyente, con el objeto de determinar la confiabilidad del testimonio científico experto. Los factores específicos explicados en la Corte en el fallo *Daubert* son:

- 1) La *técnica o teoría del perito debe ser susceptible de ser testeada*, esto es la teoría del experto debe ser refutable en un sentido objetivo. Si, por el contrario, ha sido solo contrastada de manera subjetiva no llegará a tener confiabilidad suficiente.
- 2) La *técnica o teoría debe haber sido objeto de revisión de pares y publicación*
- 3) Si *se le ha aplicado la tasa de error*, conocida o potencial.
- 4) Si ha estado sujeta a *estándares y controles* y
- 5) Si la *técnica o teoría ha sido aceptada, en forma general, por la comunidad científica a que pertenece*. Estos criterios pretenden, como se ha señalado, entregar al juez una herramienta adecuada para distinguir lo que es buena ciencia de lo que no lo es. A este punto alude Taruffo citando a David Faigman “un buen método para establecer si una pretendida forma de conocimiento tiene naturaleza de ciencia no consiste en preguntarlo a los que la practican” (Taruffo, 2013, p. 69)

Por otro lado, la Suprema Corte Norteamericana en el caso Kumho, sostuvo que estos factores podrían ser aplicables a prueba pericial no científica, dependiendo de las denominadas “circunstancias particulares del caso en cuestión” (Cornell Law School- Legal information Institute pp. 7-13 op. Cit).

No se han hecho intentos de “codificar” estos factores específicos. El mismo fallo Daubert enfatizó que los criterios no son obligatorios ni excluyentes. En otros casos, se ha reconocido que no todos los factores Daubert pueden aplicar a todo tipo de prueba pericial o testimonio experto. Junto al caso Kumho (parte de la trilogía), dicho principio se aplicó en el caso Tyus v. Urban Search Management (1996), que señaló que los factores mencionados por la Corte en Daubert no se aplican de manera precisa, en el caso, al peritaje de un sociólogo. Dicho principio también se aplicó al caso Kannankeril v. Terminix Int. Inc., 128 (1997) que sostuvo que la falta de revisión de pares o publicación no resultaba determinante si la opinión del experto o perito estaba basada en “conocimiento científico ampliamente aceptado”.

Empero, las Cortes Norteamericanas, antes y después de la dictación del fallo Daubert, establecieron *otros factores relevantes para determinar si la prueba pericial es o no suficientemente confiable, para ser considerado por el juzgador*. Entre los más importantes encontramos:

- 1) Si los peritos o expertos “han expresado con anterioridad respecto de materias análogas, opiniones *similares respecto de los hechos de un caso en particular*, o si han desarrollado aquellas expresamente para propósitos de reafirmar una teoría del caso”, como señaló el fallo *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals. Inc. (1995)*.
- 2) Si el *perito ha utilizado una extrapolación forzada*, aun partiendo de una premisa aceptada, con el objeto de llegar a una conclusión infundada. Principio aplicado al caso *Joiner v. General Electric Co. (1997)*, observándose que en algunos casos un tribunal “ puede concluir que existe una brecha analítica insalvable entre los datos y la opinión emitida”
- 3) Si el *perito no ha tomado en consideración explicaciones alternativas*, a veces obvias. Factor aplicado al *caso Claar v. Burlington (1994)*, que señaló que “el testimonio resultó excluido pues el perito no consideró otras causas obvias que fundamentaban la posición del demandante” Dicho principio también se aplicó en *Ambrosini v. Labarraque, (1996)* fallo que señaló que “algunos precedentes judiciales citados y luego no considerados en una pericia, finalmente resultaron carecer de importancia”.
- 4) Si el perito “*es tan cuidadoso como lo sería en su trabajo profesional, más allá del litigio en que está siendo remunerado*” Principio que se aplicó en los casos *Sheehan v. Daily Racing Form, Inc., (1997)* y *Kumho Tire Co. V. Carmichael, (1999)* en que señaló que “la doctrina Daubert exige que la Corte se asegure que el perito utilice el mismo nivel de rigor intelectual que lo caracteriza en la práctica profesional”
- 5) Si *el tipo de experticia que representa el perito es conocida por lograr resultados confiables en el tipo de opinión que aquel puede dar*. Principio aplicado en *Kumho Tire Co. V. Carmichael, (1999)* cuyo fallo señaló que “el factor de aceptación general en Daubert, señala que un testimonio experto no resulta confiable si la disciplina misma carece de confiabilidad, como ocurre por ejemplo en los llamados

principios generalmente aceptados de la astrología o magia”; o en el caso *Moore v. Ashland Chemical Inc.*, (1998) *en que* ”el médico fue adecuadamente excluido de rendir testimonial en una causa judicial que trataba de una materia toxicológica por un problema respiratorio del demandante, en circunstancias que la opinión no estaba suficientemente afianzada en metodología científica”; mismo principio aplicado en el caso *Sterling v. Velsicol Chem. Corp.*, (1988) fallo que rechazó testimonio basado en “ecología clínica” como carentes de fundamentos y no confiable.

Todos estos factores son de importancia a la hora de determinar la confiabilidad de la prueba pericial. Entenderemos por confiabilidad, en este contexto, que la labor del perito debe ajustarse a los procedimientos y metodología propios de la ciencia que profesa. Dicha metodología, a su vez, está sujeta a sus propios estándares para que las conclusiones de la pericia sean consideradas científicamente válidas. Dichos estándares de científicidad, como veremos luego, están constituidos por la falsabilidad de la prueba; revisión de pares o publicación; tasa de error y marcos de investigación y aceptación general de la metodología por parte de la comunidad científica.

Aparte de los factores de confiabilidad anteriormente enumerados surgen otros. El mismo caso *Kumho* concluyó que “el tribunal debe disponer de un amplio margen para decidir, en el caso en particular, si una declaración pericial en particular es confiable.” No obstante, ningún factor por sí mismo puede garantizar la confiabilidad de un testimonio experto. Este principio fue también ratificado en el fallo *Heller v. Shaw Industries, Inc.*, (1999) que señaló que “la prueba pericial debe, en cada etapa, no sólo ser confiable sino también evaluable en forma práctica y flexible sin reglas excluyentes (o inclusivas) aparentes.”. El mismo fallo *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.* (1995), señaló que “algunos peritos transforman la sala de juzgados como su principal centro de operaciones” y respecto de estas disciplinas agregó que “el hecho que el perito haya desarrollado una experticia solo para propósitos de litigación, debe hacer que esta no sea considerada.”

Una revisión de la jurisprudencia posterior a *Daubert* muestra que el rechazo a la prueba pericial o testimonio experto constituye más bien la excepción a la regla.

Tal como señalara la Suprema Corte Norteamericana en el fallo *United States v. 14.38 Acres of Land situated in Leffore County, Mississippi* (1996) “Daubert no constituyó un golpe de timón respecto de las leyes federales de evidencia...” y “...el rol de la Corte como guardián, no debe ser entendido como sustituto del sistema adversarial”. En esta línea y como estableció la Suprema Corte Norteamericana con ocasión del referido fallo Daubert “Un contra-examen vigoroso, presentación de evidencia contraria, y atención cuidadosa respecto de las fluctuaciones en la carga de la prueba, son las más apropiadas y tradicionales formas de atacar evidencia admisible aunque débil.”. El mismo fallo *Kumho Tire Co. v. Carmichael* (1999) señala al respecto, que “el juzgador tiene amplia discrecionalidad, tanto para soslayar procedimientos tendientes a acreditar “confiabilidad” si esta se encuentra fuera de duda en cuanto a la metodología utilizada por el perito, cuanto para exigir los procedimientos adecuados en casos menos comunes o más complejos, donde si pueda surgir cuestionamiento sobre la confiabilidad de aquel”.

El que una Corte señale que una declaración de un perito es confiable no significa necesariamente que el de la otra parte no lo sea. La FRE N° 702 que fundamenta el fallo Daubert, es lo suficientemente amplia para permitir declaraciones periciales producto de principios o métodos distintos, en un mismo campo de experticia. Dicho principio fue sentado por el referido caso *Heller v. Shaw Industries Inc.* (1999), que señaló que “la declaración pericial no puede ser excluida simplemente porque el perito use un test en vez de otro, en la medida que ambos encuentren aceptación en el campo científico y alcancen resultados confiables”. El mismo principio fue ratificado en el fallo *In re Paoli R.R. Yard PCB Litigation* (1994), que señaló que los oferentes de la prueba “no tienen que demostrar al juez que la evaluación de los peritos o testigos expertos son correctas, solo tienen que demostrar, por medio de la evidencia, *que sus opiniones son confiables esto es, adscritas a la metodología propia de la ciencia o arte* (negritas mías) *atendido que los requisitos de confiabilidad de la evidencia son menos exigentes que el estándar en cuanto a los méritos de corrección de la prueba...*” Este principio fue sentado a propósito del mismo fallo *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (1995), que señaló que “a los expertos o peritos científicos se les puede permitir

declarar en juicio, si pueden demostrar que la metodología utilizada por ellos ha sido también empleada por una minoría de científicos, en la medida que estos gocen de reconocimiento en el campo dado”. Dicho principio fue también confirmado en el fallo Ruiz-Troche v. PepsiCola (1998), al señalar que “el criterio Daubert no supone ni descarta la discrecionalidad judicial para determinar cuál de las diversas teorías científicas tiene mejor aplicación”.

La Suprema Corte Norteamericana en Daubert, declaró que *“la atención debe estar centrada solo en los principios y metodología aplicada en la pericia, no en las conclusiones a que se llega.”* Posteriormente, dicha Corte reconocería en el fallo Joiner vs. General Elec. Co. (1997), que al ser cuestiones completamente interdependientes “conclusiones y metodología no son cosas completamente distintas una de la otra”. Bajo esta lógica y según el criterio Daubert original, si un perito o testigo experto aplica principios y metodología de acuerdo a estándares profesionales, y aun así llega a una conclusión distinta a la de otros expertos en el mismo campo científico, la Corte puede acertadamente inferir que los principios y métodos no han sido aplicados de buena fe. Dicho principio fue aplicado por la Suprema Corte Norteamericana, en el fallo Lust v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc., (1996) que señaló que la Corte no solo debe evaluar los principios y métodos usados por el perito, sino también que si estos han sido adecuadamente aplicados a los hechos del caso. Así la Suprema Corte lo estableció en el ya referido caso In re Paoli R.R. (1994) al señalar que *“en cualquier etapa en que la rendición de la prueba aparezca no confiable..... la rendición de peritaje o testimonio experto resultará inadmisibile, aun cuando el perito realice un cambio a una metodología confiable”*

Así, la confiabilidad en la aplicación de principios y metodología a los hechos del caso por parte del perito resulta esencial. Incluso, en la asesoría que el perito preste al investigador de la oficina en que trabaja puede ocurrir que aquel omita de forma interesada ciertos aspectos de los principios y métodos científicos aplicables al caso. Por ejemplo, el perito o experto puede instruir al investigador en cuanto a principios de termodinámica, procesos de coagulación de sangre, o respecto de

cómo los mercados financieros reaccionan a los informes publicados por las Corporaciones, ocultando la aplicación de principios y metodología.

En suma, y respecto de estas formas de testimonios generalizados, la Regla 702 simplemente requiere que: 1) el perito sea calificado; 2) el testimonio del perito se refiera a un asunto de utilidad para el tribunal; 3) la declaración pericial debe ser confiable; 4) dicha declaración debe ajustarse a los hechos de la causa.

Respecto de los factores relevantes para determinar confiabilidad, estos pueden variar de una experticia a otra, vale decir, no por tratar la pericia sobre una materia no científica, puede recibir un trato menos riguroso. Una opinión de un perito o experto no científico debe recibir el mismo grado de acucioso escrutinio en cuanto a confiabilidad que la opinión de un experto científico, tal como señaló el fallo *Watkins v. Telsmith Inc.*, (1997) al señalar que “ resulta retrogrado pensar que los peritos en materias no relacionadas con principios de ingeniería y experiencia práctica, puedan escapar al monitoreo de la Corte de Distrito, simplemente al señalar que sus conclusiones no se hallan basados en ningún método o técnica en particular”. Algunos tipos de peritajes son objetivamente verificables y sujetos a estándares de falsabilidad, publicación de pares por ejemplo; otros no se encontraran basados en nada parecido a método científico; caso en el cual deberán ser evaluados en relación a estándares diversos, de acuerdo al área de experticia en particular. El tribunal, en cada caso de oferta de prueba pericial o testimonio experto, debe determinar si acaso dicho testimonio se encuentra adecuadamente fundado, bien razonado y no especulativo antes de ser admitido. Todo peritaje debe estar fundado en un cuerpo de conocimientos o experiencias aceptados en el campo del saber del experto, y éste debe explicar cómo se encuentra fundamentada la conclusión. Como nos ha señalado el Colegio Norteamericano de Abogados Litigantes, en esta materia, “El testimonio referido a principios económicos, estándares de contabilidad, evaluación adecuada y otros asuntos no científicos, debe ser evaluado en relación al conocimiento y experiencia de ese campo en particular”. (American College of Trial Lawyers, 1994: pags. 7-8)¹

¹ Las Cortes inferiores están aplicando en sus casos los cuatro estándares del Juez Blackmund referente a la Metodología.

Así, todo testimonio experto debe ser el producto necesario de principios y métodos aplicados de manera confiable a los hechos de la causa. El conocimiento científico debe ser relevante para el testimonio, al estar basados en conocimientos técnicos u otros conocimientos especializados. Por ejemplo, cuando un agente de la ley testifica respecto de palabras en clave en una transacción de drogas, el *principio* que utiliza es que los participantes en dicha transacción usan dichas palabras para ocultar la naturaleza de sus actividades. La *metodología* usada por el agente, en el caso, es su extensa experiencia para analizar el significado de dichas conversaciones. En la medida que los principios y metodología sean confiables y aplicados confiablemente a los hechos del caso, este tipo de testimonio debe ser admitido.

Nada en esta Regla señala que la experiencia, aislada o en conjunto con otros conocimientos, habilidades, entrenamiento o educación, no sea susceptible de suministrar fundamento suficiente para una prueba pericial. Por el contrario, el texto de la Regla 702 expresamente contempla que un perito puede estar calificado sobre la base de la experiencia. En ciertos campos, la experiencia es la base, si no única, al menos predominante para una gran cantidad de testimonio experto confiable, cuestión que surgió del fallo *United States v. Jones* (1997) al señalar que “no existe abuso de discrecionalidad del juez al admitir testimonio de un perito respecto de escritura a mano, si aquel posee años de experiencia práctica y un gran entrenamiento, explicitando su metodología en detalle”; criterio confirmado en el fallo *Tassin v. Sears Roebuck* (1996), que estableció que el testimonio de un ingeniero en diseño, puede resultar admisible cuando dicha opinión experta “se encuentre basada tanto en hechos, investigación razonable, como en una experticia técnico/mecánica de tipo tradicional, proporcionando un enlace razonable entre la información, los procedimientos que utiliza y las conclusiones que alcanza”. Dicho criterio surge también del mismo fallo *Kumho Tire Co. V. Carmichael* (1999) que estableció que “nadie niega que un perito pueda llegar a una conclusión a partir de un cumulo de observaciones, basado en experiencia extensa y especializada.”

Si el perito se basa solamente en la experiencia deberá explicar cómo esta lo hace llegar a la conclusión a que llega, debe explicar por qué esa experiencia es base

suficiente para la opinión dada y como aquella se encuentra confiablemente aplicada a los hechos. La función de guardián del tribunal requiere, en su labor de filtración de prueba pericial, algo más que solo la “palabra del perito como suficiente garantía”. Dicho criterio fue sentado en el mismo fallo *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (1993) al señalar que “...se nos han presentado solo las calificaciones de idoneidad de los peritos y sus conclusiones como garantía de confiabilidad. Pues bien, bajo *Daubert*, ello no es suficiente...” Mientras más subjetivas y controversiales sean las opiniones del perito, más probable resultará que su declaración sea excluida por no confiable. Situación que surgió a raíz del fallo *O’ Conner v. Commonwealth Edison Co.* (1994) que señaló que “el peritaje basado en una metodología enteramente subjetiva ha sido correctamente excluida” criterio reafirmado, a su vez, en el caso *Kumho Tire Co. V. Carmichael* (1999) al señalar que “a veces será útil la declaración de un testigo experto o perito cuya experticia se encuentra basada solamente en experiencia, por ejemplo un catador de perfumes capaz de distinguir entre 140 olores, siempre y cuando su preparación sea de aquellas que otros expertos en ese campo reconocen como aceptable.”

La prueba pericial, según la doctrina generada a raíz del fallo *Daubert*, requiere una suficiente cantidad de hechos o datos. Los hechos son antecedentes factuales del caso en cuestión. El término datos se refiere, en cambio, a opiniones confiables de otros expertos o peritos.

Si los mismos hechos son controvertidos los peritos pueden, a veces, llegar a conclusiones diferentes basados en versiones en conflicto de aquellos. El énfasis respecto de suficientes hechos o datos tampoco autoriza a un tribunal para excluir un peritaje, sobre la base de que la Corte simplemente crea una versión de los hechos y no la otra.

Ha existido alguna confusión respecto de la relación entre la Reglas 702 y 703². La determinación de si una prueba pericial es adecuada o no debe ser dirimida bajo la

² Regla 703 Bases de un Testimonio de opinión experta: Un experto puede fundamentar una opinión sobre hechos o datos del caso de los que se haya informado o bien advertido en forma personal. Si el experto puede basar su opinión, razonablemente, en los mismos hechos o datos del caso no requiere en cuanto a su opinión, ser considerados admisible; pero en cambio si los hechos o datos pudiesen ser considerados inadmisibles el sostenedor de la opinión solo puede revelarlos al jurado si su valor

Regla 702, la que establece el requisito general de confiabilidad al señalar que la base en que se fundamenta la declaración del perito no puede encontrarse separada de la confiabilidad última de su propia conclusión. En contraste, el requisito de “dependencia razonable” de la Regla 703, es un asunto relativamente menor. Cuando un perito se basa en información inadmisibles, la Regla 703 requiere que la Corte establezca si dicha información se encuentra razonablemente basada en la opinión de otros expertos en ese campo. Si es así, el perito puede fundarse en esta información en orden de alcanzar una opinión. Pero en definitiva, la cuestión de si la prueba pericial tiene base suficiente de información- sea esta admisible o no- se encuentra bajo el gobierno de la Regla 702.

Las modificaciones sufridas por las FRE desde 1975 no intentan establecer requisitos procedimentales en el ejercicio de la función de guardián del tribunal, en cuanto a prueba pericial. Daniel J. Capra, nos señala en *The Daubert Puzzle* (1998) que “se debe permitir a la Corte substancial discrecionalidad al tratar las cuestiones Daubert; cualquier intento de codificar los procedimientos llevara a cambios innecesarios en la práctica forense y crearan situaciones complejas en materia de revisión por apelación.” Las Cortes han demostrado una flexibilidad que a veces bordea la ingenuidad al enfrentar el desafío de la prueba pericial bajo Daubert, y se cree que ello proseguirá en lo sucesivo.

La Regla N° 702 en su versión original y en cuanto al uso del término testigo experto señala que el jurado no necesariamente debe estar informado que un testigo calificado se encuentre declarando en calidad de tal. Resulta destacable la actual práctica que prohíbe el uso de la palabra experto por cualquiera de las partes o de la Corte. Dicho uso, tal como lo ha señalado el Juez Charles Richey “asegura que el Tribunal, en forma inadvertida no inflencie la opinión de un perito”, protegiendo de paso al jurado de sentirse apabullado por el así llamado “experto”.

probatorio, en ayudar al jurado a efectuar la evaluación, sustancialmente sobrepasa el efecto prejuicio.

3.- Un paradigma llamado Daubert

Hemos revisado la doctrina Frye de 1923, que estableció el criterio de aceptación general como criterio de admisibilidad de la prueba pericial. También hemos estudiado la Regla de Evidencia Séptima de 1975 referida a *Testimonio de Testigo Experto* (perito). Nos corresponde, a continuación, referirnos al caso Daubert en sí, que sentó un crucial precedente a la trilogía de fallos que encabezó, su significado y el impacto que generó a nivel internacional.

Conviene aquí recordar que la doctrina Frye, asentada por el fallo del mismo nombre por la Corte de Apelaciones del Circuito de Columbia en 1923, rechazó la incorporación de un antecesor del Polígrafo como herramienta para percibir alteraciones de presión sanguínea sistólica, lo que daría cuenta que el acusado Alphonse Frye mentía o no durante el set de preguntas y respuestas a que sería sometido. Ello llevó, en ese tiempo, a que dicha Corte señalara que la prueba pericial en cuestión “no gozaba de reconocimiento de la comunidad científica” (Hamilton, et. al.1998, p. 203), sentando dicho precedente el criterio de admisibilidad de prueba pericial en Estados Unidos que regiría por 70 años encontrándose, en algunos Estados, plenamente vigente.

En 1993, a raíz de una demanda civil interpuesta por los padres de los niños Daubert en contra de la empresa farmacéutica Merrell Dow Inc., por los graves daños que una droga antinausea llamada “Bendectin” elaborada por aquella, habría provocado en la etapa fetal a dichos menores, surge la denominada Doctrina Daubert. La demanda se interpuso ante la Corte de Distrito del Estado de California. Frente a ello, la empresa demandada ocurrió para ante el Tribunal Federal competente solicitando un juicio sumario, alegando la inexistencia de vínculo causal entre la droga y el daño, posición que dicho Tribunal acogió. Los demandantes apelaron para ante la Corte de Apelaciones del 9º circuito, tribunal que confirmó la sentencia del tribunal inferior, fundamentando dicho fallo en la Doctrina Frye de 1923. Dicha Corte de Apelaciones señaló que la evidencia allegada por los demandantes, (meta-análisis y análisis estructurales químicos) no tenían el reconocimiento de la comunidad científica, constituyendo técnica no confiable y, en definitiva, prueba

pericial no admisible en juicio, ocasionando consecuentemente que dicha evidencia no pudiera acreditar en juicio que el Bendectin causara defectos de nacimiento.

Ante la resolución de la Corte de Apelaciones, los demandantes acudieron a la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica la que, mediante una reinterpretación de la Reglas Federales de Evidencia de 1975, en particular de la 702, señaló que dicha regla modificaba el criterio Frye en cuanto a admisibilidad de prueba pericial en el caso, restringiendo de manera importante la admisibilidad de la misma y poniendo énfasis en la necesidad que la prueba pericial debía ser *relevante* (directamente relacionada con los hechos del caso), *confiable* (utilizar la metodología propia de la ciencia) y *competente* (que dicha metodología cumpla con estándares de exigencia propios de la ciencia), con el objeto de ayudar al juez a diferenciar entre ciencia y pseudociencia (junkscience) respecto de la introducción de ciencia de mala calidad en juicio (Gianelli C., 1994, pp:1-3)³ adjudicándole al juez de la instancia la responsabilidad de actuar como un *gatekeeper* (o guardián) en cada caso particular.

Así también, el máximo tribunal señaló que, en el proceso de análisis de admisibilidad de la prueba pericial y en cada caso en particular, es necesario que el Tribunal se focalice primeramente en que la *metodología* utilizada en el peritaje sea correcta desde un punto de vista científico, en lugar de las conclusiones del mismo, incrementando en este punto de manera significativa el estándar del test Frye. Taruffo señala, acertadamente, cual es el problema de base del juez al enfrentar pruebas científicas cada vez más complejas, al señalar que “Se plantea entonces el problema de cómo puede el juez, típico hombre promedio, desde el punto de vista cultural, valorar racionalmente elementos de prueba que, por definición, van más allá de los límites de la cultura media” (Taruffo, Michele et al. 2005 p. 333). Hay que recordar que, como señaló la doctrina Daubert, en el sistema norteamericano la evidencia debe ser entendida como aquel hecho o grupo de hechos que se llevan a un Tribunal, a objeto de persuadirle de la veracidad de una circunstancia, resultando distinguible en lo criminal la existencia de un jurado compuesto de doce ciudadanos legos, quienes dan veredicto de culpable o no culpable ante uno, tres, cinco o nueve jueces según sea el caso.

³ Este autor refiere fuertes reformas, de impulso Ejecutivo en USA durante el Gobierno de George H.W. Bush, en contra de la denominada “Junk Science” en materia de juicios Federales civiles.

3.1 El fallo Daubert de la Suprema Corte Norteamericana del año 1993

Así, la Suprema Corte Norteamericana, mediante una reinterpretación de la Regla de Evidencia 702 rediseña, en el caso Daubert, los requisitos de admisibilidad de la prueba pericial al señalar, en primer lugar, la *importancia del testimonio de naturaleza científica* basada en conocimiento objetivo y, por otro lado, que *dicho conocimiento debe ayudar al juez efectivamente en la solución del caso* agregando, a lo anterior, que *estas reglas deben permitir al juez determinar la confiabilidad del conocimiento científico*.

El fallo Daubert apunta a tres aspectos de importancia:

- 1.- Que el conocimiento extrajurídico que el juez utiliza sea científicamente válido
- 2.- Que el juez seleccione el tipo de conocimiento aplicable al caso;
- 3.- Que el juez admita en juicio solo prueba científicamente válida.

El razonamiento del fallo de mayoría en el fallo Daubert fue que la regla Frye era inadecuada para determinar procedencia de prueba pericial en juicio, puesto que las disposiciones contenidas en los artículos 702 y 703 de las FRE de 1975 ya se habían pronunciado sobre el particular. Según la Suprema Corte Norteamericana, en este punto corresponde a los jueces el rol de guardianes, correspondiéndoles filtrar la evidencia y permitir solo la entrada de evidencia *relevante*, vale decir, que diga relación con los hechos del caso y *confiable*, esto es que dicha evidencia se sustente adecuadamente en la metodología generada por la ciencia que la sostiene. En definitiva, la Suprema Corte Norteamericana devolvió el caso al Tribunal de Apelación, con la instrucción que los jueces participen más activamente en su rol de guardianes de los informes científicos que lleguen a su sala de audiencias, actuando independientemente para controlar la admisibilidad y utilizando los estándares de relevancia y confiabilidad como normas, con el objeto de determinar si el razonamiento o metodología del perito ha sido científicamente válido, sin centrarse en las conclusiones. Con fecha 7 de enero de 1995, el Tribunal de Apelación estimó que los peritos de la parte demandante habían utilizado una

metodología inaceptable y no revisada por expertos, terminando por rechazar la demanda presentada.

3.2 Requisitos básicos de admisibilidad de prueba pericial en el Derecho Norteamericano

A partir del fallo Daubert, la Suprema Corte Norteamericana restringe los requisitos de admisibilidad de prueba pericial, enfatizando los siguientes requisitos:

- a) *Relevancia*: el testimonio experto solo ha de ser admisible en juicio en la medida que el ámbito de conocimiento del perito esté relacionado en forma lógica con los hechos del caso, lo que la Corte llamo “cuestión de adecuación” La Suprema Corte enfatizó, por otro lado, el rol de “guardianes” que recae sobre los Tribunales, al corresponderles filtrar solo información relevante en el proceso.
- b) *Confiabilidad*: que la labor del perito, para el caso concreto, se ajuste a la metodología y procedimientos propios de la ciencia que utiliza.
- c) *Metodología correcta desde el punto de vista científico*: que la propia metodología empleada por el perito cumpla con los estándares de científicidad que le son propias, lo que facilita llegar con mayor grado de certidumbre a conclusiones científicamente válidas. Debe distinguirse entre metodología y conclusiones, focalizándose el control que deben realizar los jueces en la metodología utilizada. Ello siguiendo la lógica que una metodología correctamente adecuada dirige la pericia a conclusiones válidas. Así, la admisibilidad de determinado ámbito del conocimiento en juicio deja de ser producto de una apreciación judicial subjetiva sobre si esa disciplina es o no reconocida generalmente. El Juez debe sujetarse a parámetros concretos para resolver la admisibilidad de la prueba pericial, que son los parámetros con que la propia ciencia opera.

La Suprema Corte Norteamericana, habiendo establecido los denominados criterios Daubert ya referidos, considera respecto del tercero *cuatro requisitos para considerar una metodología como científicamente correcta*, esto es, las condiciones que deben verificarse para que un conocimiento experto pueda considerarse como científicamente válido y por tanto admisible en juicio:

1.- En primer lugar, la *falsabilidad de la prueba*: vale decir, toda hipótesis que sustenta una teoría o técnica base de una prueba pericial debe ser susceptible de someterse a prueba. Se aprecian dos etapas distintas, por un lado la aptitud de controlabilidad de la hipótesis y por otro su capacidad de superar científicamente dicho proceso. Dicho de otra forma, así se controla la resiliencia al contraste de la teoría en que se basa la prueba. El Juez, en cuanto a la controlabilidad empírica de la teoría o técnica que sustenta la prueba pericial, debe preguntarse si esta se basa en teoría o técnica susceptible de contraste y si este ha resultado exitoso. Este es un requisito indispensable, que permite el contraste con lo que acontece efectivamente en los hechos, descartando teorías ya refutadas por la comunidad científica.

2.- Segundo, la *revisión de pares o publicación*: el juez debe preguntarse si la teoría o técnica que sirve de base a la prueba pericial, ha sido revisada por otros científicos. Ello se refiere a publicación de las hipótesis en revistas sujetas a permanente revisión y reconocidas por la comunidad científica, con el objeto de lograr cierto grado de legitimidad al interior de dicha comunidad. Por cierto, los actuales medios de comunicación han ampliado y diversificado, en gran medida, la socialización del conocimiento científico. Por otro lado, parece evidente la presencia del criterio Frye en cuanto a reconocimiento de la teoría o técnica determinada, por parte de la comunidad científica.

3.- Tercero, *Tasa de error y marcos de investigación*: que implica responder a la pregunta de si la ciencia o técnica, que sustenta una prueba pericial, cuenta con una tasa o margen de error conocida, que el tribunal pueda considerar en la etapa judicial de control de admisibilidad por confiabilidad de la pericia, a través de normas técnicas objetivas. El conocimiento y aplicación de dichas tasas de error a la ciencia o técnica

utilizada, por parte del magistrado, le posibilita determinar la confiabilidad en la aplicación por ejemplo de un instrumento psicométrico en un caso particular, determinándose así la validez de la prueba pericial.

4.-Por último, *Aceptación general de la metodología en la comunidad científica.*: dicho criterio responde a la cuestión de si la ciencia o metodología utilizadas son generalmente aceptadas por la comunidad científica. En dicho sentido, debe haber aceptación general de la metodología que subyace a la ciencia o técnica, para establecer si existe consenso general sobre la validez de ésta entre los científicos de la misma especialidad. Ello se ha de determinar por cuanto el perito, al declarar en estrado, debe emplear el mismo rigor intelectual que utilizaría en la práctica un experto en el área de que se trate.

El problema de la inserción de pseudo ciencias en juicio ha tomado gran importancia, peligro advertido por Taruffo quien alude “a la actualmente rica y amplia literatura que, en varios países, se refiere al tema de las pruebas científicas, como también a la circunstancia de que los tribunales se ocupan hoy en día con una cierta frecuencia de problemas referidos a la científicidad de las nociones que en el proceso se utilizan como prueba de los hechos” (Taruffo, et al., 2009: pp. 94). El mismo autor señala que, en relación al surgimiento del caso Daubert, “los jueces no deben limitarse a recibir pasivamente cualquier cosa que se les presente en el juicio como científica..... queda presente el problema constituido por la necesidad de que los jueces verifiquen con el máximo cuidado la calidad de ciencia que adoptan” (Taruffo et al, 2009, pp: 95)

El fallo Daubert de 1993 fue complementado, en la doctrina que sentó por dos fallos más, constituyendo la denominada “trilogía Daubert”. Es de recalcar que Daubert refirió inicialmente la incorporación a juicio de prueba pericial solo de *testigos expertos* (no de otros tipos de peritajes), y sólo para *District Courts* o tribunales de primera instancia (no para tribunales superiores), evolucionando posteriormente en base a una importante Jurisprudencia, construyendo la referida trilogía Daubert en consideración a los dos fallos que mencionaremos.

El segundo fallo está referido al *Caso Joiner v. General Electric (1997)*: aquí la Corte Suprema Norteamericana aplico los estándares Daubert a los procedimientos incoados ante

Cortes de Apelaciones en los Estados Unidos. En este fallo la Suprema Corte estableció que los tribunales de apelación debían también utilizar, en la revisión de los recursos, los criterios de admisibilidad de testimonio experto, siendo el estándar a cautelar por parte de toda Corte, que la resolución del tribunal *a quo* no incurra en “abuso de su discrecionalidad”. Así, toda Corte de Apelaciones deberá determinar si el tribunal inferior, al admitir o excluir testimonio experto en juicio, realiza una *fundamentación suficiente*, en términos de no faltar a la lógica ni dejar de atender a las singularidades del caso concreto.

El tercer fallo se origina en el *Caso Kumho Tire Co. Ltd. v. Carmichel (1999)*: mediante este fallo que completa la trilogía Daubert, la Suprema Corte Norteamericana hace aplicables los criterios de confiabilidad Daubert a todo tipo de peritajes, no solo los de *testimonios de expertos*, señalando que las normas de admisibilidad deben adecuarse a la lógica del tipo de experticia en análisis. De esa manera se incorporan, como materia de testimonio experto, disciplinas no estrictamente científicas, por no satisfacer enteramente las normas que el método científico impone. Señala la Corte en este fallo, que el rol de guardianes de los tribunales debe cumplirse a cabalidad, atendiendo a las características particulares del caso.

CAPITULO II: LOS CRITERIOS DAUBERT EN LA REGULACION DE LA PRUEBA PERICIAL CONTENIDA EN EL CODIGO PROCESAL PENAL

1.- Generalidades

La ley procesal penal chilena reconoce los criterios Daubert ya estudiados: relevancia o pertinencia, confiabilidad y metodología científicamente correcta, tanto en sede de admisibilidad (artículos 295, 314 inciso 2 y 316 del CPP), como en el de valoración de prueba pericial (artículo 297 CPP).

Para dicha constatación y en sede de admisibilidad de la prueba pericial, haremos un correlato analítico entre nuestra normativa procesal penal y los referidos conceptos Daubert, basados a su vez en la FRE N° 702.

Como primera aproximación en relación al requisito de relevancia o pertinencia destacaremos el art. 295 del CPP “*Libertad de prueba. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso, sometido a enjuiciamiento, podrán ser probados por cualquier medio, producido e incorporado en conformidad a la ley*”. Advertimos que la calificación de pertinente (o relevante) en este artículo, es alusiva a los hechos y circunstancias objeto de la prueba pericial y no a este medio probatorio en sí. Por otro lado, la facultad de calificar la pertinencia o relevancia de todo hecho o circunstancia “*pertinentes para la adecuada solución del caso...*” corresponde al Tribunal.

El art. 314 inciso 2 del mismo Código asimismo refiere el concepto de relevancia a los hechos o circunstancias objeto de la pericia, empero hacer procedente el informe de peritos siempre que “... *fuere necesario o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio...*”, lo que refiere directamente a que la prueba sea útil o necesaria al juez. Ello concuerda con el requisito de relevancia establecido en la regla 702 a) de las Reglas Federales de Evidencia, “... *que el conocimiento científico, técnico o especializado en algún área, pueda ayudar al juzgador a entender la evidencia o determinar un asunto en cuestión*” y con el mismo requisito en el fallo Daubert, por cuanto presupone para la utilidad del testimonio experto, que éste se encuentre “*lógicamente relacionado con los hechos del caso*”

El concepto de *adecuada solución del caso* del art. 295 del Código Procesal Penal nos deriva al estándar probatorio del art. 340 CPP, que debe alcanzar el Ministerio Público en orden de lograr una condena.

2.- Criterios Daubert en la regulación de la admisibilidad de la prueba pericial

En este apartado estudiaremos directamente los criterios Daubert en sede de admisibilidad de nuestro país, vale decir relevancia o pertinencia, confiabilidad y metodología científicamente correcta. En cuanto al requisito de *pertinencia o relevancia*, conceptos que

el Profesor Duce hace equivalentes (Mauricio Duce, 2009, p. 426) respecto de todo tipo de pruebas, resalta el art. 276 y el ya mencionado 295 de nuestro Código Procesal Penal. El primero de ellos asigna el rol de eventual guardador, aún en forma acotada, a nuestro juez de instrucción en la audiencia intermedia en el incidente de exclusión de pruebas, para el juicio oral. Dichos procedimientos, en los Estados Unidos de Norteamérica, se realizan mediante audiencias especiales o “*hearings*” para filtrar prueba dañosa o inútil, atendida la materia a tratar y la naturaleza de la prueba que se pretende introducir en juicio.

Sabemos que la relevancia o pertinencia es el primero de los tres requisitos de admisibilidad para la prueba pericial, sentado por la Suprema Corte de Norteamérica en la jurisprudencia Daubert, esto es que el conocimiento del perito esté relacionado lógicamente con los hechos del caso, que encontró fundamento en la misma regla 702 letra a), en cuanto a que el testimonio experto resulte útil al juzgador al basarse aquel en hechos o datos suficientes.

En nuestra normativa, en orden de excluir prueba irrelevante o impertinente, nuestro artículo 276 CPP alude a una importante causal, a saber: *Impertinencia manifiesta* la que podemos entender en dos niveles a saber, la impertinencia en su *aspecto lógico formal*, en cuanto que la prueba pericial no diga relación ni esté vinculada a los hechos sujetos a debate. Vale decir, que no apunte a acreditar o excluir la concurrencia de los elementos del delito, participación del acusado y circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Dicha falta de relación debe resultar evidente de los hechos y a simple vista, ocasionando una desviación de tipo lógica formal respecto de los hechos objeto del juicio. Resalta, en este aspecto, la concordancia con el requisito de relevancia sentado en el fallo Daubert esto es, “...que el ámbito de conocimiento del perito este lógicamente relacionado con los hechos del caso...”, que se adecue a los mismos, relacionándose con la Regla de Evidencia 702 a) en cuanto a que, el conocimiento científico, técnico o especializado en algún área, pueda ayudar al juzgador a entender la evidencia o un asunto en cuestión. *Impertinencia en su aspecto legal*: El tribunal, en el análisis de la prueba pericial, debe considerar la relación costo-beneficio de esta en cuanto represente una eventual utilidad o perjuicio en la apreciación de un hecho. En este sentido podrían, por ejemplo, excluirse del juicio fotografías en particular crudas y poco conducentes de un cadáver presentadas junto a la declaración de un “experto de la policía” respecto de las mismas, en circunstancias que el

Tribunal puede perfectamente formarse una opinión. Otra consideración, es la relación existente entre valor probatorio de una prueba en particular y los costos económicos que representa, como también entre el valor probatorio de un medio de prueba en relación a una influencia indebida en el Tribunal, por ejemplo, el caso de un supuesto terrorista respecto del cual, el Ministerio Público pretende incorporar como antecedente, que planifico tiempo atrás de los hechos volar el edificio del tribunal.

Las reglas Daubert y sus modificaciones dan cuenta de la necesidad de impedir el ingreso de prueba pericial infundada, no razonada, especulativa, teñida de prejuicio o influencia indebida, respecto de la cual el juez debe desempeñar un rol de guardián. El sólo hecho de que, en muchos tribunales norteamericanos se haya optado por evitar la palabra “perito” o “testigo experto” en audiencia, con el objeto de evitar influencia indebida en el juez o en el jurado, da cuenta de ello.

En nuestro país el estándar de exclusión por esta causal aparece bastante alto, en términos que la impertinencia o falta de ella debe ser evidente para una persona de cultura mediana. Debe ser “manifiesto”, es decir una característica que llama la atención sin necesidad de investigación alguna.

Dable es mencionar la exigencia, al Juzgado de Garantía, de determinar “las pruebas que deberán rendirse en el juicio oral de acuerdo a lo previsto en el artículo anterior” como señala el artículo 277 letra e) CPP, que cristaliza la decisión del Juzgado de Garantía en el Auto de apertura de juicio oral. El Profesor Duce ha señalado que “...*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 test, 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 alguna de ambas, no puede ser admitida a juicio..*” (Duce, 2009: p. 430). El Profesor Duce refiere que el requisito de relevancia o pertinencia es aplicable no solo como requisito de admisibilidad de toda prueba, sino también al momento de incorporación de la prueba pericial al juicio, sea en su análisis de relevancia lógica, como también en su relevancia legal, coincidiendo con el requisito de relevancia del fallo Daubert.

En Chile, los requisitos de admisibilidad especial de la prueba pericial a juicio, tienen una correspondencia tanto con la regla de evidencia 702 como con los mismos criterios Daubert, a saber:

2.1 Necesidad de conocimiento experto art. 314 Código Procesal Penal. *“Procedencia del informe de peritos. El ministerio público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar, en la audiencia de preparación del juicio oral, que estos fueren citados a declarar a dicho juicio, acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito.*

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

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

Un análisis del inciso segundo de este artículo en cuanto a lo “*necesarios o convenientes*” de los conocimientos especiales del perito, nos lleva a la Regla de Evidencia 702 a), que requiere “...*conocimiento científico, técnico o especializado en algún área del testigo experto pueda ayudar al juzgador a entender la evidencia o a determinar un asunto en cuestión...*”. Ello apunta a que la prueba pericial sea útil al juez. Ello nos conecta con el mismo requisito de relevancia del fallo Daubert, que señaló que el “... *ámbito de conocimiento del perito este lógicamente relacionado con los hechos del caso...*”. La relación lógica del informe pericial con los hechos del caso y la utilidad de aquel en la apreciación de los hechos a dilucidar, conforma el requisito de relevancia que nuestra legislación contiene y que coincide con la regla 702 y el fallo Daubert. Los conceptos “*necesarios o convenientes*” de nuestro 314 CPP subrayan el carácter de útil que debe revestir la prueba pericial al juzgador. “Necesario” implica la idea que, sin el conocimiento experto, resulta prácticamente imposible llegar a la verdad relativa de un hecho del caso. “Conveniente” que, sin ser imprescindible, puede facilitar una mejor apreciación de aquel. En ambas situaciones se pone nuestro Código para la admisibilidad de prueba pericial.

El *conocimiento experto debe ser útil* al Tribunal en la decisión del caso⁴. Nuestro art. 295 va más allá, al referir “*la adecuada solución del caso*”. La utilidad de la prueba tiene que ver con su relevancia. La relevancia desde la prueba dice relación con su eficiencia y eficacia en orden de alcanzar un alto estándar de justicia, cual es en materia penal más allá de toda duda razonable.

Coherentemente, la prueba pericial no debe ser redundante, so peligro de hacer caer al tribunal en confusión; debe estar planteada y dirigida en orden a iluminar al Tribunal respecto de un hecho, fenómeno o circunstancia específica, sirviendo de esa manera para que el Tribunal comprenda la realidad que se le expone. El Profesor Taruffo ha señalado al respecto que los operadores jurídicos, en particular los Abogados, a objeto de empoderar su teoría del caso, tienden a desdibujar la “verdad” (Taruffo, 2009, et al p. 140). La prueba pericial no puede ser aplicable para fines respecto de los que carece de competencia, por ejemplo, un informe de credibilidad de relato respecto de menores de edad, realizada para determinación de si el sujeto miente o no, siendo un hecho bien conocido que la psicología carece de las herramientas para establecer dicha circunstancia. Patricia Condemarín, en el ámbito de la psicología forense, ha señalado que “... *confiabilidad es la característica de precisión de los instrumentos de medición, independiente de lo que quieran medir*” (Condemarín & Macurán, 2006, pp. 116-117)⁵. La precisión es un concepto más bien relacionado con la tecnología que con la ciencia. Aquella tiene como objeto operativizar la segunda, dándole una metodología. La tecnología consiste, como ha señalado el Profesor Bunge referido por Coloma, “en instrucciones para realizar un número finito de actos en un orden dado y con un objetivo determinado” (Coloma Rodrigo y Agüero Claudio, 2014, pp. 10-14) esto es, a través de una metodología. Ello puede encontrarse en la Regla de Evidencia 702 c) “...*el testimonio sea el producto de principios y métodos confiables...*” Así, la validación de un instrumento psicométrico, fundamentada en su precisión y validación, hará de los resultados una prueba confiable para su incorporación y valoración en juicio.

⁴ Se busca, por una parte, evitar la presentación de prueba superflua o redundante, 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.

⁵ El concepto de validez representa la exactitud de la medición, o sea, que la prueba permita medir lo que se pretende o intenta medir. Indica si una prueba cumple adecuadamente los fines para los que fue diseñada.

Para evitar la introducción en juicio sin relevancia propia, en el sistema Americano encontramos un principio denominado *The Rule against Oath-Helping* (Duce J., et al., 2015: p. 73), que prohíbe el ingreso en juicio de cualquier evidencia con el solo propósito de reafirmar la veracidad de un testigo de la misma parte, cuestión de cierta ocurrencia en nuestros Tribunales. A la luz de los principios Daubert ello se explica no sólo porque dicha evidencia carece de relevancia propia, sino además porque no se basa en hechos o datos suficientes (F.R.E. 702 a y b). A este respecto nuestro sistema procesal penal considera, en el artículo 276, una posibilidad de exclusión por impertinencia de testigos sobreabundantes, evitando indirectamente una prueba pericial sin relevancia propia. También en el sistema norteamericano hallamos una interesante regla, la denominada cuestión sobre regla decisoria *Ultimate Issue Rule*, que prohíbe admitir como evidencia aquello que pueda invadir la decisión del juzgador (Duce J., et al., 2015: p 73). Las Reglas Federales de Evidencia en general y la 702 en particular, persiguen una mejor calidad de prueba fundamentada en una depuración de la misma antes de su incorporación a juicio, pero sin invadir el ámbito de competencia del tribunal. En este caso la situación es compleja en Chile, no obstante la ya referida posibilidad de exclusión por impertinencia del referido 276 existen otras repercusiones legales (art. 10 inciso 2° COT referido a principio de inexcusabilidad), e incluso constitucionales (arts. 6,7 y 76 C.P.E). .

2.2 Idoneidad del perito: ello exigido en el art. 314 inciso 1° del CPP “...acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito...”.

Podemos relacionar este principio con el requisito del fallo Daubert en cuanto a que el experto sea calificado. La calificación de idóneo de un perito en Estados Unidos, para su incorporación a juicio, no depende simplemente de comprobantes documentales como ocurre en general en Chile. El fallo Daubert se refiere a este punto al señalar que “...ello no es suficiente...” Debe dar cuenta de la utilidad de la prueba, su relación con los hechos, que dicha prueba es producto de principios confiables y que la aplicación de dichos principios a los hechos ha sido ejecutada en forma igualmente confiable. Por otro lado, la idoneidad del perito no refiere solamente a los representantes de las ciencias “duras”. También son admisibles, en Estados Unidos de Norteamérica, los testigos llamados “con habilidades”

por ejemplo, un estudioso de los estados financieros de una Corporación que dé cuenta de las fluctuaciones de un producto en el mercado o un catador de perfumes capaz de distinguir entre 140 aromas distintos. Vale decir, todos aquellos que posean conocimientos o habilidades fruto del estudio, experiencia, entrenamiento, educación informal, incluso ciertas capacidades personales, sumado al reconocimiento en el medio de sus pares.

Concordantemente, nuestro art. 314 inciso final señala *“conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio”*, por lo que también nuestro sistema contempla la posibilidad de incorporación de dichos peritos con habilidades, en la medida que se pueda acreditar su experticia. El requisito de idoneidad del perito corresponde al requerimiento de calificación de este establecido en la Regla de Evidencia 702 a) *“... que el conocimiento científico, técnico o especializado en algún área pueda ayudar al juzgador a entender la evidencia o un hecho...”*

En el Reino Unido, en cuanto a idoneidad y competencia de peritos, se han producido importantes modificaciones por medio del llamado “Reporte Auld” del año 2001 (Justice Auld Report, 2001, pp. 1-20), al modificar el Apéndice A, Parte 33 de su Estatuto referido a la Prueba Pericial señalando, en cuanto a Competencia y Acreditación, que *“...según el Juez Auld, debe existir un solo cuerpo autogobernado en el Reino Unido y Gales, responsable de establecer y supervigilar el establecimiento de estándares y conductas para científicos forenses de todas las disciplinas, además del mantenimiento de un registro de acreditación para ello y del cumplimiento de sus condiciones de acreditación...”*

En Chile, existen tres niveles en los cuales se analiza la idoneidad del perito, el art. 314 del CPP exige *“comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito”*, cumpliéndose formalmente ante los Juzgados de Garantía con un Currículum Vitae. En general los peritos del MP comparecen en su calidad de “auxiliares”, a veces sin acreditación alguna. Un segundo nivel es en la audiencia de juicio que es, según art. 309, aplicable también a los peritos, donde los intervinientes pueden testear al perito respecto de su credibilidad o falta de ella, verificando la existencia de vínculos respecto de alguno de los intervinientes o algún defecto de idoneidad, lo cual constituye de hecho un juicio de idoneidad personal profesional y vincular respecto del perito, antes de pasar a confrontar el fondo del informe en su metodología, tabulación, hipótesis alternativas, sesgo etc. Es aquí

donde la lógica adversarial debe hacerse más patente. Duce al respecto ha señalado, que “...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...” (Duce & Riego, et al. 2009: p. 444). Respecto de este requisito la Suprema Corte Norteamericana señaló en el fallo Daubert, que el tribunal no debía confundir “metodología con conclusiones.....y que debía concentrarse en determinar si la metodología del peritaje era correcta desde el punto de vista científico...”. Aún hay un tercer nivel de análisis de idoneidad, dado ya en sede de valoración de la prueba que el tribunal hace en la sentencia definitiva. Esto último es diferente en el sistema americano regido por las Reglas de Evidencia, las que tienen un ámbito de aplicabilidad solo en control de admisibilidad de la prueba pericial y no en la etapa valorativa de la sentencia a diferencia del sistema chileno. En este punto debemos señalar que, al menos formalmente y según el Mensaje de nuestro CPP, en el control de admisibilidad de la prueba se otorgan, al juez de instrucción, facultades limitadas en sentido negativo, en que solo puede rechazar pruebas por causales específicas y con el objeto de resguardar la adecuada realización del juicio. Estas causales dicen relación, principalmente con el resguardo de Garantías Constitucionales y de Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

En relación al requisito de idoneidad se suma, a la concordancia con la FRE 702 y el fallo Daubert, el surgido a raíz del fallo *Mohan* de la Suprema Corte de Canadá, que dio lugar al denominado *Test Mohan* para admisibilidad de prueba pericial a juicio. Basado en el caso homónimo, en que el Dr. Mohan, pediatra de Ontario fue acusado de cuatro delitos de abusos sexuales a adolescentes. Su defensa presentó como perito al Dr. Hill, un conocido Psiquiatra, quien sostuvo que el perfil de Dr. Mohan no encajaba en los perfiles psiquiátricos de tres primeros casos ofrecidos como contraste, dos de pedofilia y uno referido a un psicópata sexual. El “*Mohan Test*” establece que se considera como calificado para declarar en juicio a “...La persona quien tiene un conocimiento especial o

peculiar, adquirido a través del estudio o la experiencia, respecto de los temas sobre los que va a declarar. La escasa doctrina nacional que ha surgido sobre el tema también adopta esta posición...” (Duce & Riego, et al., 2009: p. 444). La pericia en cuestión no fue admitida a juicio y el acusado fue condenado, aunque la sentencia fue revocada por la Corte de Apelaciones. La cuestión que se dirimió, ante la Corte Suprema de dicho país, fue si la declaración del Dr. Hill violaba la prohibición respecto de *Character Evidence*.

La Suprema Corte de Canadá, aunque rechazó la admisión del peritaje, estableció en este fallo cuatro requisitos para que la evidencia de experto pueda ser admitida a juicio, constituyendo influencia directa de los requisitos Daubert: a) ser relevante b) asistir al tribunal en juicio c) no debe infraccionar regla de exclusión alguna y d) ser dada por un experto calificado.

Todas estas reglas se encuentran recepcionadas en nuestro CPP. Una segunda etapa del Test Mohan dispone que “...*el Tribunal evalúe la discrecionalidad del testigo experto, en orden de balancear los potenciales riesgos y beneficios de admitir la evidencia. (relevancia legal). La función de “guardador” permite al Tribunal excluir evidencia sobre la base del efecto prejudicial de esta sobre el Tribunal...*” (Norton Rose Fulbright, 2015: pp.1-2)⁶

2.3 Confiabilidad del Peritaje: el tercer requisito específico de admisibilidad de prueba pericial en juicio se basa en la idea de determinar “...*si el experto aporta información considerada como razonable dentro de la comunidad científica a que pertenece o en la disciplina en la cual desarrolla su arte u oficio....*” (La Prueba Pericial, Duce Mauricio, Ed. Didot et al. 1º Ed. Año 2015 pag. 79). Información razonable refiere a ciencia que dispone de principios metodológicos aceptados por la comunidad científica. Ello nos remite al tercer inciso del art. 314 de nuestro CPP, que señala “... *Los informes deben emitirse con imparcialidad, ateniéndose a los principios de la ciencia o reglas del arte u oficio que profesare el perito...*”. Vale decir, los informes periciales deben ser objetivos al sujetarse fielmente a los principios y metodología de la ciencia, arte u

⁶ La Corte Suprema Canadiense ha sostenido que lo relacionado a la independencia del testigo experto debe ser inicialmente establecido dentro de los elementos de la cualificación de experto del Test Mohan. La Corte sostuvo que un testigo experto quien no lleve adelante su tarea con independencia e imparcialidad no está apropiadamente calificado para llevar adelante su rol como testigo experto.

oficio de que se trate. Ello nos refiere al requisito de confiabilidad de los criterios Daubert, en cuanto a que la labor que el perito realiza, al caso concreto, “sea el producto de *“...principios y métodos confiables...”* y que encontramos a su vez en la FRE 702 c) que señala que *“... dichos principios y métodos tengan una aplicación confiable a los hechos...”*. Todo lo anterior nos remite al segundo de los requisitos del fallo Daubert que considera la confiabilidad *“...en cuanto a que la labor que el perito realiza para el caso concreto, se ajuste a los métodos y procedimientos propios de la ciencia que utiliza...”*. Visto de manera más amplia, la confiabilidad de un peritaje conlleva la concurrencia de todos los requisitos de admisibilidad de prueba pericial.

Conviene recordar el fallo *Kumho Tire Co. V. Carmichael* (1997), que confirma y completa la trilogía Daubert y que establece que el testimonio experto se extiende no solo a ciencias, sino también a artes u oficios y a todo tipo de conocimiento experto, abriendo un amplio espacio para los llamados peritos con habilidades.

El vocablo “imparcialidad” del art. 314 inciso tercero, refiere al concepto de objetividad que es el producto de la ejecución de procedimientos técnicos para acreditar un principio científico determinado. Consecuentemente, la prueba pericial solo puede ser objetiva si se sujeta a los principios de la ciencia, arte u oficio de que se trate. Ello ocurrirá cuando, junto con los requisitos de relevancia y confiabilidad, concorra metodología correcta desde el punto de vista científico. Así diremos que, en Chile, el requisito de confiabilidad para admisibilidad de la prueba pericial, vincula la ejecutoriedad de la metodología y procedimientos tecnológicos con los principios de la ciencia a que están relacionados.

Concordante con lo señalado anteriormente nuestro 314 inciso tercero del CPP, al distinguir *“...principios de la ciencia o reglas del arte u oficio...”* distingue las llamadas ciencias “duras” de otras actividades humanas que, sin embargo, posean estándares de valoración objetivos y reconocimiento de la comunidad de donde procede el experto.

Podemos señalar que el adjetivo “razonable” que plantea el Profesor Duce (Duce, 2015, p.75), en relación a la prueba pericial, debe ser referido a la metodología científica en uso. Vale decir, la ciencia requiere generar su propia técnica para poder operacionalizarse, ello se logra a través de un conjunto de normas técnicas dirigidas a obtener un resultado o

conclusión, o sea, una metodología. Esta a su vez debe ser comprobable, esto es a mismos procedimientos, mismas conclusiones e iguales resultados. Para lograrlo la metodología debe sujetarse a ciertos parámetros: falsabilidad, revisión de pares o publicación, sujeta a tasa de error y marcos de investigación y finalmente aceptación general de la comunidad científica. Solo así una información puede ser considerada razonable dentro de su comunidad científica. No obstante, este es un requisito que plantea problemas serios en el contexto de nuestra realidad, a pesar de tener fuerte reconocimiento normativo en nuestro CPP en el art. 316 inciso primero, al referirse a la admisibilidad de los peritajes, al señalar que estos serán procedentes cuando *“los peritos y sus informes otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo”* idea a su vez reforzada por el art. 314 inciso final. Este señala que *“Los informes deberán emitirse con imparcialidad, ateniéndose a los principios de la ciencia o reglas del arte u oficio que profesare el perito”*. De acuerdo a lo anterior, podemos tener un perito idóneo pero no admisible, si es que el contenido de su declaración no es confiable, o no ha sido obtenida conforme a la ciencia o arte a la que pertenece.

El problema que puede generar este tipo de evidencia no confiable, al ser incorporada a una audiencia de juicio, es que el Tribunal le dé más peso que la que merece, alterando a veces de forma irreparable e injusta el resultado del juicio. Taruffo nos dice que una concepción epistemológica de la prueba, a través de lo que denomina *ideología legal racional*, tiene por objeto, sobre la base de la verdad de los hechos (prueba pericial adecuada), llegar a la verdad relativa. (Taruffo, 2009, et al., pp. 35-78). El grave problema de la introducción de evidencia no confiable, tanto en la jurisprudencia norteamericana canadiense como australiana, ha tenido visos de solución al aplicar los criterios Daubert, en cuanto a que *“todo testimonio científico....no solo debe ser relevante sino también confiable”*. Tenemos una jurisprudencia australiana interesante en *Tuite v The Queen* (2015) 49 VR 196, 200 [11] (*“Tuite”*) que da cuenta del caso de un acusado de asalto sexual y violación agravados y lesiones. La opinión experta fue llamada a juicio a declarar en base al análisis de ADN de la evidencia tomada de la escena del crimen y la correspondiente *“tasa de error”*⁷ del examen. En este caso, dicha tasa de error había sido calculada usando un software

⁷ nos indica la magnitud y el sentido del cambio de la probabilidad pre a post test según sea el resultado del test diagnóstico.

recientemente desarrollado conocido como STRmix, introducido en la ciudad de Victoria en Marzo del año 2013. En la audiencia previa al juicio la defensa impugno la admisibilidad de la evidencia ADN, sobre la base que la nueva metodología no era – y no parecía ser- suficientemente confiable en juicios criminales. La razón que se dio para ello era que la tasa de error que fundamentaba dicha metodología no se había testeado y no tenía reconocimiento general por parte de la comunidad científica forense. El Tribunal de primera instancia rechazó la solicitud de exclusión de la prueba ADN lo que fue confirmado por la Corte de Apelaciones, decisión que, en definitiva, fue revocada por la Suprema Corte de la ciudad de Victoria, que señaló en su fallo “...*Creemos que todo Juez debe evaluar la confiabilidad de la evidencia. Concluimos que el estándar de confiabilidad de la evidencia científica debe comprender su integridad y aquella, a su vez, depende de validación...*” (Supreme Court of Victoria, 2017, pp: 4-5)⁸

En Chile, existe una doble exigencia de confiabilidad respecto de un perito: por un lado, debe sujetarse a los principios y metodología aceptables y reconocidos de la ciencia, arte u oficio. Por otro, no todo lo que diga un perito, aun idóneo y aplicando los principios adecuados es admisible. Ello porque debe referirse estrictamente a los hechos objeto de debate y sus dichos tener un nivel de validez suficiente en la comunidad científica a que pertenecen. Y me permitiría introducir una tercera exigencia, que relaciona admisibilidad con valoración de la prueba y que se relaciona con la legitimidad de la sentencia judicial, esto es, que el fallo que origina dicha prueba pueda ser comprendido por un hombre promedio, vale decir, que le resulte lógica y evidente.

Tanto en Estados Unidos como en Canadá y concordante con nuestro 314 inciso final ha surgido la idea que “...el Sistema legal debiera aceptar, como prueba pericial, solo aquello que la buena ciencia aceptaría como tal y nada menos que eso...”(Gold Alan, Expert Evidence in Criminal Law: The Scientific Approach, Irving Law, Canada 2003: p.43).

El requisito de no considerar admisible en juicio prueba pericial que no aporte información basada en principios fieles a la disciplina que el perito profesa resulta lógica, el riesgo que se corre en caso contrario es enorme , al permitir la introducción de información

⁸ El riesgo obvio en un juicio criminal en que una evidencia experta es traída por medio de un científico forense es que el Jurado dé a ésta más peso de la que merece. Para prevenir prejuicios injustos de ese tipo es esencial que la confiabilidad de la evidencia experta se encuentre establecida a satisfacción de Tribunal antes que se introduzca a juicio.

de poca validez y calidad que determine el resultado del caso, aumentando las posibilidades de decisión errónea. Particularmente cierto es ello en el caso de los peritajes psicológicos de credibilidad, utilizados con cierta frecuencia en nuestro país, los cuales no solo debieran ser excluidos por falta de necesidad de conocimiento experto sino que además por falta de confiabilidad. Ya la jurisprudencia norteamericana (State v. Milbradt, Or. 1988) ha reconocido problemas de confiabilidad en este tipo de pruebas periciales, al formular cuestionamientos al SVA, procedimiento que a la luz de las exigencias metodológicas Daubert no resulta ser precisa y confiable. Un ejemplo de ello lo constituyen las tasas de error del CBCA de un 30%, que convierte dicho procedimiento en problemático infraccionando con ello el tercer requisito Daubert respecto de la metodología. En efecto, uno de los más importantes requisitos para considerar una metodología correcta desde un punto de vista científico, es la existencia de tasa de error y marcos de investigación, aplicables a la metodología en cuestión, susceptibles de ser aplicada por el tribunal en el marco del ofrecimiento de prueba.

Tal como ha señalado el Reporte de la Academia Nacional de Ciencias de los Estados Unidos de Norteamérica (NAS) de 2009, con el objeto de prevenir prejuicios injustos por parte del tribunal y para mejorar las probabilidades de sentencias definitivas acertadas, es deseable que la confiabilidad de la prueba pericial, quede asentada satisfactoriamente antes de llegar a juicio oral en lo penal. Ello debido a la falta de validación de mucha ciencia forense en diversas áreas. En Chile, debido a ello, hay toda una cifra negra en torno a sentencias equivocadas en lo penal difícilmente reversible. El reporte NAS, anteriormente citado, también refiere que, a excepción del análisis nuclear ADN, ningún método forense ha mostrado tener la consistencia rigurosa y certidumbre suficiente como para establecer una vinculación causal entre una evidencia o individuo y una fuente específica. Por otro lado, vale tener en consideración que “...*en el mundo científico se distingue entre validez... (si la aplicación del principio en cuestión fundamenta lo que quiere demostrar) y confiabilidad (si la aplicación del principio produce resultados consistentes o serios). Precisión, validez y confiabilidad son conceptos que podrían, aunque no deben, confundirse...*” (Supreme Court of Victoria, et al., 2017, p. 4 *negrillas mías*).

Existen varias ventajas en esta “pre-validación científica”, que en nuestro Sistema debiese corresponder a la audiencia intermedia: en primer lugar, el escrutinio de la prueba pericial

debe adecuarse al rigor de la ciencia que la fundamenta; en segundo lugar, el tribunal de juicio oral daría por cumplido la suficiencia de la validación científica, en tercer lugar, los estudios de validación presentados en audiencia darían una fuerte base de asistencia al juez y cuarto, esta aproximación previa del juez de garantía evitaría la imprecisión del test de aceptación general (Frye).

En Chile nos referimos a “evidencia confiable”, esto es fiable, basada en validez científica. Disponemos de ciertas herramientas normativas básicas para que se determine la pertinencia, necesidad, idoneidad, confiabilidad, metodología y licitud de la prueba pericial ya en etapa de admisibilidad, sin perjuicio de lo deseable de algunos ajustes normativos para un mayor empoderamiento del Juez de Garantía para posibilitar exclusión de oficio de Informes Periciales y la adición de una lista de causales con este fin en sede de valoración misma de la prueba.

En un primer control de admisibilidad, nuestro sistema contempla el mecanismo de exclusiones a cargo del juez de garantía y culmina con la dictación del auto de apertura de juicio oral. Formalmente la audiencia clave es la de Preparación de Juicio Oral. En este sentido impacta la falta de importancia, que los operadores del sistema adjudican a esta audiencia la que, en muchos casos, es considerada como una “mera cuestión formal” Ello constituye un grave problema de índole jurídico-cultural que, en menor medida, tiene que ver con las herramientas procesales a disposición. Colabora con ello sin duda la endémica falta de medios profesionales y de infraestructura técnica que afecta a Jueces, Fiscales y Defensores Públicos, sumado lo anterior a un desconocimiento, por parte de los operadores, respecto de criterios de validez propios de las ciencias que representan los peritos en sus declaraciones en juicio.

En resumen, los artículos 295; 276; 314; 315 y 316 del CPP constituyen una plataforma básica sobre la cual se puede testear inicialmente, ya en sede admisibilidad y al menos bajo ciertas condiciones, la prueba pericial que se pretende introducir a juicio. El CPP de Chile establece un régimen bastante estricto de admisibilidad de Prueba Pericial pues, junto a los requisitos generales para todo tipo de prueba (276 CPP pertinencia o relevancia) se establecen también requisitos adicionales tales como la necesidad de incorporación de conocimiento experto en juicio (314 inciso segundo CPP); idoneidad del experto (314

inciso primero CPP); confiabilidad del peritaje (316 inciso primero y 314 inciso tercero del CPP). También nuestro Código (art. 315 letra c) alude a los requisitos que deben cumplir los informes de peritos en sus conclusiones señalando que deben estar “...conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio...” lo cual se relaciona, por un lado, con el requisito de confiabilidad (FRE 702 c) “...que el testimonio sea el producto de principios y métodos confiables...” y con el de metodología correcta y adecuadamente aplicada según los criterios reconocidos por la comunidad científica a que pertenece el perito.

El astronómico desfase entre el conocimiento científico y la cultura media, consecuencia de la complejización cada vez mayor de aquella plantea, incluso en los países del primer mundo y no obstante su enorme desarrollo científico-jurídico, jurisprudencial y doctrinal, un problema casi insalvable en lo que se refiere a la admisibilidad de evidencia experta. En este sentido resalta cierta inflexibilidad de nuestro Sistema procesal penal y de la arquitectura de nuestro recurso de nulidad. Resulta de importancia, para una mayor justicia en el sistema, una adecuada incorporación y producción de la prueba pericial en el proceso que permita transformarla en una herramienta de conocimiento de la verdad de los hechos, para lo cual aquella debe ser objeto de un fuerte control sobre la metodología utilizada por el perito, siéndole exigible una alineación lógica entre la metodología utilizada y las conclusiones alcanzadas. Una jurisprudencia más creativa, por de pronto, fruto de una mejor operación del Sistema situación que examinaremos más adelante, puede en nuestro caso representar una salida.

3.- Criterios Daubert en la regulación de la valoración de la prueba pericial

Previamente conviene señalar que en nuestro sistema procesal penal los criterios Daubert se encuentran recepcionados no sólo en sede de admisibilidad de la prueba pericial, sino también en el de valoración de la prueba. En Chile, el sistema de apreciación de la prueba pericial se encuentra adscrito a la sana crítica, técnica que como estudiaremos otorga al juez una libertad relativa en la valoración de la prueba, limitada por los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Resulta importante entender que este último y en menor medida las máximas de la experiencia, son

conceptos normativos importantes para recepcionar los señalados criterios Daubert en la actividad de valoración de la prueba pericial. Para comprender dicha relación, el Profesor Coloma parte haciendo una distinción entre ciencia y tecnología, la primera destinada a un discurso relativo al conocimiento y descubrimiento, aumentando los márgenes de certidumbre en cuanto a la realidad, un conocimiento que él denomina “de dicto” y la segunda a resolver problemas usando el conocimiento ya domesticado por los científicos, que denomina “de facto”. Así, lo que es propio de la tecnología según Coloma citando a Bunge, es “contar con instrucciones para realizar un número finito de actos en un orden dado y con un objetivo determinado” Estas normas se basan en leyes científicas y tienen el propósito de regular el desempeño de quien ejecuta la técnica, para garantizar así un resultado consistente en el tiempo (Coloma, et al. 2014. P. 11). Las normas a que se refiere Coloma no son propiamente principios científicos sino normas tecnológicas que encuentran fundamento en aquellas, vale decir metodología correcta desde el punto de vista científico y que debe el juez observar en la valoración de la prueba. Dichas normas tecnológico-metodológicas son las referidas tanto por las FRE N° 702 como el Fallo Daubert. Así, por medio de la operatividad de los procedimientos regidos por dichas normas técnicas o metodología se acredita la validez de la ciencia o procedimiento científico que sustenta una prueba pericial determinada.

Dicho lo anterior, conviene referir un concepto general de valoración de la prueba, citaremos al Prof. Víctor Roberto Obando Blanco “...*La valoración constituye el núcleo del razonamiento probatorio, es decir el razonamiento que conduce, a partir de las informaciones aportadas al proceso a través de los medios de prueba, a una afirmación de los hechos controvertidos...*” (Obando Blanco, 2013). Valorar la prueba es la labor que realiza el juez en cuanto a determinar el mérito o peso probatorio de una prueba o conjunto de pruebas, para acreditar uno o más hechos determinados. Una prueba depurada constituye un adecuado instrumento de conocimiento de la realidad y, bajo una concepción epistemológica de aquella debe servir al juez, en un rol activo, a la búsqueda de la verdad (Taruffo, et al., 2009, pp. 35-78). Parece tener sentido la distinción de dos momentos respecto de la valoración de la prueba, en primer lugar, la aplicación de los medios probatorios a los hechos y en segundo lugar la asignación del valor probatorio a cada uno

de ellas. Ello resalta la importancia del principio de inmediación, que exige del juez una percepción directa a través de sus ojos, oídos y demás sentidos de los relatos de realidad que le son presentados, fundamentados en los medios probatorios. El juez deberá distinguir, si acaso cada medio probatorio cumple o no la “promesa” del interviniente que los presenta, acreditando cada hecho en su singularidad y la apreciación de las pruebas en su conjunto, teniendo en consideración por cierto el sistema probatorio a usar.

Como se ha adelantado, nuestro CPP adopta el sistema probatorio de libre convicción o sana crítica según podemos apreciar de la lectura del art. 297 *“Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.*

El tribunal deberá hacerse cargo, en su fundamentación, de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”

Una de las ventajas de este sistema radica en que la sentencia judicial debe auto-sustentarse, ser auto-coherente en el aspecto interno, como también en lo externo demostrar una trazabilidad a quien la lea. Los Profesores Cerda y Hermosilla han señalado “sobre el tribunal pesa la obligación de plasmar en su sentencia los criterios rectores antes mencionados y justificar de qué manera llega a los hechos que da por establecidos. Dicha condición legal aleja la posibilidad de una apreciación arbitraria de la prueba rendida” (Cerda, Rodrigo y Hermosilla Francisco, 2008, p.381). Sabemos que las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados constituyen criterios de valoración racionales que limitan la libertad del juez y que se encuentran asociados al referido sistema de libre valoración de la prueba o sana crítica. Podemos definir *reglas de la lógica* como conocimientos universales que siempre deben aplicarse al

desarrollo del proceso. Se trata de normas que hacen coherente la trayectoria desde la exposición de los hechos, actividad probatoria en juicio hasta la conclusión. Su infracción lleva a que una sentencia adolezca de incoherencia o contradicción en sí misma. Se trata de ciertas reglas a seguir, con el objeto de lograr coherencia y sistematicidad de los pensamientos en sus formas y contenidos.

Las máximas de la experiencia, como los definen los referidos Profesores Cerda y Hermsilla son “juicios hipotéticos desligados de los hechos concretos que se juzgan que proceden de la experiencia, pero son independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos” (Cerda y Hermsilla, et al., 2008, p. 382). Pueden ser entendidas como formulaciones extraídas de situaciones anteriores y que pueden, en forma exitosa, ser aplicadas al caso concreto puesto que comparten características comunes. Utilizan metodología inductiva aplicando principios generalizados a situaciones concretas.

Por otro lado, los *conocimientos científicamente afianzados* han sido definidos como “saberes científicos y técnicos más o menos generalizados, comunes y compartidos como verdaderos por la gran mayoría de personas que profesan una disciplina” (Cerda y Hermsilla, et al., 2008, p. 382). Según los Profesores Coloma y Agüero, estos conocimientos no tienen la categoría de científicos sino más bien de técnico-metodológicos y tienen por objeto acreditar la validez de principios científicos. Dichas Normas, bajo esta perspectiva, transforman los principios de la ciencia en “usables”. Todo juez necesita tener seguridad sobre la consistencia de un resultado en una prueba pericial en el tiempo, ello se logra a través de un proceso de tecnologización de la ciencia, esto es, a través de la metodología. Es justamente el concepto de “afianzado” del conocimiento científico el que da cuenta de dicho proceso. En definitiva es un saber que, originado en un descubrimiento científico, se ve operacionalizado mediante reglas (tecnología-metodología) que nos permiten regular las acciones a realizar para lograr resultados consistentes en el tiempo (Coloma y Agüero, et al., 2014, p. 7-8). En la medida que los jueces ajusten sus sentencias a estos estándares “no queda margen a la discrecionalidad judicial cuando una circunstancia está verificada por el conocimiento científico” (Horvitz, María Inés y López, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, 2008, Tomo II, p.149)

Los conocimientos científicamente afianzados deben ser entendidos como fruto de un procedimiento inductivo, generados desde la observación empírica. Son una especie de máximas de experiencia con la diferencia que, en el caso de los conocimientos científicamente afianzados, estos responden a una observación de la realidad mediante procedimientos empíricos en permanente revisión (lo que hoy es buena ciencia mañana puede no serlo). Las leyes científicas son constructos independientes del caso concreto y basado en su propia metodología.

Por un lado, tanto las reglas de la lógica como las máximas de la experiencia tienden a ser una herramienta de valoración en la práctica casi totalmente personal del tribunal, dependiendo de sus conocimientos y experiencias de vida, a diferencia de la apreciación objetiva en cuanto a los conocimientos científicamente afianzados.

Estos últimos, por su propia naturaleza ontológica, son receptáculos en nuestra legislación procesal penal de las normas técnicas-metodológicas que permiten operativizar la ciencia. Lo anterior presenta un claro correlato con los criterios Daubert en relación al requisito de relevancia “...relación lógica del ámbito de conocimientos del perito con los hechos...” establecidos en la F.R.E. 702 a). Con la necesidad “...que el testimonio del perito se encuentre basado en hechos o datos suficientes...” 702 b); con “...que su testimonio sea producto de principios o métodos confiables...” refiriendo que la labor que el perito despliega en juicio se ajuste a los métodos y procedimientos propios de la ciencia que utiliza 702 c); y “...que el experto haya aplicado los principios y métodos a los hechos del caso de manera confiable...” 702 d).

Nuestro artículo 297 del CPP nos habla de “conocimientos” en términos amplios, sean estos científicos, técnicos o de otro tipo, lo que coincide con el encabezado de la Regla de Evidencia 702 “Un testigo calificado como experto por su conocimiento, habilidad, experiencia, entrenamiento o educación”. A su vez, el concepto de “relevancia” del fallo Daubert refiere “ámbito de conocimiento del perito” en términos generales. Por otro lado, si bien los conceptos “científicamente afianzados” pueden dejar, *prima facie*, una cierta impresión de conocimientos científicos o técnicos cristalizados que no parecieran tomar en cuenta el rápido movimiento del progreso del conocimiento científico moderno, verdaderamente logran una síntesis al posibilitar la recepción de requisitos de confiabilidad

y de metodología correcta desde el punto de vista científico, comprendiendo en dos palabras los cuatro requisitos establecidos en el fallo Daubert para considerar una metodología adecuada desde el punto de vista científico, esto es “...*falsabilidad de la prueba; revisión de pares o publicación; tasa de error y marcos de investigación y muy en particular la aceptación general de la metodología en la comunidad científica...*”

Debe existir consenso general sobre la validez de dicha prueba pericial entre los científicos de la misma especialidad. Así, el perito debe emplear, al declarar sobre su informe en juicio, el mismo rigor intelectual que utilizaría en la práctica otro experto en el área de que se trate. Ello puede resultar fundamental al momento que un TOP pueda acoger o desestimar una prueba pericial, por ejemplo un test psicométrico que no se encuentre validado en Chile o bien un análisis de drogas que no ha cumplido los protocolos científicos pertinentes. Nuevamente, la extraordinaria velocidad en el progreso de la ciencia y metodologías científicas, puede constituir un problema a la hora de dilucidar, sólo en base a este punto, cual es una metodología con “aceptación general”.

En la mentalidad jurídica anglosajona, la existencia de un eventual juicio por jurados hace evidente el riesgo de introducción de prueba pericial “basura”, lo que hace que la fase de filtro de aquella deba concentrarse en la etapa de admisibilidad de la prueba pericial y no en la de valoración. En nuestro sistema, como hemos advertido, es en la etapa de valoración de la prueba pericial donde cobra mayor sentido dichos procesos de filtro. El Juez Penal chileno se ve compelido a ello pues el art. 297 le obliga, al dar cuenta de toda la prueba producida en juicio, a señalar incluso las razones por la que ha desestimado cierta prueba. Es, en particular, en ese espacio donde perfectamente puede aplicar los criterios establecidos por la Regla 702, vale decir, relevancia, confiabilidad y metodología científicamente correcta, según las hemos estudiado. Una sentencia puede señalar que una prueba pericial rendida no se ha encontrado lógicamente relacionada con los hechos del caso o bien, desestimar la prueba por no ajustarse un peritaje de credibilidad a los métodos o procedimientos propios de la ciencia, cosa que a veces ocurre en pruebas periciales psicológicas que invaden campos de otras ciencias, por ejemplo, al diagnosticar una enfermedad propia la ámbito de la psiquiatría. Patricia Condemarín y Greter Nodarse dan cuenta de la gravedad de la situación en Chile, en cuanto a la “...*carencia de formación*”

especializada en el área...carencia en términos de investigación y ausencia de estandarizaciones y validaciones de instrumentos de amplio uso internacional...” (Condemarín & Macurán, 2006, pp: 70-71)⁹ Para evitar aquello el art. 297 inciso segundo obliga al Juez a fundamentar la sentencia, lo que algunos recurrentes de Nulidad llaman “segunda exclusión”, explicando las razones precisas de porqué desestimó una prueba pericial determinada. En mi opinión, esta facultad no está suficientemente explotada por los TOP, quienes podrían al momento de desestimar una prueba, utilizar con mayor frecuencia los criterios Daubert, en particular los criterios de relevancia, confiabilidad y metodología correcta desde el punto de vista científico. Surgen con claridad los conceptos de “fundamentación” y “razonamiento” en este artículo. Junto con el sistema de libre convicción o Sana Crítica para valorar la prueba, el Juez debe hacer mucho más que una simple mención de la prueba producida en juicio, se le aplica un estándar a su sentencia en la valoración y es que esta debe ser “autosustentable desde el punto de vista lógico”. Esta fundamentación razonada debe permitir, a cualquiera que la lea, con cierta dosis de amplitud, llegar a las mismas conclusiones. Las restricciones al juez penal chileno no tendrían sentido sin un adecuado sistema recursal “La imposición legal al juez de ciertas restricciones en la valoración de la prueba y la obligación de fundar su sentencia carecerían completamente de sentido si no existiera una vía posterior para controlar el respeto a tales restricciones a través de recursos” (Horvitz, María Inés y López, Julián. Et al. 2008, p.151)

Lo anterior encuentra fundamento en el sistema recursal penal chileno que, en el art. 374 letra e) señala *“Motivos absolutos de nulidad. El juicio y la sentencia serán siempre anulados:..... e) cuando en la sentencia se hubiere omitido algunos de los requisitos previstos en el artículo 342 letras c), d) o e)...”* el cual señala, a su vez, en la letra c) *“Contenido de la sentencia. La sentencia definitiva contendrá: c).... Y la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo a lo previsto en el artículo 297”*.

⁹ Lo que se aprecia es la existencia de un psicólogo clínico tradicional, quien se emplaza en el ámbito de la justicia trasladando con ello el modelo clínico orientado a la búsqueda de un diagnóstico categorial o de perfiles psicológicos al establecimiento de relaciones causales comprensivas de la historia vital del sujeto....Esta traslación puede también llegar al extremo aberrante de considerar el silencio de un sujeto que se niega a colaborar con la pericia psicológica por sugerencia de su Abogado, como un elemento suficiente para construir una opinión definitiva, que, además, afirma la culpabilidad del sujeto en los hechos correspondientes.

Por otro lado el art. 373 letra b) que permite la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia refiere en dicha letra a “b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

De esta forma, si una prueba pericial no ha sido valorada conforme a los lineamientos del art. 297, por ejemplo en el caso de desestimarla, el Tribunal debe dar un fundamento científico razonable de ello, de otra forma la sentencia puede ser objeto de nulidad en virtud del art. 374 letra e).

Existen diversos niveles de conocimiento experto que el Juez puede evaluar:

1.- Prueba pericial que no cumple las mínimas exigencias de confiabilidad. Son disciplinas que simplemente no se ajustan al método científico, por no cumplir con ninguno de los requisitos o solo con algunos, lo que refleja un nivel de confiabilidad menos que tolerable. En esta etapa de la valoración, el Juez puede aplicar los criterios Daubert para desestimar prueba que no cumplen con el estándar de confiabilidad, por lo que no deben ser valorados positivamente en juicio. (Silva & Valenzuela, 2011, pp: 175-182).¹⁰

2.- Prueba pericial relacionada con aquellas disciplinas que, no siendo ciencias, tienen aspiraciones o rasgos de científicidad, lo cual no las hace descartable a priori.

3.- Prueba pericial que dice relación con conocimiento científico basado en ciencia dura, vale decir, en el método científico (Silva & Valenzuela, 2011, et. al. p: 178).

El Juez en lo Penal enfrenta así un grave predicamento, pues en última instancia al dictar una sentencia, realiza un acto político que debe contar con legitimidad en un Estado de Derecho. Su *sententiae* (opinión) debe estar revestida de dicha legitimidad pues es el Estado el que se pronuncia a su través. Las realidades de nuestro sistema y de las del primer mundo dan cuenta de dificultades análogas, representadas por la enorme brecha existente

¹⁰ los requisitos o fases del método científico indispensables para siquiera tomar en consideración la posibilidad de valorar el testimonio experto en juicio debiesen ser la posibilidad de someter a prueba las hipótesis planteadas, el conocimiento de la tasa porcentual de error, el manejo de los estándares que controlan la investigación y el seguimiento de procedimientos y técnicas reconocidas o una alternativa si esto encuentra suficientemente justificado.

entre el conocimiento experto reflejado en la prueba pericial y el “hombre promedio” representado por el juez. En los Estados Unidos, hoy por hoy y según se ha dicho, se critica una cada vez mayor abdicación de los roles que el Estado asigna a los Jueces. En Canadá, por ejemplo, se ha vuelto a la práctica de un Perito asesor en materias científicas para los Jueces. El problema es que nada ni nadie puede relevar aquella actividad del magistrado quien, “solo en el gabinete con su conciencia”, debe desplegar una actividad humana que como cualquier otra no está exenta de errores. No obstante el juez de este siglo cuenta con mejores herramientas para tomar decisiones más justas, pero se exige de aquel una mayor actividad en el proceso. Como hemos visto, la normativa procesal penal chilena le da las herramientas básicas de control de técnica y metodología en la prueba pericial en lo penal, lo que le permite mayor actividad en la búsqueda de la justicia.

CAPITULO III. CRITERIOS DAUBERT EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

1. Cuestiones generales

Hemos estudiado la Doctrina Daubert en los Estados Unidos de Norteamérica, la diferencia que marcó respecto de la Doctrina Frye en cuanto a estándares de admisibilidad por confiabilidad o sujeción a metodología científicamente correcta, propios de la prueba pericial. Referimos la primera como una reinterpretación de la Regla de Evidencia 702, la cual traducimos y el fuerte impacto que dicho cambio produjo en los Estados Unidos y en otros países.

Revisamos, en el Capítulo II, la plataforma normativa procesal penal chilena a la luz de los criterios Daubert y como aquella los recepciona efectivamente tanto en sede de admisibilidad de la Prueba Pericial como al momento de su valoración. Todo el trabajo anterior nos ha preparado para revisar la jurisprudencia penal nacional, a objeto de responder la pregunta de si las sentencias a estudiar acogen o no los criterios Daubert. ¿Tienen éstos una base de realidad en nuestras Cortes? A esto dedicare las próximas hojas.

1.- Jurisprudencia que acoge, en la etapa de admisibilidad- valoración de prueba pericial en Chile, uno o más de los criterios Daubert, vale decir, relevancia, confiabilidad y metodología adecuada desde el punto de vista científico, y/o uno o más de los cuatro requisitos en relación a esta última (falsabilidad de la prueba; revisión de pares y publicación; tasa de error y marcos de investigación; y aceptación general de la comunidad científica).

2.1 C. de Ap. de Valparaíso – quinta sala- RIC 133-2017- Res. 42.475- fecha 27/02/2017 – Rec. Nul. Interpuesto por el MP - rechazado- Delito: conducción vehículo motorizado con licencia falsa- materia: defectos de confiabilidad y de metodología de los peritos del MP.

Contexto: El TOP de Valparaíso, por sentencia de 10/01/2017, absuelve al Imputado de la acusación fiscal deducida en su contra, como autor de un delito de conducir vehículo motorizado con licencia falsa. Contra de dicha sentencia el MP interpone recurso de nulidad, invocando la causal establecida en el art. 374 letra e) en relación al art. 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal, señalando que el TOP infringe lo dispuesto en el art. 297 de dicho cuerpo normativo, por cuanto no se valoraron dos pruebas esenciales para acreditar el hecho punible y participación, esto es: a) La licencia de conducir incautada al imputado y b) hoja de vida del conductor, argumentando además *“...que el tribunal no observó los bagajes de conocimiento que entrega las máximas de la experiencia.....de los funcionarios de Carabineros, los cuales sostuvieron que la licencia que portaba el acusado era falsificada...”*. El TOP señala en su sentencia: *“Segundo: ...estos jueces, fueron de parecer de librar sentencia absolutoria en favor del acusado pues no se contó con el informe pericial que fuera ofrecido en el respectivo auto de apertura... que, en concepto de estos jueces, no puede ser suplido con la declaración de los funcionarios policiales que adoptaron el procedimiento las que ... constituyen afirmaciones que fluyen desde la experiencia, pero en ningún caso obedecen a una prueba científica evacuada por un experto en la materia ...y que es necesario un conocimiento especial para establecer las correspondientes aserciones técnicas o científicas”*.

El tribunal cumple con el imperativo del art. 297 del CPP cuando fundamenta que “...no resulta suficiente la observación de la licencia incautada, pues se exige en este caso, la declaración de una persona con conocimientos especializados...”.

Comentario: En este caso, el TOP de Valparaíso no da por acreditado un elemento del tipo, consistente en falsificación de la licencia de conducir del imputado por falta de prueba pericial adecuada, aun considerando a los Carabineros como la misma sentencia del TOP señala testigos expertos. La FRE N° 702 posibilita valorar positivamente dichos testigos como prueba de cargo, a menos que no se acrediten en juicio, como ocurrió en el caso en estudio cuestiones fundamentales, como no incorporar en el juicio información de cómo dichos testigos expertos adquirieron esa experiencia, que metodología científica aplicaron al discernir que la licencia era falsa y como la experiencia adquirida por ellos los llevo a dicha conclusión. En definitiva estos testigos expertos no aplicaron “buena ciencia” según el TOP y la Corte de Apelaciones. La declaración de estos testigos expertos adolece de defectos de confiabilidad e incluso de metodología científicamente correcta (aun basada en la experiencia). Así, el fallo de Corte resulta consistente con el art. 297 del Código Procesal Penal en cuanto a conocimientos científicamente afianzados y concordante a la FRE 702, en cuanto a que los métodos utilizados por todo testigo experto deben ser confiables y aplicados confiablemente a los hechos lo que concuerda con el Fallo Daubert. Por otro lado, dicha doctrina proyectada en el fallo Kumho Tire Co. v. Carmichael (1999), alude a que un experto puede llegar a una conclusión en base una experiencia especializada, siempre y cuando sea capaz de explicar la relación causal entre observación-experiencia especializada y conclusión. La Corte, en suma, no acoge la nulidad interpuesta por el MP, basándose en defectos de confiabilidad de la prueba y ausencia de estándares de valoración objetivos, establecidos en el art. 314 inciso 3 del CPP, como la ausencia de idoneidad del perito como experto calificado.

2.2 C. de Ap. de Valparaíso- tercera Sala- RIC 522/2016- Res. 58.787- fecha 27/04/2016- Rec. Nul. interpuesto por el MP - rechazado - delito: Ley 20.000 art. 8- materia: metodología policial, supuestamente basada en experiencia suficiente, rechazada por no alcanzar estándares científicos.

Contexto: En Este fallo la Corte se pronuncia sobre Rec. Nul. interpuesto por el MP, causales 374 g) y e) en relación al 342 letra c) del CPP, en cuanto a acusación del Imputado en calidad de autor del delito contemplado en el art. 8 de la ley 20.000. Surge de la absolución, por parte del TOP de Valparaíso, al declarar ilegal la actuación policial por el ingreso de esta al domicilio del imputado sin orden judicial, y solo a partir de las “floridaciones” olfateadas por los funcionarios. Ello trae un efecto en cascada, pues no se da valor a la Prueba Pericial, documental, evidencia material y Fotos de la Fiscalía. El MP señala en su recurso que dicho fallo agrede el principio de cosa juzgada de la interlocutoria dictada por el J. de G. y el principio de continuidad del juicio. Por su parte, la Corte alude a los arts. 6, 7, 8 y 19 N°3 inciso 5 de la CPE; arts. 1, 5, 295, 296 y 297 del CPP, los que refieren a las actuaciones del órgano jurisdiccional que, cualquiera sea la materia y de manera especial en el juzgamiento criminal, deben encontrar su límite y legitimidad en el respeto de los derechos garantizados por la CPE, los tratados internacionales y el propio CPP señalando que *“...en este caso el Tribunal Oral en lo Penal, debe solo fundar su sentencia en prueba válidamente obtenida, ya que solo así se respeta el criterio de integridad judicial, el cual supone la necesidad de asegurar que las decisiones judiciales en materia penal no se basen en medios ilícitos.*

Así la Corte estima que el TOP no solo puede sino debe, no obstante se haya discutido ante J. de G. la admisibilidad de prueba en torno a su ilicitud, pronunciarse sobre la ineficacia de la prueba *“... el fenómeno de la prueba ilícita no sólo puede ser enfocado como un problema de admisibilidad de la prueba, sino también como un problema de valoración.... existen dos momentos: El primero, es la audiencia de preparación del juicio oral en que se dispone que el Juez de Garantía, a cargo de la misma, debe excluir de entre todas las pruebas propuestas por los litigantes aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancias de garantías fundamentales. El segundo, es el momento del pronunciamiento definitivo, vale decir, la evaluación del valor probatorio de todas las pruebas producidas en el juicio oral, en el que lógicamente deben excluirse las pruebas obtenidas en forma ilícita.... cuando el mecanismo óptimo destinado a impedir la valoración de la prueba ilícita fracasa, subsiste pese a ello incólume, la prohibición de hacerlo.”* Destaca el fallo que, a diferencia de la audiencia de juicio donde el estándar de control de la prueba es superior *“...el Juez de Garantía, al resolver sobre los*

planteamientos respecto de la prueba, con información de los antecedentes de investigación intermediada por los intervinientes, carece de un mayor control de esta en cuanto a su calidad e integridad, pues tiene una información parcial y de menor calidad....”

Comentario: En este fallo, la C. de Ap. de Valparaíso y más allá de la Doctrina del “Fruto del árbol envenenado”, se pronuncia afirmativamente no solo sobre el deber sino de la obligación que la ley le impone al TOP en orden a filtrar la prueba ilícita, al ser esta obtenida con infracción a las garantías constitucionales, tratados ratificados por Chile y que se encuentran vigentes y al propio CPP. Señala que la prueba ilícita es un problema, no solo de admisibilidad, sino de valoración de la misma. Señala que es en la audiencia de juicio donde puede quedar más de manifiesto “el vicio que adolece una determinada prueba”. Incluso más, este fallo señala que el J. de G. enfrenta la prueba “sin posibilidad de un mayor control de esta, en cuanto a su calidad e integridad.....con una información parcial y de menor calidad”. Ello, en mi opinión, pone al TOP en una posición expectante frente a la posibilidad de un segundo y más efectivo filtro respecto de la prueba pericial dentro de la función de valoración. No debemos olvidar, por otro lado, que las actuaciones de la policía corresponden o deben corresponder a “metodología científica policial”¹¹, criterios cuya ausencia según la óptica de la regla de Evidencia 702 infraccionan los principios de confiabilidad y metodología correcta, situación que se da en la especie. En el caso, la Corte no da a lugar al Rec. Nul. interpuesto por el MP porque, más allá de ejercer un control jurisdiccional permanente en concordancia con derechos constitucionales y tratados internacionales y de acuerdo con el criterio Daubert, el tribunal de la instancia ejerce en definitiva un rol de guardián para excluir testimonio experto, desde luego ilegalmente obtenido, por ende inconstitucional y eventualmente no confiable.

2.3 C. de Ap. de Santiago- tercera Sala- RIC 335/2011- Res. 84.296- fecha 26/04/2011- Rec. Nul. interpuesto por el MP- acogido- delito: microtráfico art. 4 ley 20.000- materia:

¹¹ Kumho Tire Co. V. Carmichael, 119 S. Ct. 1167, 1178 (1999) (estableciéndose que “nadie niega que un experto pueda llegar a una conclusión a partir de un cúmulo de observaciones basado en experiencia extensa y especializada.”)

Corte reconoce conocimiento científicamente afianzado sobre base de metodología internacionalmente aceptada .

Contexto: En esta causa sobre microtráfico, art. 4 de la Ley 20.000, el MP interpone el presente recurso por las causales 373 b) en relación a los arts. 1,4, 43 y 63 de la Ley 20.000 374 b) en armonía con el art. 342 c) y 297 y en subsidio 374 g).

Un policía, previa autorización judicial y actuando como agente revelador, ingresa al domicilio de la acusada comprándole dos papellitos de cocaína. Luego de ello, procede a su detención encontrándose en dicho domicilio 56 gramos de pasta base. El MP presenta como prueba declaración de los funcionarios, prueba pericial consistente en protocolos de análisis de droga e informe de tráfico y acción ISP. El TOP señala no haberse acreditado que la sustancia es cocaína, por la ausencia de determinación de grado de pureza de la droga. El MP señala que el TOP eleva a exigencia del tipo penal un elemento que no tiene: determinación del grado de pureza de la sustancia. El recurrente, en la segunda causal, señala que el TOP falla contra informe pericial científicamente validado sobre acción y tráfico. El ISP, en su anexo, determina a través de metodología científica que todo grado de cocaína es peligrosa para el organismo humano “...Señala, el impugnante, que se falla contra informe científico expreso, que refiere que la cocaína cualquiera sea su porcentaje, produce efectos dañinos.....” Señala el fallo de Corte en el considerando Octavo: “...Fundada su causal el recurrente en la circunstancia que el tribunal a quo, en los considerandos séptimo, octavo, decimo y duodécimo, efectúa un verdadero examen y pronunciamiento sobre la admisibilidad de la prueba del Ministerio Público, declarándola ilícita y vulneratoria de garantías, a pesar del claro contenido del artículo 276 del Código Procesal Penal que indica que, el competente para conocer y resolver dicha materia es el Juzgado de Garantía”.

“...Que, en igual sentido, no puede desconocerse el aporte científico que significa el informe del ISP que obra en autos mediante su lectura, elemento probatorio cuya omisión conlleva necesariamente desconocer la evidencia de un análisis de naturaleza científica e indubitado en materia de análisis de droga”.

Comentario: Según la Corte, el TOP falla contra conocimiento científico experto lo que infracciona los principios Daubert de confiabilidad y metodología científicamente correcta.

En este caso, la tesis del MP descansa sobre la noción de conocimiento científicamente afianzado sobre una metodología de validez internacionalmente reconocida. Señala que el TOP “hace un verdadero pronunciamiento sobre admisibilidad de la prueba de la Fiscalía, declarándola ilícita a pesar del artículo 276”. Es destacable el criterio de la Corte, en cuanto a considerar criterios de relevancia, (relación con los hechos de la causa) y en particular de confiabilidad y metodología correcta desde el punto de vista científico, como se destaca en la última cita de la sentencia. Son dos los momentos en que la Corte destaca la importancia del carácter científico de la prueba pericial, concordante con nuestro art. 314 inciso tercero del CPP, en cuanto a que “...los informes deberán emitirse con imparcialidad, ateniéndose a los principios de la ciencia o reglas del arte u oficio que profesare el perito...” lo que nos lleva a su vez al requisito de confiabilidad del peritaje, vale decir, que la labor que el perito realiza sea el producto de principios y métodos confiables, esto es, basado en metodología correcta, conocida, testeable y aceptable por la comunidad científica. Así las cosas la Corte, en este caso, opta por evidencia confiable, fiable, con validez científica para determinar la naturaleza de la sustancia ilícita, más allá del expediente de la exclusión alegada vía art. 276 del CPP por el MP. Resulta, por otro lado, de importancia que el argumento esgrimido por dicho organismo, en un recurso de Derecho estricto como el de Nulidad, se base en un fundamento relativo a la metodología de análisis químico, ciencia dura, lo que resulta determinante en el resultado de este recurso de nulidad.

2.4 C. de Ap. de Valparaíso- tercera sala- RIC 1595/2013- Res. 140.284- fecha 17/12/2013- Rec. Nul. interpuesto por la defensa- acogido- delito: homicidio calificado (por agravantes premeditación y alevosía)- materia: MP no logra acreditar por medio de pericial ADN elementos objetivos de las agravantes. De esta manera la Corte, en los hechos, testea la prueba de cargo desde la óptica objetiva de los criterios Daubert, en particular confiabilidad y metodología correcta.

Contexto: esta es una causa en donde el TOP de San Felipe condena al acusado a la pena de 20 años de presidio mayor, en grado máximo, por el delito de homicidio calificado (premeditación y alevosía). Causales del recurso son las del art. 373 a) y en subsidio 374 e), en relación al art. 342 letras c), d) y e), todos del CPP, interpuesto por la defensa en cuanto a la no concurrencia de las agravantes. Conviene aludir brevemente a los hechos del

auto de apertura: el acusado, habiendo ingresado en el asiento posterior del automóvil de la víctima, procede a darle tres cortes en la garganta quemando con posterioridad el vehículo con la víctima en su interior. La cuestión aquí es la configuración, mediante la prueba pericial incorporada por el MP, del elemento objetivo de las circunstancias modificatorias de responsabilidad: premeditación y alevosía. En definitiva la falta de prueba pericial científica hace que el recurso de nulidad se acoja por la causal 374 e).

La Corte acude al criterio de diferenciar “lo accesorio de lo principal” en una probanza (pericial), señalando que *“debe estarse al contexto general de toda la prueba producida, de lo que se colegirá cuáles son los aspectos relevantes respecto de los cuales se hace necesario afianzar la convicción”* El fallo da un criterio: si hay solo una prueba Pericial científica sobre un hecho deberá ser analizada en profundidad, en cambio, si son varias las pruebas la convicción deberá o no surgir del conjunto de las mismas. En el siguiente considerando, se enfatiza la importancia de prueba pericial científica, para acreditar la existencia del hecho punible y participación del acusado : *“...Décimo cuarto: Así, para establecer la identidad del cuchillo como arma homicida, se tiene a la vista que se encontró en este sangre del imputado, pero además se tuvo a la vista declaraciones periciales, de acuerdo a las cuales para realizar el corte fatal con ese instrumento, no era necesario utilizar más que una fuerza media....”*

En cuanto a la Pericial (ADN) para acreditar la alevosía la Corte refiere *“ Cuadragésimo: También la sentencia recurrida se aleja del debido perfilamiento de la alevosía, al argumentar que el hechor se proveyó de un cuchillo filoso -lo que a juicio del juzgador ad quo ilustraría su ánimo de matar sobre seguro- mientras que, por el contrario, de proponerse el imputado una acción “segura” sin riesgo propio, no habría optado por un instrumento tan atávico cuyo uso requiere cierta destreza y que, por añadidura –como aparece en los antecedentes de la causa-, le supuso al agresor sufrir heridas en sí mismo, circunstancias que, por lo demás, posibilitó identificarlo con el examen de ADN, practicado en la sangre encontrada en el cuchillo, que resultó ser suya”*.

Así las cosas y de acuerdo a la Prueba Pericial tenida a la vista que no logra acreditar las condiciones objetivas de las calificantes, la Corte declara la nulidad de la sentencia en virtud del 373 letra b)

Comentario: de la lectura de la sentencia se concluye que no se acredita, con la prueba pericial valorable como conocimiento científicamente afianzado, el elemento objetivo de las agravantes invocadas por el MP por cuanto, “si el autor quisiera actuar sobre seguro”, habría utilizado otra arma que no requiriera un grado de experticia que el acusado no tenía, y que no constituyera un peligro para sí mismo como en definitiva ocurrió. Recalca el fallo la importancia de la prueba pericial de ADN del acusado, para acreditación de su participación, el de identidad del arma homicida y para acreditar el grado de fuerza requerido para cometer el crimen. La misma pericial hace desestimar, a la Corte, la concurrencia de los elementos objetivos de las agravantes invocadas. Resulta interesante que dicho tribunal, mediante prueba pericial científica y de ADN, (quizás la prueba pericial científica por excelencia, por cumplir la mayor exigencia metodológica científica a nivel internacional), determine participación del acusado (mediante las manchas de sangre en el arma) además de su impericia en el uso de dicha arma, por lo que determina el no actuar “sobre seguro” resolviendo así sobre el tema de las calificantes del delito. Ello nuevamente nos remite a la FRE 702 en cuanto al requisito de relevancia, en cuanto a la utilidad para el juzgador de la prueba pericial en orden de establecer verdad o falsedad de los hechos alegados por los intervinientes, de confiabilidad, en cuanto a que dicha prueba utilice metodología científicamente correcta y los requisitos de esta última.

2.5 C. de Ap. de Valparaíso- quinta sala- R.I.C. 824/2008- Res. 34.891- fecha 15/09/2008- Rec. Nul. interpuesto por la defensa- rechazado- delito: fraude al Fisco- materia: la Corte reconoce mayor credibilidad a Pericial caligráfica del MP, en base a su mayor peso técnico y metodológico que el presentado por la defensa. Se valora un determinado “arte u oficio” suficientemente respaldado.

Contexto: Es una causa por el delito de Fraude al Fisco, en que el TOP de Valparaíso condena a la acusada a una pena de 541 días de presidio menor en grado medio, y multa del 30% del perjuicio causado e inhabilitación especial perpetua para ejercer cargos y oficios titulares. El Rec. Nul. es interpuesto por la defensa ante la Excelentísima Corte Suprema, causales 373 a) y reconducido a la C. de Ap. en virtud de las causales 374 letras a) y e), en armonía con el art. 342 letra c) todos del CPP. La defensa en el recurso señala que el TOP ha excedido sus facultades en cuanto a la valoración de la prueba pericial al requerir “prueba sobre prueba” vale decir una verdadera “metapericia” sobre la pericia caligráfica

planteada por el MP, sin atender a criterios de racionalidad y justicia, vulnerando el principio del debido proceso toda vez que se ha exigido probar la prueba rendida

El principal documento que incriminaba a la acusada era un memo interno, respecto del cual la defensa había alegado la falsificación de la firma. Dicho documento fue objeto de peritajes tanto por el perito del MP como el de la Defensa. Este último, con menor experiencia que el primero, profesor de grafología y quien utilizó en su pericia mayor número de instrumentos de precisión, al cotejar la firma con 3 o 4 documentos coetáneos de firma indubitada, cosa que no ocurrió con la segunda perito. En suma el perito del MP utilizó mayor cantidad de herramientas técnicas y metodología científicamente validada.

Por estas razones los jueces del TOP desestiman la pericia de la defensa, prefiriendo la presentada por el MP. Razonamiento que no vulnera, antes bien confirman, los límites establecidos en el art. 297 del CPP, principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados. Claramente, entre un informe pericial caligráfico cotejado con firmas coetáneas indubitadas, reconocidas por la acusada y un informe pericial elaborado con firmas estampadas en documentos no reconocidos en juicio, la lógica conduce a dar mayor valor al primero que al segundo, no siendo vulneratorio de las reglas del debido proceso.

Comentario: la Corte, en este fallo, desestima el recurso de la defensa, aludiendo a requisitos técnicos y metodológicos que se advierten en la prueba pericial caligráfica de cargo. Principio similarmente aplicado en Estados Unidos de Norteamérica en jurisprudencia generada por influencia de Daubert.¹² La C. de Ap. no solo se inclina por el perito del MP por su mayor experticia o idoneidad, sino también por su experiencia, y porque este utiliza en la pericia, un mayor número de instrumentos de precisión, mayor cantidad de muestras comparativas e indubitabilidad de la muestra de cotejo; “... *utilizó mayor cantidad de elementos o herramientas técnicas, los que son necesarios para un acabado análisis de la firma...*” La Corte, en el fondo, alude al criterio de Confiabilidad en relación a metodología correcta. Esto es concordante con la FRE 702 letras b) y c). Coloma y Agüero aluden a criterios de objetividad respecto de ciencias sociales y humanas al

¹² United States v. Jones, 107 F. 3d 1147 (6th Cir. 1997) (no existe abuso de discrecionalidad del juez al admitir el testimonio de un perito respecto de escritura a mano si aquel posee años de experiencia práctica y un gran entrenamiento explicitado su metodología en detalle)

establecer cuatro criterios: experiencia, actualización del perito, desempeño precedente del perito, capacidad de la pericia de contextualizar una práctica en profundidad y capacidad de la pericia para describir una población o muestra en detalle. (Coloma, Agüero, et al., 2014, p. 13).

La presente sentencia es concordante con los principios Daubert proyectados en la jurisprudencia *Kumho Tire Co. V Carmichael (1999)*. Dicho fallo estableció que un experto puede llegar a una conclusión a partir de un cúmulo de observaciones basado en experiencia extensa y especializada. Señaló también que los principios de confiabilidad y metodología correcta pueden perfectamente ser aplicados a ámbitos probatorios distintos del testimonio experto propiamente tal, como nuestra Corte hace respecto del peritaje caligráfico basado en experiencia acreditable y reconocida por la comunidad científica como también metodología científicamente sólida. Nuestra C. de Ap. se inclina por una metodología objetiva y no subjetiva, concordando con los principios de metodología científicamente correcta, sentado en los Estados Unidos de Norteamérica desde Daubert.

2.6 C. de Ap. de Valparaíso- primera sala- RIC 446/2013- Res. 42.696- fecha 14/05/2013- Rec. Nul. interpuesto por la defensa- acogido- delito robo con intimidación- materia: Corte revoca el fallo del *a quo* por contradecir, en forma directa, prueba pericial científica sobre el arma incautada. Acoge criterio de metodología científicamente correcta.

Contexto: esta Causa proviene del TOP de Viña del Mar, delito de Robo con Intimidación, acusado es condenado en calidad de autor, en grado de consumado con una pena de cinco años y un día de presidio mayor en grado mínimo. Recurso interpuesto por la Defensa por haberse vulnerado lo previsto en el art. 297 del CPP, faltándose en la valoración de la prueba a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los principios científicamente afianzados, en cuanto al establecimiento del delito y grado de participación del sentenciado, lo que le causa un perjuicio sólo reparable con la nulidad del fallo y juicio en que recayó.

La víctima es un carabinero de civil y el hecho ocurre a una cuadra de distancia de la Comisaría. El recurso destaca que el hecho delictivo y la participación se acredita solo por los dichos de la víctima y de sus testigos de oídas, con múltiples contradicciones entre

estos. Además devela un erróneo análisis de la prueba, en donde se vulneran principios científicamente aceptados:

“Considerando Cuarto: Que, en el análisis de la prueba se vulneraron principios científicamente aceptados; en efecto, del examen pericial del arma blanca incautada no aparece huella alguna que permita concluir que dicha arma haya estado en manos del acusado, siendo éste el único instrumento material que vincularía al acusado con el ilícito....”. *“Considerando Quinto: Que, del análisis del fundamento séptimo, aparece que los sentenciadores dan por probado que la cortapluma encontrada en poder del acusado es la que usó el hechor al intimidar a la víctima, lo que contradice claramente el informe pericial... de modo que, en definitiva, la sentencia al no considerar el peritaje y notar la diferencia entre ambas armas, ha dado por cierto que esa arma fue usada por el sentenciado, constituyendo ello una vulneración a la norma del artículo 297 del Código procesal Penal...”*

De esta forma, basándose fundamentalmente en informe pericial, la Corte declara que la sentencia ha incurrido en la causal de nulidad del art. 374 e) en relación a los arts. 342 y 297 del CPP.

Comentario: el fallo es destacable, por cuanto a diferencia de otros fallos revisados, en este caso la Corte ratifica el testeo de la Prueba Pericial. El arma blanca, único elemento inculpatario del acusado, carece de huella alguna que conecte a este con el delito lo cual desdibuja su participación; es más, la especificación misma del tipo de arma blanca es disímil entre la Prueba Pericial (navaja plegable) y víctima y sus testigos (que refieren una cortaplumas). La Corte lee adecuadamente el Informe Pericial como prueba científica y le asigna mayor peso en relación a otros medios de prueba que incorpora la Fiscalía, primando el concepto de conocimiento científicamente afianzado con una base metodológica sólida. Es una Pericia, al tenor de la FRE 702 c) “producto de principios y métodos confiables”. En resumen, la Corte se basa para invalidar la sentencia del *ad quo*, en la noción de conocimientos científicamente afianzados establecido en nuestro art. 297 del CPP, que incorpora los criterios Daubert, y que armoniza a su vez con el requisito de relevancia de la FRE en cuanto a relación lógica y de utilidad del medio de prueba, así como de suficiencia de los hechos o datos en que se basa la prueba pericial y confiabilidad en la aplicación de la

metodología científica a los hechos del caso ((FRE a, b y d). En las sentencias dictadas por los Tribunales de Canadá, Australia, Puerto Rico y otros países no se advierte, como tampoco ocurre en Chile, una alusión nominativa a “*criterios o principios Daubert*”. En definitiva, la C. de Ap. se inclina por prueba pericial basada en metodología científicamente correcta la que no fue, en ningún momento, rebatida por el MP en el momento procesal correspondiente.

2.7 C. de Ap. de Valparaíso- tercera sala- R.I.C. 2283/2016- Res. 23.299- fecha 31/01/2017- Rec. Nul. interpuesto por el MP- rechazado- delito: estafa materia: Corte rechaza el recurso por ausencia de informe pericial científico que acredite el elemento objetivo del hecho punible. Ausencia de metodología científicamente correcta.

Contexto: la causa se inicia por delito de estafa, consignado en el art. 468 en relación al 467 ambos del CP. Interpone recurso de nulidad el MP en virtud de causal 374 letra e) en consonancia con los arts. 342 letra c) y 297 todos del CPP, por haberse infringido en la sentencia las exigencias de valoración y fundamentación de toda la prueba, sin contradecir principios de la sana crítica. En particular, aquí el asunto se centra en las máximas de la experiencia en materia comercial y la diferencia que debe plantearse respecto de la simple costumbre.

En primer lugar: “... *Que, el recurso de nulidad impetrado se sustenta en que el fallo impugnado infringe el artículo 297 del Código Procesal Penal, en cuanto a la obligación del sentenciador de hacerse cargo de toda la prueba rendida y valorarla sin contradecir los principios de la sana crítica, y que su fundamentación permita el razonamiento del tribunal para arribar a su decisión...*”

Señala el recurso “...la sentencia impugnada no se ha hecho cargo de toda la prueba, testimonial y documental...” por su parte el TOP señala no haberse superado las dudas en cuanto a los hechos, sumado a que la falta de convicción respecto del elemento engaño, propio de la estafa, impiden llegar a la convicción necesaria para condena solicitada.

La Corte estima que el recurso confunde “práctica o costumbre comercial” con “máxima de la experiencia” entendidas estas como las reglas destinadas a orientar el criterio del juzgador, sea directamente (conocimiento general) o indirectamente (que requiere conocimiento experto) y que deben referirse al caso concreto. Estas reglas pueden ayudar al

juez en cuanto a aceptar o rechazar otros medios de prueba. Esto último ocurre en el caso, al existir contradicción con otros medios probatorios.

“...En el fallo impugnado, los sentenciadores justamente han estimado que la prueba ofrecida ha sido insuficiente en relación a los hechos y han echado de menos la prueba pericial en relación a la materia en análisis”

Bajo esa argumentación la Corte rechaza el Rec. Nul. interpuesto por el MP de Viña del Mar

Comentario: esta sentencia es relevante y el Rec. Nul. rechazado porque la prueba de cargo no alcanza el estándar probatorio “más allá de toda duda razonable” por cuanto la práctica comercial, elemento central de la acusación contra la Imputada, es visualizada por parte del MP, como una simple costumbre en cambio la Corte lo ve como Máximas de la Experiencia. Estas, en su elemento objetivo y según la Corte, deben ser acreditadas mediante Prueba Pericial, inexistente en la batería probatoria de la Fiscalía. Así, la Corte señala que requiere un conocimiento científico y especializado para dirimir el caso, prueba confiable y competente. Las máximas de la experiencia, como metodología inductiva que aplica principios generalizados a situaciones concretas, son recogidas por nuestro artículo 297 CPP como forma de valorar la prueba. El MP, en consecuencia, no acredita el elemento objetivo de la máxima de la experiencia a través de prueba científica. En pos de eso el tribunal *ad quo* exige, como cumplimiento de estándar probatorio del elemento objetivo del tipo penal estafa, un medio de prueba relevante, confiable y metodológicamente correcta en relación a la máxima de la experiencia. Desde la óptica del fallo Daubert y la jurisprudencia dictada con posterioridad, las máximas de la experiencia como metodología inductiva al caso concreto, puede y debe recibir el mismo grado de acuciosidad metodológica que la prueba científica propiamente tal, cosa que en este caso la Corte “echa de menos”. Los criterios Daubert a través del fallo Joiner V. General Electric Co. (1997) establecen que no ha de utilizarse una extrapolación metodológica injustificada, y que no debe existir una brecha analítica insalvable entre los datos y la opinión emitida. Dicha brecha analítica tiene que ver, en nuestro caso, con la pseudo aplicación de los principios generales mediante las máximas de la experiencia a la determinación del elemento engaño

del tipo penal estafa. La Corte aplica dicho principio, no como factor de acreditación de un hecho o dato, sino para la determinación de un tipo penal.

2.8 C. de Ap. de Valparaíso- primera sala- RIC 271/2017- Res. 69.568- fecha 31/03/2017- Rec. Nul. interpuesto por el MP- acogido- delito: tráfico ilícito de drogas ley 20.000 materia: Corte revoca el fallo del *a quo* que había absuelto, al no considerar prueba pericial científico química. Verificación empírica de los resultados de una prueba pericial da certidumbre plena de la existencia de un hecho.

Contexto: Se trata de una causa por el delito de tráfico ilícito de drogas, Cannabis Sativa, por el que se formula acusación en virtud del art. 3 de la Ley 20.000, en que el TOP de Viña del Mar absuelve al acusado. Contra dicho fallo recurre el MP, en virtud de la causal principal establecida en el art. 374 e) en relación al 342 letra c) y 297 todos del CPP señalando que, *“...el fallo impugnado da por acreditado que el imputado portaba una sustancia que contiene cannabis sativa, pero no da por establecido que ello sea concordante con la hipótesis del artículo 3 de la Ley 20.000, por lo que no se puede reproducir el razonamiento del tribunal, sin vulnerar el principio de no contradicción establecido en el citado artículo 297”*

Resulta clave, según razona el recurso, acreditar si la sustancia incautada es o no alguna de aquellas que establece el artículo 1 de la Ley 20.000, por remisión del artículo 63 de dicha Ley al Reglamento N° 867, en que consta la Cannabis como sustancia ilícita. La Corte resuelve que *“...con la prueba rendida, en particular la pericial consistente en el informe de drogas evacuado por un perito químico del Servicio de Salud... se da cuenta del resultado positivo para la sustancia indicada... el proceso técnico utilizado es aquel de general aceptación, realizado conforme al método científico, y la conclusión científica a la que arribó es verificable empíricamente, siendo esta labor científica la que determina la naturaleza de la sustancia, por lo que la decisión absolutoria infringe los conocimientos científicamente afianzados...”*

Comentario: Este fallo de la C. de Ap. de Valparaíso se fundamenta en el vínculo causal entre Prueba Pericial Científica, vale decir, un Informe de Estupefacientes llevado a cabo mediante proceso científico técnico con resultados verificables empíricamente, *“...siendo esta labor científica la que determina la naturaleza de la sustancia...”* y la acreditación de

un elemento objetivo básico del tipo penal. Estándares de relevancia, confiabilidad y metodología correcta desde el punto de vista científico son adoptados por la Corte en la revocación del fallo, tomando en consideración este último requisito y en particular los de aceptación general de la metodología en la comunidad científica, peritaje científico aplicado a la droga, como también tasas de error en el procedimiento. Jurisprudencia Australiana como la de Tuite V. The Queen ya se ha referido a la tasa de error al señalar que todo juez debe evaluar la confiabilidad de la evidencia. Concluimos que, el estándar de confiabilidad de la evidencia científica, debe comprender su integridad y, aquella a su vez, depende de su validación¹³

2.9 C. de Ap. de Valparaíso- quinta sala- R.I.C. 1976/2016- Res. 194.415 - fecha 30/11/2016- Rec. Nul. interpuesto por la defensa- rechazado- delito: microtráfico del art. 4 de la ley 20.000 Materia: la Corte rechaza el recurso interpuesto por la defensa, basándose en metodología estandarizada y aceptada internacionalmente, de protocolos de análisis químico y farmacognóstico en que se reconoce existencia de THC.

Contexto: en esta Causa el TOP de Valparaíso condenó al acusado por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, establecido en el artículo 4 de la Ley 20.000, a las penas de 3 años y un día de presidio menor en grado máximo, 10 UTM y accesorias. La defensa recurre en base a la causal del art. 373 letra b) (errónea aplicación del Derecho influyendo sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia).

El Defensor, alude a la ausencia del elemento “pureza” en la Pericial de que fue objeto la droga alegando que, *“...en base a la especificidad de la ley de drogas, la conducta desplegada por su defendido carece de antijuridicidad material, por cuanto la sustancia encontrada en su poder carece de la aptitud necesaria para afectar la salud pública, toda vez que, debido a la insuficiencia de la muestra sometida al correspondiente examen, no se pudo valorar la concentración y pureza de la misma”*

Por un lado, la Corte señala que la pureza de la droga no es elemento integrante del tipo penal y por otro, que se requiere determinar si la sustancia es de aquellas que la ley prohíbe *“...Por lo dicho precedentemente, la presencia de cannabis sativa es suficiente*

¹³ Supreme Court of Victoria, (id)

para calificar la sustancia como de aquellas que constituyen el objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas, así como para afirmar la puesta en peligro del bien jurídico salud pública, cuestión que ocurrió en el presente caso, según se probó con los protocolos de análisis químico y farmacognóstico, incorporados al juicio como prueba de cargo”.

Comentario: Nuevamente, los protocolos de análisis químico y farmacognóstico, en base a metodología estandarizada y aceptada internacionalmente configuran, para la Corte en este caso, la acreditación del elemento material objetivo del hecho punible, único medio de prueba científico que puede determinar la naturaleza de la sustancia en análisis, para luego cotejarla con la lista descrita en la ley. Esta es una jurisprudencia que concuerda con las exigencias impuestas por la FRE 702, en cuanto a confiabilidad y metodología correcta de la prueba. Ello utiliza como sustento normativo el artículo 297 del CPP, para determinar que el tribunal de la instancia no ha fallado contra derecho en cuanto a la valoración que se hace de la prueba pericial científica del MP.

2.10 C. de Ap. de Temuco- primera sala- RIC 1318/2016- Res. 4917- fecha 17 de enero de 2017- Rec. Nul. interpuesto por el MP- rechazado - delito: Microtráfico del art 4 de la ley 20.000 - Materia: la Corte confirma sentencia del *ad quo*, al considerar que la prueba pericial científica basada en análisis cromatográfico, determina que la sustancia incautada no corresponde a la de las señaladas en el Reglamento de la Ley.

Contexto: Se trata de una causa relativa al delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga, previsto y sancionado en el art. 4 en relación al 1 de la ley 20.000. El MP recurre de nulidad en virtud de los arts. 374 e) en armonía al 342 c) y 297 todos del CPP, por cuanto se hizo una valoración de la prueba, según el recurso, contraria a los conocimientos científicamente afianzados. No obstante el Informe Pericial emitido por el Instituto de Salud Pública, arrojó que la sustancia incautada “...correspondía a 25-B-NBOME y no a aquellas contenidas en el Reglamento de la ley 20.000 y, por lo mismo, la conducta del acusado no es susceptible de ser encuadrada en la figura típica del artículo 4 en relación al artículo 1 de la ley 20.000...” Señala la norma, que el art. 63 de la ley 20.000, remitirá a un Reglamento donde se establecen las sustancias referidas en los arts. 1, 3 y 4 de dicha Ley. No obstante que el MP señala que la sustancia incautada es de aquellas establecidas en el Reglamento, derivada de la feniletilamina y que tiene similar composición química al

LSD. El TOP, por un lado, señala que en definitiva no es de aquellas sustancias contenidas en el Reglamento y la Corte, a su vez, que dicho fallo “... *no contradice los conocimientos científicamente afianzados, porque al establecer que la prueba rendida, en relación a la sustancia incautada en el procedimiento, arroja 25-B-NBOME. Lo que hace el Tribunal es establecer que el Ministerio Público no logró acreditar que la sustancia encontrada en poder del acusado, es de aquellas contenidas en el tipo penal de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga, situación sumamente relevante para determinar si la conducta es típica, por cuanto no cualquier sustancia o psicotrópico hace nacer esta figura delictual....*”

Comentario: El fallo de Corte respalda, incluso contra otro medios de prueba incorporados en Juicio, Prueba Pericial consistente en análisis cromatográfico, prueba esencialmente científica basada en método internacionalmente reconocido que arroja, en definitiva, que la sustancia no es de las contenidas en el Reglamento, por tanto la acción no es típica. La alinea, en forma adecuada, con el conocimiento científicamente afianzado como parte de la valoración de la prueba del tribunal, con ausencia de elemento típico. Este fallo resulta concordante con la noción de Confiabilidad de la FRE 702 y con el rol de “guardián” de todo tribunal, principio ya sentado por el fallo Daubert, en cuanto a exclusión de prueba pericial no confiable. Ello nos retrotrae también a las FRE, en cuanto a que la presentación de testimonio experto debe obedecer, no solo a principios y metodología confiable desde el punto de vista científico, sino que estos deben existir en la aplicación de los mismos, en cada etapa, esto es, siempre en concordancia a dicha metodología. En el caso *sub lite*, el análisis cromatográfico constituye una prueba estandarizada e internacionalmente validada que cumple, a su vez, con los estándares de falsabilidad -revisión de pares-tasa de error y reconocimiento de la metodología por parte de la comunidad científica concordando, en suma, con las exigencias de valoración de la prueba del artículo 297 de nuestro CPP.

2.11 C. de Ap. de Concepción- segunda sala- RIC 226/2017- Res. 81.069- fecha 27/04/2017- Rec. Nul. interpuesto por la defensa- rechazado- delito: violación reiterada- materia: la Corte rechaza el recurso de la defensa, al reconocer como correcta la metodología científica utilizada en los test psicométricos SVA y CBCA.

Contexto: Recurso interpuesto contra de sentencia definitiva del TOP de Los Ángeles de fecha 04 de marzo de 2017, por las causales de los arts. 374 e) en relación a 342 c) y 297 todos del CPP, por cuanto se habrían infraccionado las reglas de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicamente afianzados. El fallo del TOP señala “... *para abordar el tema del relato y su credibilidad se desarrolló la metodología desarrollada en el SVA y CBCA, siendo posible identificar, en el caso, 10 criterios de 19. De ello surge que el relato fue claro, espontáneo, sin influencias externas... un discurso coherente... principalmente de esos detalles que entregó, con esos 10 criterios, se podía concluir que su relato es creíbledescartándose, por medio de este mismo instrumento, las hipótesis de engaños, sugestibilidad e incapacidad, por lo que solo la hipótesis de verdad no se pudo descartar*” El CBCA es un instrumento consistente en la aplicación de una lista de 19 criterios de realidad ordenados en 5 categorías, tendientes a analizar el contenido del testimonio del niño(a) y su nivel de ajuste a la realidad, de los cuales 10 aparecieron. Ello, sumado a la aplicación de otros instrumentos Psicológicos y medios de prueba, permiten al TOP superar el estándar requerido para lograr convicción de condena.

Resulta, por otro lado, interesante que la Corte señale que “... *cabe tener presente que el otorgarle o no credibilidad a un testimonio, es parte de la labor propia del rol que los jueces ejercen en la audiencia del juicio oral. El decidir si se le cree o no al testigo es labor exclusiva del juez....*” Dejando en claro que, la labor de la pericial, es una labor de asistencia y colaboración y no sustitutiva de la labor del Juez o del sistema adversarial.

Comentario: en este fallo de Corte, se asigna importancia al fundamento científico metodológico del SVA y CBCA y a sus resultados, como parte de los conocimientos científicamente afianzados, dentro del marco de la actividad de valoración del Tribunal. El fallo es interesante porque, junto con este concepto, considera la ciencia aplicada (SVA y CBCA) “buena ciencia” o ciencia confiable, dentro de lo debatible que pueden ser estos instrumentos de la psicología. Concuera el criterio de la Corte con el desarrollado a partir de las FRE en cuanto a la denominada *Ultimate Issue Rule* o “cuestión sobre la regla decisoria”, la que prohíbe considerar aquella evidencia que invada el ámbito de decisión del tribunal, en este caso en la valoración de los instrumentos psicométricos aludidos.

Nuevamente apreciamos, en este caso, que la Corte considera que dichas herramientas merecen credibilidad desde el punto de vista científico, cuestión sobre la que ha recaído debate en el extranjero, en cuanto al requisito de metodología correcta desde el punto de vista científico y, en particular, respecto de tasas de error y marco de investigación del CBCA, no obstante encontrarse validada en Chile. La Corte, empero, cumple su rol de “guardián” en cuanto a cautelar lo que considera buena ciencia, a la luz de los antecedentes científicos a su disposición.

2.12 C. de Ap. de la Serena- primera sala- RIC 499/2017- Res. 62.122- fecha 30/10/2017- Rec. Nul. interpuesto por MP y Querellante- acogido- materia: la Corte anula el fallo, al no haberse considerado por el *a quo*, ninguno de los informes periciales científicos tales como médico legista, balísticos y químicos.

Contexto: recurso de nulidad interpuesto en virtud de la causal del art. 374 e) en relación al 342 c) y 297, todos del CPP, en el marco de una absolución por los delitos de homicidio consumado y porte ilegal de arma de fuego previstos y sancionados en los arts. 391 N° 2 del CP y 2 b) de la ley 17.798. La dinámica de los hechos se había desarrollado, según el auto acusatorio, en el marco de una gresca suscitada entre victimario y víctima, en donde participa el hijo de éste último y en que el primero golpea en repetidas oportunidades al segundo con la cachá de la pistola, propinándole con posterioridad un primer disparo, prosiguiendo con los golpes con la misma arma, para luego dispararle una segunda vez. Según los recurrentes, el informe pericial de la médico legista, basado en informe de autopsia unido a otros medios de prueba basados en metodología científica, dan cuenta de la dinámica de los hechos solo parcialmente valorada por el tribunal de la instancia, limitándose a señalar que la herida mortal había sido provocada por dicha arma. Informe balísticos, análisis de deflagración química incorporado por peritos y otros, son inadecuadamente valorados por el tribunal de instancia por lo que la Corte anula el fallo. Señala el fallo de Corte, que *“no se advierte una debida valoración de la declaración de la médico legista Dra. K.C. ... en torno al informe de autopsia que le practicara a la víctima, toda vez que la única referencia efectuada por los jueces a quo a sus dichos, en el considerado undécimo de la referida sentencia, se limita a indicar que la causa de la muerte de F.M. fue el impacto de bala recibido, el que provocó la herida principal de tipo homicida y necesariamente mortal; no obstante, los juzgadores del tribunal oral no*

entregan explicación alguna respecto de otras evidencias científicas y objetivas constatadas por la perito, a pesar que ésta aporta elementos importantes sobre la dinámica de los hechos y que corroboran los dichos del menor Y.D.L.T., ya que describe otras lesiones en el cuerpo de la víctima...”

Comentario: el fallo de Corte señala la importancia de la prueba científica basada en metodología técnicamente validada, esta vez para establecer la “dinámica de los hechos”, tanto en su secuencia temporal como espacial. Es una prueba que cumple los estándares de confiabilidad y competencia, en orden de ayudar al juez al establecimiento de los hechos. La Corte aplica correctamente los criterios de relevancia; confiabilidad y metodología correcta desde el punto de vista científico. A su vez los informes de autopsia, informes balísticos, de deflagración química resultan claves para determinar la dinámica de los hechos. En particular, los dos últimos informes aludidos resultan altamente validados internacionalmente. En pos de ello la parte acusadora cumple con acreditar la pertinencia y relevancia de la prueba pericial que presenta, incluso bajo los estándares Daubert. Lo importante es el cumplimiento del requisito de confiabilidad de la prueba pericial por parte del MP bajo los estándares Daubert FRE N° 7 “...c) que el testimonio experto sea producto de principios y métodos confiables... y d) que el experto haya aplicado los principios y métodos a los hechos, del caso de manera confiable...”. Estos elementos reciben recepción, en este caso, a través del artículo 297 de nuestro CPP en cuanto a valoración de la prueba. La Corte, al considerar no solo la confiabilidad de los medios de prueba periciales presentados por la acusadora y querellante, sino en la confiabilidad de su misma aplicación, falla en concordancia a los principios derivados del fallo.

2.13 C. de Ap. de Temuco- primera sala- RIC 10/2018- Res. 8- fecha 01/02/2018- Rec. Nul. interpuesto por la defensa- rechazada- delito: manejo en estado de ebriedad causando muerte, lesiones gravísimas y daños materia: en este caso, la Corte rechaza el recurso de la defensa, al considerar que la pericial científica del MP, en particular la alcoholemia, cumple con los estándares exigidos en los protocolos de la comunidad científica.

Contexto: En esta causa, se acusa al imputado por el delito de manejo en estado de ebriedad ocasionando muerte, lesiones gravísimas y daños y se le condena a una pena de 8 años de presidio mayor en grado mínimo y penas accesorias. La defensa recurre, basándose

en el art. 374 e) en relación a los arts. 342 c) y 297, todos del CPP y ataca la sentencia basándose en un supuesto mal estado del artefacto utilizado para practicar el alcotest, siendo un hecho de la causa que el intoxilazer dio una hora totalmente diferente a aquella en que se practicó el examen. La defensa señala, en el recurso, que “...*el tribunal infringe las normas o conocimientos científicamente afianzados y las máximas de experiencia, toda vez que la máquina de intoxilazer o cualquiera otra análoga no requiere de la introducción de datos a la misma, solo se practica la prueba respiratoria, la máquina imprime el voucher con un resultado, hora y fecha y el funcionario policial llena el nombre y datos del usuario y estampa su firma*”. En este caso, según la defensa, no solo se advierte un mal funcionamiento de la maquina en cuanto a la fecha y hora del funcionamiento, sino que ello podría ser indiciario de una descalibración total del artefacto, lo cual daría un resultado incierto, con la consecuencia de la atipicidad de la conducta. Por otro lado “*La defensa también cuestionó la calidad de peritaje del informe de alcoholemia, que no contiene todas las menciones de la Res. Exta N° 8833 del S.M.L, incumplimiento que ratificado por parte del perito U. de la defensa, sin embargo, el Tribunal le da valor de peritaje, por contener los elementos del artículo 315 del C.P.P...*”. El yerro del tribunal *ad quo* consiste, según la defensa, en asignarle valor al peritaje de alcoholemia por la mera calidad de tal, situación que es rechazado por la Corte.

Comentario: La Corte estima, en este caso, que tanto la prueba respiratoria como el peritaje sobre el informe de alcoholemia son suficientemente confiables, tanto porque se ajustan adecuadamente a los métodos y procedimientos propios de la ciencia que utilizan, cuestión no desmentida con prueba científica por la defensa ante el *tribunal ad quo*, cuanto en la aplicación de dicha metodología al caso concreto. No surgen alegaciones por parte de la defensa en cuestiones de metodología, ni de falsabilidad de la prueba- revisión de parestas de error de la prueba respiratoria o en cuanto a aceptación de la metodología entre la comunidad científica. La defensa alega descalibración del intoxilazer, pero no lo acredita, resultando la impugnación de la Resolución Exenta referida irrelevante. La Corte, así, considera la prueba pericial incorporada por el MP prueba objetiva, en donde confluye no solo testimonio experto sino que instrumental científico. Por otro lado, el MP al no ser desacreditada su prueba pericial en la instancia correspondiente, cumple con su deber de acreditar la pertinencia o relevancia de su propia prueba. En suma, la Corte se inclina por

una prueba pericial basada en metodología científica constituyendo ciencia dura y, además, en los protocolos en que la comunidad científica haya convenido para la aplicación y evaluación de una prueba científica. La validez y confiabilidad de la prueba pericial aplicada, son constructos basados en su propia metodología la que no es impugnada por la defensa.

2.14 C. de Ap. de Valparaíso- segunda sala- RIC 1541/2018- Res. 12- fecha 17/08/2018 – Rec. Nul. interpuesto por la defensa- acogida- delito: abuso sexual infantil - Materia: la Corte acoge el recurso de la defensa, puesto que la metodología utilizada por la prueba de cargo (SVA y GEA5), no se apega a las máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados de la ciencia psicológica.

Contexto: Este fallo surge de una causa consistente en dos delitos de abuso sexual infantil, siendo condenado el acusado a penas de 5 años y un día de presidio mayor en grado mínimo, inhabilidades y accesorias, recurso interpuesto por la causal del art. 374 e) en relación al 342 c) y 297, todos del CPP. Por un lado, el recurso señala que se incorpora en juicio prueba documental que es, en realidad, testimonial; señalando también que *“en relación a la prueba pericial en especial la de la psicóloga B.F., “derechamente la valoración que efectúa el tribunal atenta contra el artículo 340 del Código Procesal Penal en relación a los artículos 297 y 342 letra d), porque la metodología utilizada (SVA y GEA5), no se apega a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicamente afianzados de la ciencia (psicológica) que profesa y, por lo demás, ser improcedente desde el punto de vista técnico, por no ser acogida en la comunidad científica, la aplicación y procedencia de peritaje psicológicos de credibilidad de relato respecto de adolescentes ”.*

Comentario: El recurso ataca directamente la metodología científica realizada en el informe pericial del MP lo que, a la postre, será acogido en el fallo de nulidad. Es interesante que el recurso sostenga que, la Pericial Psicológica realiza un análisis de veracidad de relato de la víctima, en consecuencia que lo que se requiere es una determinación de los hechos acaecidos. En definitiva, los jueces no pueden valorar prueba por íntima convicción, sino por sana crítica debiendo estos sustentarse en pericia probatoria.

Esta jurisprudencia destaca que la información ingresada a juicio por la perito psicóloga del MP no aporta información basada en principios fieles a la disciplina que profesa, en un doble sentido: la metodología no es correcta según la comunidad científica internacional y tampoco es aplicada según una metodología confiable, por lo que dicha evidencia es excluible, no sólo por falta de necesidad de conocimiento experto sino que además por falta de confiabilidad. La inexistencia de consenso, en el ámbito internacional, respecto de la capacidad de la psicología en orden a determinar si alguien miente o dice la verdad ha sido ampliamente establecido, como ha ocurrido en numerosa jurisprudencia norteamericana, la que ha reconocido problemas de confiabilidad a este tipo de peritajes en particular al SVA, y en cuanto al CBCA falencias en tasas de error. En este caso, el art. 297 del CPP permite a la C. de Ap., valorar la prueba de acuerdo al concepto de “conocimientos científicamente afianzados”, lo que permite determinar el grado de confiabilidad de la evidencia incorporada en juicio. En su calidad de “concepto válvula” este permite, atendida la incesante y cada vez mayor expansión del conocimiento científico, ampliarse permanentemente a nuevos ámbitos del conocimiento. Surgen, al análisis, instrumentos psicométricos de validez discutida, resultando de especial cuidado que el interviniente que los presenta pueda acreditar en toda etapa procesal y en particular en la de Juicio Oral en lo Penal, antecedentes suficientes de confiabilidad. En suma, la Corte considera, en la valoración de la prueba pericial, los criterios de relevancia o real utilidad para la comprensión de los hechos, de confiabilidad, o sea la aplicación al peritaje de los principios y metodología propia de la ciencia o arte de que se trate y metodología correcta desde el punto de vista científico.

2.15 C. de Ap. de Valparaíso- tercera sala- RIC 1617/2017 – Res. 11- fecha 27/09/2017- Rec. Nul. interpuesto por el MP- acogido- delito: Tráfico de estupefacientes ley 20.000 materia: la Corte acoge el recurso del MP al señalar que, la prueba pericial psicológica aportada por la defensa y que hace recalificar el delito a falta del art. 50 de la misma ley, ha excedido el ámbito de su competencia pericial.

Contexto: La causa emana desde el TOP de Valparaíso que condena al acusado, previa recalificación hecha desde el delito de tráfico contemplado en el art. 3 de la ley 20.000 al de falta del art. 50 de la misma ley, a la pena de 10 UTM en virtud de lo cual el MP recurre de nulidad en virtud de la causal establecida en el art. 374 e) en relación a los arts. 342 c) y

297, todos del CPP. Los principios que se estiman amagados, según el recurrente, son los principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados y, por tanto, la sentencia no da fundamento suficiente. En lo que a este análisis interesa, el recurrente reprocha al fallo de la instancia, haber dado validez a la Pericia Psicológica practicada al acusado, que estimó importante el elemento pureza de la cocaína *“...en cuanto a que, si la pureza es baja se aumenta la cantidad de droga que se consume y si la pureza es en torno al 13%, se puede llegar a consumir como 20 o 25 gramos de la sustancia....”* Ello dice directa relación con la recalificación de la causa que realiza el ad quo, por cuanto estima, atendiendo a la baja pureza de la droga, la mayor necesidad de cantidad, las que no necesariamente estarán destinados al tráfico.

Comentario: la falta de especificidad respecto de la cantidad de la droga que consumiría diariamente el encartado, es una información que proviene de Informe Pericial Psicológico que *“...excedió la finalidad de la pericia¹⁴ y que la propia sentencia situó como una “evaluación psicológica”. Si ese era el motivo de la comparecencia del perito al juicio oral, no se advierte -dado que el fallo no lo explica- el fundamento científico para que el citado profesional emitiera una opinión relativa a los efectos de la pureza de la cocaína en el organismo con pretensiones de generalidad, y cómo podría ello ser considerado por el tribunal, para arribar a la conclusión de que el imputado podía consumir la totalidad de la droga encontrada en su poder en el término de 5 días...”*. Vale decir, el fallo de la Corte, en este caso, pone en evidencia la falta de “fundamento científico” del Informe que, en primer lugar, yerra su objeto en cuanto a no ser en realidad un informe psicológico, sino referirse a la relación entre porcentajes de pureza de la droga sin la adecuada metodología para ello.

Lo que la Corte considera, en este fallo, a efectos de acoger la nulidad interpuesta por el MP, dice relación con la cuestión de confiabilidad que encontramos en el Fallo Daubert, en cuanto a evitar que los expertos desarrollen su declaración específicamente para fines de esa litigación. Junto a ello se destaca, en el fallo de Corte, el requisito de idoneidad del perito, significando ello no sólo una cuestión de antecedentes profesionales, sino de aplicación de metodología científicamente correcta y confiablemente aplicada desde la

¹⁴ Caso Kumho Tire Co. Ltd. V. Carmichel (1999) referida a Pericias consideradas inadmisibles por exceder el marco de su competencia científica o basarse en conocimiento no científico.

pregunta ad initium hasta la conclusión. Además, toma como elemento fundamental, el que los principios sean aplicados confiablemente como señalan los principios Daubert. La C. de Ap., al revocar el fallo de primera instancia, establece implícitamente la necesidad de una relación causal entre principios, metodología y conclusiones, cosa que en el Informe Pericial Psicológico no se advierte, partiendo de una hipótesis de inicio equivocada. Concuere ello con jurisprudencia norteamericana influenciada por Daubert que señala como factor relevante para estimar confiable una prueba pericial, que el experto no haya utilizado una extrapolación injustificada, partiendo de una premisa aceptada para llegar a una conclusión infundada.

2.16 C. de Ap. de Concepción- segunda sala- RIC 346/2015- Res. 78.087- fecha 26/06/2015- Rec. Nul. interpuesto por la defensa- acogido- delito: homicidio frustrado- materia: la Corte acoge el recurso de la defensa, ante la ausencia absoluta no sólo de prueba pericial científica, sino de trabajo científico en el sitio del suceso por parte del MP.

Contexto: Esta Causa surge del delito de homicidio frustrado en la persona de un menor, a que es condenado el imputado a una pena de 5 años y un día de presidio mayor en grado mínimo y accesorias. La defensa recurre en virtud de la causal establecida en el art. 374 en relación a los arts. 342 letras c) y d) y 297 todos del CPP. La dinámica de los hechos se desenvuelve en torno a que el imputado habría disparado en 5 oportunidades a las víctimas, impactos que dan en la carrocería del automóvil. El imputado en los hechos, otro menor de edad, saca los proyectiles de la carrocería y los pierde. La ausencia de prueba de cargo, más allá de testimonios indirecto de la madre del menor, de testigos de oídas y funcionarios aprehensores, es total. No hay trabajo científico en el sitio del suceso, ni prueba pericial, no hay evidencia propia de una investigación de homicidio por arma de fuego “...*No se encontró el revólver calibre 38 que refiere la víctima, no se encontraron municiones ni proyectiles percutidos o casquillos o vainas. No se efectuaron pruebas científicas de carácter químico para determinar la presencia de residuos de iones nitritos que permitan corroborar que los daños del vehículo hubiesen sido causados por un proyectil balístico y no por otro elemento...*”. En suma, no hay evidencia científica que vincule al acusado con el sitio del suceso y ni siquiera con la supuesta arma utilizada o su posesión.

La sentencia del TOP no da razón suficiente para descartar que los daños hayan proveniendo de otra fuente que la de los disparos, supuestamente realizados por el acusado. Incluso descarta la necesidad de Pericial Balística y Química, por el solo hecho que el proyectil había sido removido de la carrocería. La Corte estima que “...se ha valorado la prueba a través del sistema de íntima convicción y no por la sana crítica racional que exige el Código Procesal Penal, para imponer a los jueces la obligación de fundar sus decisiones, haciendo explícitas las razones que la han motivado teniendo, como único límite, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Comentario: la importancia de este fallo es que la C. de Ap. da por sentado la necesidad de prueba científica sobre la base de metodología reconocida por la comunidad científica, con el objeto de establecer la existencia del hecho punible, su dinámica y participación del acusado. The National Institute of Justice ha señalado que, *la evidencia forense juega tres importantes roles en el proceso judicial: a) establece los elementos de un crimen b) asocia o no un acusado con un crimen y c) reconstruye un crimen o la escena de un crimen.* (Peterson, 1987, p. 1)¹⁵

En este caso, resulta evidente lo adecuado de la decisión de la Corte al anular el fallo de la instancia, ante la inexistencia casi absoluta no sólo de prueba pericial científica, sino de las diligencias investigativas mínimas propias de este tipo de casos. Resulta claro, en un sistema adversarial como el nuestro, que la carga de la prueba, en cuanto a responsabilidad y participación criminal corresponde al MP en virtud del principio de inocencia. Así también es de su carga, el acreditar la pertinencia o relevancia del testimonio experto que presenta concordantes con lo establecido por la FRE 104 de los Estados Unidos de Norteamérica, cosa que en el caso *sub lite* no acontece en absoluto. En suma, la Corte advierte en forma adecuada la inexistencia de evidencia relevante al caso, confiable y metodológicamente correcta.

¹⁵ Evidencia Forense en el Proceso de Justicia Criminal: Una de las más resaltantes conclusiones de esta investigación se señala que la Policía es tres veces más eficiente en aclarar casos cuando la Evidencia científica es recopilada y analizada adecuadamente y los Fiscales son menos propensos a llegar a acuerdos si la evidencia forense fuertemente asocia al acusado con el crimen y, consecuentemente las sentencias tienden a ser más severas.

2.17 C. de Ap. de Valparaíso - tercera Sala - RIC 2266/2016 - Res19.593 - fecha 27/01/2017- Rec. Nul - Interpone Defensor Penal Publico – Rechazada.

Contexto: se trata de una causa por tráfico ilícito de estupefacientes ante el TOP de Valparaíso, art. 3 de la Ley 20.000, que condena al acusado a 5 años y un día. La Defensa recurre de nulidad, en base al art. 373 b) del CPP en relación a los arts. 3 y 1 de la Ley 20.000 señalando que, el MP acompañó en audiencia de Juicio Prueba Pericial, evidencia consistente en Protocolo de composición química de la droga (THC) que, en base a la especificidad de la ley, carecía de la cualidad necesaria para dar por acreditado antijuridicidad material en el caso, esto es que la droga descubierta es verdaderamente un peligro para la salud pública, pues no establecía su grado de pureza.

El TOP manifiesta, en su sentencia, que *“...en el informe acompañado se denota la presencia de cannabinoles y delta 9 tetrahidrocannabinol, estimando que la sustancia puede dañar la salud pública...”*. Por su parte, la Defensa señala *“...que la ausencia de un informe que dé cuenta del grado o valor de pureza de la droga, impide considerar a la misma como de aquellas previstas en el inciso 1º del artículo 1º...”*

La Corte manifiesta *“...que ninguna disposición legal ni reglamentaria se pronuncia ni exige porcentaje o composición alguna de la droga, bastando con identificar la naturaleza de la misma conforme al reglamento, para que concurra el objeto material del delito...”*. *“... En la especie, habiéndose detectado en los análisis respectivos la presencia de THC, y estando ésta sustancia expresamente contenida en el artículo 1º del Reglamento de sustancias, no puede considerarse sino como de aquellas que causan grave daño a la salud pública...”* y que *“... si el protocolo de análisis no contiene todas las menciones del artículo 43, no puede sostenerse que no ha habido prueba al respecto por ese solo hecho, dado que el tribunal, conforme al principio de libertad probatoria imperante en el actual sistema, puede obtener la convicción que la sustancia de que se trata es de aquellas prohibidas y nocivas por cualquier otro medio que conforme a su experiencia, a los principios científicamente afianzados y las reglas de la lógica que le resulten convincentes”*.

Comentario: este caso nos lleva, en lo que nos interesa, nuevamente al tema de la confiabilidad de la prueba y de la metodología científicamente correcta. La Corte explica su fallo desde la lógica de considerar el art. 43 de la Ley 20.000 una norma simplemente administrativa y, por otro, de la plena libertad probatoria que establece el art. 297 para que el Juez adquiriera convicción. La prueba pericial científica, acompañada por el MP, cumple efectivamente los estándares internacionales de validez y confiabilidad en este tipo de instrumentos, para determinar la presencia de THC en la sustancia incautada y constituye un protocolo científicamente afianzado en el primer mundo. Los informes practicados cumplen exigencias de relevancia; confiabilidad y metodología correcta desde el punto de vista científico. La pretensión de la defensa, en realidad, apunta a modificar vía recurso de nulidad, el criterio de valoración de la prueba pericial de cargo, pero no por vía de atacar la metodología correcta desde el punto de vista de la ciencia, sino más bien a través de alegación de atipicidad de la conducta desplegada por el imputado. La pregunta que pretende hacer la defensa es si la droga incautada tiene la aptitud para transformarse en una infracción al Bien Jurídico Salud Pública. La respuesta de la Corte en este caso fue, que se considera suficientemente acreditado el hecho mediante la metodología científicamente correcta.

3.- Jurisprudencia que no acoge, sea en etapa de admisibilidad o de valoración de prueba pericial, los criterios Daubert estudiados, esto es relevancia, confiabilidad y metodología adecuada desde el punto de vista científico y, en relación a esta última, falsabilidad de la prueba-revisión de pares y publicación- tasa de error y marcos de investigación y aceptación general de la comunidad científica.

3.1 C. de Ap. de Valparaíso- primera sala- RIC 1226/2010- Res. 7322- fecha 03/02/2011- recurso de queja interpuesto por el MP- acogido- delito: violación reiterada y abuso sexual- materia: la resolución de Corte acoge el recurso interpuesto por el MP, no por razones de fondo en cuanto a metodología de la prueba pericial, sino por razones procedimentales.

Contexto: En este caso de delito de violación reiterada y abuso sexual, el MP recurre de Queja contra Magistrada suplente del J de G de San Felipe quien, en audiencia preparatoria y ante petición de la defensa excluyo, por impertinente, prueba pericial psicológica de la Fiscalía. Dicha prueba consistió en Informe de credibilidad de relato y daño, realizada por

el CAVAS e incorporada nueve días después de la fecha de cierre de investigación, antes de la audiencia de juicio. Según el MP, la Defensa pretendió encubrir una causal de exclusión inexistente, ya que al sostener que la prueba pericial era impertinente lo hacía con el objeto de privar al Ministerio Público de recurrir de apelación contra el auto de apertura, al no existir la causal que se invocaba”. El MP señaló en su recurso “... *la pericia excluida no es impertinente, pues se trata de una pericia de carácter psicológica que tiene por objeto la determinación de la credibilidad de relato y daño asociado que presenta la víctima, asociado directamente a los episodios investigados...y que, si existía una causal de exclusión, que a juicio de la Fiscalía no existe, esta sería de acuerdo con los argumentos de la defensa, inobservancia de garantías fundamentales...*” La Corte, en su fallo, acude a un concepto de impertinencia desde un punto de vista semántico-formal, consultando la RAE para determinar su significado: *"dicho o hecho fuera de propósito que no viene al caso, que molesta de palabra o de obra"*. En definitiva, la Corte señala que el concepto tiene más que ver con el contenido y materialidad del Informe Pericial que con el momento en que fue incorporado “... *no dice relación con la oportunidad en que debe prestarse tal prueba en el juicio...*” Por estas motivaciones la Corte acoge el recurso de queja.

Comentario: Lo relevante del fallo es que el MP defiende la científicidad de la Pericia, no obstante carecer ésta a nivel internacional de la confiabilidad suficiente respecto del método científico utilizado, existiendo altas tasas de margen de error (30%).¹⁶ La Corte modifica la resolución del J. de G., aunque sus razones son formales y de procedimiento (RAE). Pertinencia y Relevancia, fundamentos de acreditación de la prueba del MP, son conceptos que en la doctrina procesal penal chilena son usados indistintamente, sin embargo en la doctrina norteamericana tienen alcances distintos, el primero en cuanto a relación factual o lógica con los hechos de la causa y el segundo con que el perito aporte información considerada razonable dentro de la comunidad científica (artículo 314 inciso final y 316 inciso primero del CPP y artículos 45 inciso tercero).

El MP al hacer uso del recurso de queja y no el de nulidad, que le habría permitido basar su impugnación en la infracción de conocimientos científicamente afianzados del 297, lleva a la Corte, a su vez, a no fundamentar su decisión en torno a exigencias de tipo

¹⁶ Moore v. Ashland Chemical Inc., 151 F. 3d 269 (5th Cir. 1998) Esta Jurisprudencia refiere a no admisibilidad de opiniones no basadas en metodología aceptada por la comunidad científica.

metodológico-científicas de la prueba pericial y a no referirse a factores relevantes para determinar la confiabilidad de aquella. Como señaló el fallo Daubert “el rol de guardián de la Corte no puede entenderse como sustituto del sistema adversarial”. Vale decir que el rol activo del tribunal en materia probatoria no puede ir en desmedro de las facultades procesales de las partes; cosa que aquí hace el Juzgado de Garantía al excluir la prueba por una razón meramente formal, e impidiendo la introducción de evidencia útil y relevante para entender los hechos del caso. En este aspecto, la doctrina Daubert también nos señala que “... un contraexamen vigoroso, presentación de evidencia contraria y un atento cuidado respecto de la carga de la prueba son las formas más apropiadas de atacar evidencia débil, aunque admisible...” Sumado a lo anterior, la Corte tampoco acude a la noción de estándares de exigencia en fase de admisibilidad en el sistema Chileno más bajos que los existentes en el norteamericano. En suma, la Corte en este caso acoge el alegato del MP e invalida la interlocutoria del Juzgado de Garantía, no por razones de relevancia de la prueba, confiabilidad o metodología correcta, sino mediante el expediente de una sanción por falta o abuso grave cometida, al infraccionar derechos y garantías establecidas tanto en la Constitución como en la ley, en la dictación del fallo estudiado.

3.2 C. de Ap. de Santiago- segunda sala- RIC 777/2015- Res. 297.571- fecha 02/04/2015 – Rec. Ap. interpuesto por MP- acogido- delito Robo en lugar habitado Materia: la Corte revoca la sentencia del juzgado de garantía, por excluir testimonial y pericial de cargo.

Contexto: La apelación obedece a exclusión de prueba testimonial (art. 295 por inobservancia del deber de registro) y pericial del MP (por vulneración al art. 315) ambos del CPP. El caso actual se refiere al rol del Juez de Garantía durante la Audiencia Intermedia y sus “facultades limitadas en sentido negativo”

“...4°. Que, según señala el Mensaje del Código Procesal Penal, párrafo titulado "Etapa Intermedia" : "En cuanto al control de la admisibilidad de la prueba, también se ha optado por entregar al juez facultades limitadas de control en sentido negativo, es decir, sólo puede rechazar pruebas por causales específicas, destinadas en general a cautelar la adecuada realización del juicio". Señala seguidamente que “... no le compete al juez de garantía, durante el debate de la exclusión de las pruebas ilícitas invadir, en forma anticipada, aspectos que miran al fondo del asunto, cuyo escenario es propio del juicio

oral, que está impregnado, por lo demás, del principio de la inmediación, con el pretexto de argüir una supuesta vulneración de garantías en la presentación de las pruebas por el Ministerio Público, si aquello no es evidente, ostensible o manifiesto....”

5° *“...en el caso de la testigo L. del C.C.O., ella se presenta como testigo en relación a dos informes policiales en que participó durante la investigación, siendo errado el criterio del juez a quo de excluir a la deponente porque no se habría registrado la declaración de la propia testigo, vulnerando lo que disponen los artículos 227 y 228 del Código procesal Penal...”*

Comentario: La sentencia es importante, pues plantea la atribución limitada del juez de garantía en cuanto a exclusión de prueba, señalando que debe ser “evidente” la vulneración de garantías constitucionales establecidas, tanto en la CPE como en Tratados Internacionales. Agrega que *“...sólo puede rechazar pruebas por causales específicas, destinadas en general a cautelar la adecuada realización del juicio...”*. Pareciera evidente, a través de este fallo, la relevancia de las partes en el procedimiento adversarial. La misma doctrina Daubert señaló la excepcionalidad en el impedimento de prueba pericial a juicio. En la lógica del sistema procesal chileno, si al acusador le corresponde acreditar pertinencia o relevancia de su prueba pericial, resulta lógico hacerlo ante el TOP. Desde otro punto de vista y si se lee la sentencia al revés, resultaría perfectamente legítimo, para todo Juez de Garantía, excluir toda prueba que infraccione una garantía constitucional. Las garantías constitucionales amagadas deben ser alegadas, en forma específica, en su momento. Por otro lado el fallo, en general, se fundamenta en consideraciones de orden más bien procedimentales en cuanto a las facultades limitadas, por parte del J. de G., en un sentido negativo. No se enfoca la Corte, para acoger la apelación, en los principios y metodología correcta desde el punto de vista científico de la prueba pericial, ni que dichos principios se hayan aplicado de manera confiable. La Corte señala que estas son cuestiones “de fondo” y no materias de admisibilidad de la prueba, no obstante los estándares Daubert tienden a una gran flexibilidad y discrecionalidad sobre todo en la fase de admisibilidad.

3.3 C. de Ap. de Valparaíso- cuarta sala- RIC 763/2015- Res. 68.521- fecha 22/06/2015 – Rec. Nul. interpuesto por la defensa- rechazado- delito: Trafico art. 3 de la ley 20.000 materia : la Corte rechaza el recurso de la defensa señalando que, la convicción judicial de

condena se fundamenta en la suficiencia de las pruebas de cargo, implicando con ello la aceptación de un estándar científico más bajo para la prueba pericial.

Contexto: esta es una Causa por el delito de tráfico ilícito, en la que el TOP de Quillota condeno a los acusados a penas de 8 años de presidio mayor en grado mínimo, inhabilidades absolutas para cargos y oficios titulares y multa de 10 UTM

El tema refiere tanto a la valoración de escuchas telefónicas, no ofrecidas como medio de prueba en etapa de preparación de juicio oral, incorporadas en juicio oral de manera directa a través de funcionarios policiales, como también a las declaraciones de funcionarios policiales respecto de supuestos dichos de los imputados, cuyos registros no constan.

La defensa argumenta que no tuvo la posibilidad de contrastar el contenido de dichas escuchas pues, al no ser ofrecidas, no fueron reproducidas de manera legal durante el juicio oral, no teniendo otra referencia de la misma que la sola declaración del funcionario policial, añadiendo que el Tribunal tampoco conoció de manera directa el contenido de tales escuchas, Situación análoga ocurre respecto de la reproducción de la información entregada por el coimputado prestando declaración ante el Fiscal, sin que se firme acta alguna y habiéndola valorado el *ad quo* contra toda norma y a través de un resquicio una declaración del imputado, conforme al art. 331 del Código Procesal Penal.

“...Considerando Vigésimosexto, expresando que, en opinión de los sentenciadores, la prueba de cargo ha resultado suficiente para vencer la presunción de inocencia, aunque abandona definitivamente su examen de fiabilidad, dando como única razón que no se ha demostrado por las defensas alguna fisura de entidad que destruya el relato inculpatario conteste de los policías, ni tampoco algún antecedente serio demostrativo que los policías faltando a su juramento, hubiesen proporcionado un relato insincero...”

El fallo alude al art. 295 CPP, al recalcar que la ley no establece obligatoriedad en cuanto a utilizar un medio probatorio específico para acreditar algún hecho o circunstancia, ni excluye tampoco alguno en particular y que, las anomalías detectadas *“... no han impedido a los defensores ejercer las facultades que la ley le otorga; en el juicio oral no se han violado las disposiciones establecidas sobre la ley sobre publicidad y continuidad del juicio; en la sentencia no se han omitido los requisitos del artículo 342 letra c), d) ni e)...”*

Comentario: Esta es una sentencia interesante, pues establece el principio que la mayor valoración de un hecho por medio de un determinado medio probatorio no obsta a que el mismo hecho pueda ser acreditado y valorado por otros medios de prueba. La cuestión es la pureza de la prueba, lo cual es determinable solamente por prueba pericial basada en metodología científicamente correcta. Sin perjuicio que el fallo resulta concordante con cierta jurisprudencia americana en cuanto a que, el estándar de admisibilidad es más bajo que el de valoración, la misma jurisprudencia norteamericana en Daubert, señala por otro lado que la simple idoneidad del testigo experto no es suficiente, contraviniendo la tendencia de los Tribunales chilenos a tomar “*his word for granted*” (su palabra por la autoridad de quien la dice). Esto es lo que ocurre en este caso, en que la Corte opta por “...abandonar el examen de fiabilidad...” Al mismo tiempo vemos, en este fallo, una infracción al Principio que la Doctrina Americana ha denominado “*The Rule against Oath-Helping*” vale decir, la prohibición de admisión en juicio de evidencia que se incorpore con el solo propósito de acreditar la veracidad de un testigo. En este caso, el mismo Tribunal señala que declaran no como peritos o testigos expertos sino que meramente como testigos, sobre los dichos de otro testigo en Juicio. Queda claro que, si en el sistema chileno la valoración de la prueba por parte de los tribunales tiende a ser holística, en el sistema americano cada prueba debe propender a ser autónoma y bastarse a sí misma, Este fallo contraviene, así, los criterios Daubert y la jurisprudencia generada en torno a estos.

3.4 C. de Ap. de Valparaíso- tercera sala - RIC 1474/2014- Res. 119.315- fecha 14/06/2014 – Rec. Nul. interpuesto por la defensa- rechazado- delito: abuso sexual de menor de 14 - materia: la Corte, al rechazar el recurso de la defensa, no considera la metodología científica adecuada al examen, instrumental médico en el examen, ni peritaje del CAVAS.

Contexto: Los delitos del caso son abuso sexual de menor de 14 años y violación de menor de 14 años, ambos en carácter de reiterado y en grado de consumado. Pena de 13 años de presidio menor en grado medio, accesorias y costas, previstos y sancionados en los arts. 366 bis y 362 del CP, respectivamente. Nulidad bajo las causales del art. 373 a) del CPP en relación al 19 N° 3 inciso 5 de la CPE en cuanto al principio de inocencia y, en subsidio, art. 342 letra e) en relación a los arts. 342 c) y 297, todos del CPP.

La Defensa ataca la sentencia, por haberse excedido los límites de la libre valoración de la prueba, al no contener una exposición clara, lógica y completa, no sólo de los hechos y circunstancias de la causa, sino también de aquellos que dicen relación con la valoración de los medios de prueba, en que se fundamentan sus conclusiones

El vicio referido por el recurrente consiste “...en la incorporación de un informe pericial de manera íntegra, sin que fuera ratificado en juicio.... Existe, por otro lado, un informe del Servicio Médico Legal que indica que no hubo lesiones, y menos aún se señaló la data de las éstas...”. En efecto, junto a la no ratificación del Informe en Juicio, llama la atención que, aun practicado en forma incipiente y mucho tiempo después de los hechos, no da cuenta de lesiones de ningún tipo. Además, el examen se practica 7 días después de la denuncia sin que se encontraran signos de violación.

Comentario: La Defensa critica, tanto la ausencia de una metodología adecuada en el examen “... que tampoco se utilizó un colposcopio para realizar el examen sino que sólo una palpación, faltando entonces a un procedimiento adecuado...” como también al peritaje del Cavas.

“...El testimonio de la perito del Servicio Médico Legal, doña S.M., después de examinar al menor luego de seis meses del último acceso carnal, explicó que no podía descartar ni afirmar el acceso carnal, producto del tiempo transcurrido....y que, el relato entregado a la perito del CAVAS, se hace en un ambiente menos hostil, lo que contribuye a generar confianza y tranquilidad para la declaración del menor afectado...”

El fallo recurrido señaló que, en cuanto a los hechos, “...no cabe duda que se acerca más a la realidad propuesta por la fiscalía concluyendo que, la característica del ano entreabierto, se explicaría de mejor manera que con lo expresado con la prueba de descargo...”. Resulta sorprendente el razonamiento de la Corte que, ante una prueba pericial científica a la que reconoce plena validez metodológica y amplia fiabilidad señale, por otro lado, que no puede más que concluir la existencia del hecho punible señalando que “...no cabe duda que se acerca más a la realidad propuesta por la fiscalía...”

La Defensa apunta correctamente a un problema de metodología, elemento constituyente de la confiabilidad según señala la Regla 702. Ello nos retrotrae a jurisprudencia influenciada

por el fallo Daubert.¹⁷ La valoración de la Pericial del Servicio Médico Legal choca con el elemento de confiabilidad, que forma parte de los conocimientos científicamente afianzados que integran los límites del art. 297 CPP. Tal como se ha señalado anteriormente en este trabajo, este es el requisito quizás más complejo de implementar en nuestro país, pues tiene que ver con estándares propios y asentados en la comunidad científica que, a su vez, son a menudo difíciles de visualizar. Sintomático resulta que el Recurso sea además rechazado por otro motivo, al haber sido las causales del recurso interpuestas en forma subsidiaria y no conjunta. En suma, la C. de Ap., no atiende a criterios básicos de relevancia, confiabilidad y metodología correcta desde el punto de vista científico argumentados por la defensa en su recurso de nulidad.

3.5 C. de Ap. de Valparaíso- quinta sala- RIC 294/2017- Res. 64.132- fecha 23/03/2017- Rec. Nul. interpuesto por la defensa- rechazado- delito: robo con violencia y porte ilegal de arma de fuego materia : la Corte rechaza el recurso interpuesto por la defensa sin atender a la falta de cumplimiento de normas técnicas y metodología científica por parte de la prueba de cargo.

Contexto: se trata de una causa por delitos de Robo con Violencia y Porte ilegal de arma de fuego (infracción al art. N° 14 en relación al N° 3 de la Ley 17.798) lo cual mereció una condena, por el TOP de Viña del Mar, a penas de 6 años de presidio mayor en grado mínimo y de 4 años de presidio menor en grado máximo, ambas con accesorias legales. La Defensa recurre de Nulidad, en la parte que interesa a este trabajo, por las causales de los arts. 374 letra e) en relación a los arts. 342 c) y 297 todos del CPP, señalando “...*que el tribunal ha incurrido en una omisión en la valoración de los medios de prueba y en una falta de la debida fundamentación de la sentencia conforme a los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los principios científicamente afianzado*”. La Corte señala “*Segundo: Que en el recurso afirma que, si bien la sentencia aborda cierto análisis, ha de entenderse que la prueba es a todas luces insuficiente y deficitaria, para desvirtuar y refutar las múltiples contradicciones que se presentan por la prueba de cargo...*”

¹⁷ Moore v. Ashland Chemical Inc., 151 F. 3d 269 (5th Cir. 1998) (*en ella...* “un médico fue adecuadamente excluido de rendir testimonial en una causa judicial por cuanto su opinión no estaba suficientemente afianzada en metodología científica)

Hay una importante referencia en el recurso respecto de la prueba pericial que se practicó al arma en cuestión, señalando que dicho Informe “... incumple normas técnicas.... por los propios dichos del informe se desprende que no puede determinarse si el arma es apta o no para el disparo...”.

La Defensa aclara “... que lo que hace el perito es señalar que una bala pasa por el cañón, que no es lo mismo que sea apta para el disparo. Concluye, que la sentencia valoró la prueba rendida en forma incompleta y sin ajustarse a los parámetros legales que regulan su apreciación, esto es, conforme a la lógica, las máximas de la experiencia y los principios científicamente afianzados, pues no se hace cargo de evidentes y múltiples contradicciones idóneas para generar una duda razonable....”

La Corte resuelve que “... el recurso de nulidad no puede ser sede para debatir acerca del mérito de la prueba rendida y su valoración, cuestión privativa de los jueces del fondo, sino exclusivamente para verificar el cumplimiento de la diferentes garantías que el ordenamiento reconoce a los intervinientes....” señalándose que el recurso planteado es de derecho estricto y que les está vedado, tanto la modificación de los hechos planteados en el juicio, como también de la valoración de la prueba por lo que el recurso es rechazado.

Comentario: Resta peso al recurso que la defensa por un lado cuestione la idoneidad material de la pericia como expresión de análisis técnico, basado en metodología ampliamente conocida y que, por otro lado, la asuma como válida para su propia Teoría del Caso. La Corte rechaza el recurso con basamentos de índole procesal, señalando que se trata de un medio de control jurisdiccional de garantías constitucionales pero que no puede alterar los hechos, ni la valoración de los medios de prueba que realiza el *ad Quo*. La Corte no acoge la posición de la defensa y no considera criterios científicamente afianzados respecto de la pericial del arma. El Tribunal de Alzada no recoge en este caso, como si ha ocurrido en otros fallos, el concepto de conocimientos científicamente afianzados del art. 297 del CPP, base normativa suficiente para determinar si el tribunal de la instancia falló contra derecho, en cuanto a no valorar adecuadamente la prueba pericial científica aportada por la defensa. La infracción de ley de la sentencia del TOP se produce justamente en el ámbito de la valoración de la prueba científica, la misma asentada en conceptos de relevancia, confiabilidad y metodología científicamente correcta. En casos análogos, en

tribunales norteamericanos y en cuanto a la necesidad de mayor información por parte de los tribunales, se ha recurrido incluso a la FRE 706 en cuanto a la necesidad que los tribunales sean asesorados por sus propios expertos, dicha idea ha sido refrendada por la Jueza Stephanie Domitrovich en cuanto a que "... en orden de adquirir las herramientas y conocimientos para establecer la confiabilidad de los métodos utilizados por los científicos forenses y otros expertos, los jueces realmente necesitan ayuda..."¹⁸

3.6 C. de Ap. de Valparaíso- primera sala- RIC 1103/2017- Res. 186.989- fecha 31/07/2017- Rec. Nul. interpuesto por la defensa- rechazada- delito: tráfico de estupefacientes art. 3 ley 20.000 materia: la Corte rechaza el recurso interpuesto por la defensa, no considerando prueba pericial consistente en análisis de droga basado en parámetros científicos.

Contexto: esta es una causa compleja con varios condenados y absueltos de varios delitos. Revisaremos el Rec. Nul. interpuesto por la defensa, art. 374 letra e), en relación al art. 342 letras c), d) y e) del CPP contra la sentencia del TOP de Quillota, que condeno a uno de los imputados por el delito de tráfico de estupefacientes art. 3 de la Ley 20.000, "por haber sido aquella dictada con vulneración al debido proceso y a la defensa técnica, consagrados en los arts. 19 n °3 inciso sexto, 4, 5, 6 y 7 de la CPE..." Se fundamenta en el incumplimiento por parte del TOP del art. 296 del CPP porque, al establecerse los hechos y su calificación jurídica se valoró prueba no aportada en la oportunidad procesal correspondiente, imposibilitando la debida defensa de su representado". El fallo impugnado, en su considerando décimo, indica que se rindió ante el tribunal oral la prueba consistente en el protocolo de análisis de droga, constando del registro de audio que no se incorporaron en momento alguno, pese a ser ofrecida en al auto de apertura para ser rendida por los peritos o bien de acuerdo al art. 315 del CPP, no haciéndose cargo el tribunal de sus alegaciones en tal sentido, ni existiendo mención alguna en la sentencia respecto de la manera en que estos informes llegaron a poder de los juzgadores, al no haber sido incorporados en la audiencia de juicio, frente a lo cual no tuvo la oportunidad de controvertirlos."

¹⁸ Domitrovich, 2016, op. Cit, pag 41

En suma, la Defensa impugno, a través del recurso, la forma de incorporación del medio probatorio Pericial, señalándose que la declaración del Perito se incorporó efectivamente en forma documental, dejando a la Defensa sin posibilidad de contraexamen y afectando de tal modo el Derecho a una Defensa técnica del Imputado Constitucionalmente garantizado, cuestión desechado por el Tribunal por razón de texto legal, artículo 315 CPP.

Comentario: la relevancia de esta sentencia estriba en que, a pesar que la Corte asigna a la Prueba Pericial cierta importancia como fuente de conocimiento científico, basado en metodología generalmente aceptada por la comunidad científica, no acoge la nulidad recurrida basado en los parámetros del art. 297, vale decir conocimientos científicamente afianzados. La Corte no hace mención alguna en su fallo de los elementos de relevancia; confiabilidad y metodología correcta desde el punto de vista científico, en cuanto no alude a requisitos de falsabilidad, revisión de pares de la metodología; tasas de error de la misma y reconocimiento de la comunidad científica. Tampoco hace mención alguna, de la experiencia del testigo experto o perito ni si dichas declaraciones se encuentran adecuadamente fundadas y razonadas. El concepto de conocimientos científicamente afianzado, según el artículo 297 del CPP referido, con base en metodología científicamente correcta, constituye el fundamento para determinar una anulación del fallo de instancia, cosa que la C. de Ap. no hace.

CONCLUSIONES

- 1.- Las problemáticas crecientemente complejas del mundo moderno, traducidas en litigios en búsqueda de solución, han obligado a los sistemas judiciales a mejorar los estándares de admisibilidad y/o valoración de la prueba pericial, a objeto de aumentar el grado de legitimidad de las sentencias judiciales, base de un Estado de Derecho.
- 2.- Los estándares Frye (1923) para admisibilidad de prueba pericial en los Estados Unidos de Norteamérica, giraron en base al criterio de aceptación de la comunidad científica, vale decir, que el juez debía aceptar como prueba pericial en juicio lo que la comunidad científica estimara como ciencia válida y reconocida, criterio muchas veces impreciso y que permitió ingreso de prueba pericial de mala calidad a juicio.
- 3.- Los estándares Daubert (1993) con base a las FRE en especial la séptima, hicieron lo propio, pero ahora sobre el fundamento de conceptos de relevancia, confiabilidad y metodología correcta desde el punto de vista científico, vale decir, relación con los hechos del caso, ajuste a la metodología propia de la ciencia y correcta aplicación de dicha metodología científica a cada etapa de la prueba pericial. De esta manera, al aplicar una metodología científico-lógica propia de las ciencias duras a la prueba pericial, se incrementan los requisitos de admisibilidad para incorporación de la misma en juicio.
- 4.- En el sistema judicial norteamericano, ante la existencia de un sistema de jurados, la filtración de evidencia debe producirse en la fase de admisibilidad de la prueba pericial. En el caso Chileno dicha filtración de prueba puede producirse, limitadamente en fase de admisibilidad en audiencia preparatoria debido a las facultades limitadas en sentido negativo del juez de garantía, pero principalmente en la fase de valoración que realiza el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, y eventualmente por medio del pronunciamiento de las Cortes de Apelaciones o Corte Suprema, pronunciándose respecto de recursos de nulidad.
- 5.- En los Estados Unidos de Norteamérica, los criterios Daubert no son excluyentes ni vinculantes para tribunales de primera instancia o Cortes de Apelaciones, recibiendo aplicación casi exclusiva en sede civil y no criminal.

6.- El sistema procesal penal chileno permite el ingreso a juicio de prueba pericial en su más amplio espectro, relativa a ciencia, arte u oficio, respaldada por conocimientos especiales del perito en base a los principios propios de aquellas. Dicho resultado se alcanzó, en los Estados Unidos de Norteamérica, sólo con el desarrollo de la jurisprudencia en el caso Kumho.

7.- Nuestra normativa procesal penal permite recepcionar ampliamente los criterios de admisibilidad de la Prueba Pericial, vale decir Relevancia, Confiabilidad y Metodología adecuada desde el punto de vista científico, correspondientes a las FRE en los Estados Unidos y manifestados en el fallo Daubert.

8.-Ello se constata en un doble sistema de requisitos de admisibilidad de la prueba pericial: uno general y tres específicos. El requisito de admisibilidad general a todo medio de prueba contenido en el art. 276 CPP, en cuanto al principio de pertinencia o relevancia aplicable desde luego a la prueba pericial.

9.-Los tres requisitos específicos de admisibilidad de prueba pericial son primero: necesidad o utilidad de incorporación de conocimiento experto en juicio, contenido en el art. 314 inciso 2° CPP concordante con la FRE a) y fallo Daubert requisito a) segundo: idoneidad del perito arts. 314 inc. 1 y 314 inc. f ambos del CPP en cuanto a la *imparcialidad y atenerse a los principios de la ciencia o arte que profesare el perito*, concordante con FRE a y b) y el fallo Daubert requisitos a y b). tercero: confiabilidad del peritaje, arts. 316 inc. 1 y 314 inc 3. todos del CPP, en concordancia con FRE 702 c y d) y el fallo Daubert requisitos b y c). Vale decir, el Perito debe sujetarse a los principios y metodologías aceptables de su arte u oficio y ofrecer suficientes garantías de ejercicio serio, imparcial y profesional en su actuar.

10.- El artículo 297 de nuestro CPP, en particular en cuanto a conocimientos científicamente afianzados, permiten a nuestros tribunales en sede de valoración de la prueba pericial, comprobar la operatividad de normas técnicas que permiten acreditar la validez de un principio científico en cada caso en particular. Dichas normas y el proceso de su operatividad son lo que los criterios Daubert denominan metodología científicamente correcta y es lo que permite diferenciar una prueba pericial correcta de otra que no lo es.

11.- El estudio de los 23 fallos revela que 17 de ellos acogen los criterios Daubert. Vale decir, criterios de relevancia, confiabilidad y metodología correcta desde el punto de vista científico. Nuestras Cortes dan gran relevancia en sus fallos y por sobre otros medios de prueba como la testimonial, a la prueba pericial y a los estándares de confiabilidad y metodología que esta debe cumplir y que corresponde, en particular, a la generada por organismos públicos como el ISP o el Servicio Médico Legal, entre otros. Estos estándares en cuanto a prueba pericial, a la luz de estos fallos, son aplicados en áreas disímiles como pericial caligráfica, elementos objetivos de agravantes, determinación de dinámica de los hechos, participación criminal, elementos objetivos de tipos penales, definición de tipicidad mediante análisis cromatográfico, SVA y CBCA entre muchos otros. En otros fallos la Corte, ante ausencia de prueba pericial con metodología validada y estandarizada, procedió simplemente a revocar la sentencia del *ad quo*.

11.- En cuanto a los 6 fallos que no acogen los criterios Daubert, conviene precisar que solo dos de ellos rechazan derechamente en sede de nulidad prueba pericial científica con criterios Daubert, al desconocer criterios de confiabilidad y metodología científicamente correcta. Los demás acogen otros medios de prueba y no se pronuncian sobre la noción de conocimientos científicamente afianzados, atendida más bien a la naturaleza de los recursos interpuestos, sean de queja o apelación o por la naturaleza misma del recurso de nulidad, en cuanto a ser de derecho estricto.

12.- Por último, conviene advertir la conveniencia de algunas modificaciones legislativas, a objeto de aumentar las exigencias para los informes periciales escritos que se ofrecen en la audiencia preparatoria, en cuanto a una más estrecha relación causal de aquellos con el objeto de investigación; en relación a antecedentes que demuestren tanto un mayor ajuste a los métodos de la ciencia o arte del perito como a la utilidad que este presta al juzgador. Asimismo resultaría deseable un aumento en los estándares de los requisitos en cuanto a la metodología utilizada y, por otro lado, un mayor empoderamiento del juez de garantía para hacer exigible, por parte de este, requisitos técnicos de la prueba pericial, ampliando la posibilidad de exclusión de ésta, a petición de parte o de oficio.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Academia Nacional de Ciencias (NAS) (2009): *Report of the National Academy of Sciences* articulo disponible en <https://www.nationalacademies.org/index.html> pp. 2-30 USA. Fecha de última consulta 24 de marzo de 2020
- 2.- Acevedo Vargas, Carlos Mario (2011): *Reglas de Evidencia: de Norteamérica a Colombia* en Repositorio Universidad de Medellín, N° 1, pp.16-24. Disponible en <https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/1116/Reglas%20de%20evidencia.%20De%20Norteam%C3%A9rica%20a%20Colombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y> . Fecha última consulta: 18 de diciembre de 2018.
- 3.- American College of trial lawyers (1994): *Standars and procedures for determining the admisibility of expert evidence after Daubert*”, abril 1994, doc pdf, pp. 6-21. Disponible en https://www.actl.com/docs/default-source/default-document-library/newsroom/standards_and_procedures_for_determining_the_admissibility_of_expert_evidence_after_daubert_1994.pdf?sfvrsn=4 . Fecha última consulta: 18 de diciembre de 2018.
- 4.- Auld Report (2001) *A review of Criminal Courts of England and Wales* Lord Justice Auld. Disponible en <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.criminal-courts-review.org.uk/> pp.2-37 Fecha última consulta: 24 de marzo de 2020.
- 5.- Burg, Thomas (1999): *The impact of the Daubert, Joiner and Kumho Tire decisions on the admisibility of expert opinion* en Vermont Journal of environmental law, N° 1, pp.1-8. Disponible en <http://vjel.vermontlaw.edu/writing-competition/1999-essays/the-impact-of-the-daubert-joiner-and-kumho-tire-decisions-on-the-admissibility-of-expert-opinion-evidence/> . Fecha última consulta:18 de diciembre de 2018.

- 6.- Capra, Daniel (1998): *The Daubert Puzzle* en Georgia Law Review, Vol 32. N° 3 Pp: 699;715. Disponible <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/geolr32&div=21&id=&page=> . Fecha última consulta 18 de diciembre de 2018.
- 7.- Cerda San Martín, Rodrigo y Hermsilla Iriarte, Francisco (2008): *El Código Procesal Penal. Comentarios, concordancias y jurisprudencia*, pp. 380-382. Editorial Librotecnia, tercera Edición, año 2008, Santiago, Chile.
- 8.- Condemarín, Patricia; Macurán, Greter (2005): *Peritajes Psicológicos sobre los delitos sexuales*, pp.20-58 Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, segunda edición.
- 9.- Coloma Correa, Rodrigo; Agüero San Juan, Claudio (2014): “*Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba*”, Revista Chilena de Derecho versión on line ISSN 0718-3437 Vol. 41 N° 2, pp.1-33 Santiago, Agosto de 2014. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/50718-34372014000200011>
- 10.- Cornell Law School (2019): *Federal Rules of Evidence* Legal Information Institute, Diciembre 01 de 2019, Washington, Estados Unidos de Norteamérica. pp 1-2 disponible en <https://www.law.cornell.edu/rules/fre> fecha última entrada 20/03/2020
- 11.- Domitrovich, Stephanie (2016): *Fulfilling Daubert Gate keeping mandate through Court appointed experts* en The Journal of criminal law and criminology, Vol. 106 ,N° 2. pp. 36-45 disponible en <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7578&context=jclc> . Fecha de última consulta: 18 de diciembre de 2018.
- 12.- Duce J., Mauricio (2014): *La prueba pericial*, Ediciones Didot, Buenos Aires, Argentina, pp.10.82 Colección: litigación y enjuiciamiento penal adversarial.
- 13.- Duce, Mauricio y Riego Cristian (2007): *Proceso Penal*. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 407-452. Santiago de Chile
- 14.- Fabricant M. Chris, Carrington William (2016): *The shifted Paradigm: Forensic Sciences overdue evolution from Magic to Law*” en Virginia Journal of criminal law. Vol 4 N° 1. Pp. 23-28. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2572480 . Fecha última consulta: 18 de diciembre de 2018.

- 15.- Gianelli, Paul C. (1994): *Junkscience, Daubert and Ohio rule 702* en Faculty publications, School of Law Case Western Reserve University. Vol 17, N° 1, pp. 2-9. Disponible:https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1317&context=faculty_publications . Fecha última consulta: 13 de diciembre de 2019.
- 16.- Gold Alan, *Expert Evidence in Criminal Law: The Scientific Approach*, Irving Law Ed. Canada 2003: p.42
- 17.- Hamilton, Heather G. (1998): “*The movement from Frye to Daubert: ¿where do the States stand?*” en *Jurimetrics*. Publicada por American Bar Association. Vol 38. N° 2 pp.201-213. Disponible en <https://www.jstor.org/stable/29762537?seq=1> . Fecha última consulta: 18 de diciembre de 2018.
- 18.- Horvitz Lennon, María Inés; López Masle, Julián (2004). *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II, p. 149-150 Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile
- 19.-Justia (1987): *US Supreme Court “N° 171, 483, Federal cases. Caso Boujarly v. United States 483 US 171 (1987). N° 85-6725. Pp.2-15* Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/483/171/> . Fecha ultimo acceso: 18 de diciembre de 2018.
- 20.- Legal Information Institute. (2012). Facultad de Derecho de Universidad de Cornell. *FRE 702: expert witness testimony* N° 1 1975 pp.2-18 Disponible en https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_702 . Fecha ultimo acceso: 18 de diciembre de 2018.
- 21.- Lepin Molina, Cristian Luis (2007) *Breve estudio sobre la sana critica* en Gaceta Jurídica. Asociacion Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile. N° 319 pp: 2-8. Editorial Nexis Lexis. Santiago de Chile. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/126554> . Fecha de último acceso 13 de diciembre de 2019.
- 22.- Munsterman, Thomas (2000): *La realidad del Jurado en los Estados Unidos* en *Psicología Política*. N° 20. Pp. 85-92. Disponible en <https://www.uv.es/garzon/psicologia%20politica/N20-6.pdf> . Fecha de último acceso: 13 de diciembre de 2019.

- 23.- Nuñez Ojeda, Raúl (2008) *El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado Democrático deliberativo* en *Revista Ius et Praxis*. Vol. 14. N° 1. Pp.1-26 Disponible en <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/290> . Fecha de último acceso: 13 de diciembre de 2019.
- 24.- Open Jurist (1988). Corte de Apelaciones de los Estados Unidos. Sexto Circuito: *Apelación Woodrow Sterling v. Velsicol Chemical Corporation*. N° 86-6087. pp.2-26 1988. Disponible en <https://openjurist.org/855/f2d/1188/sterling-v-velsicol-chemical-corporation> . Fecha de último acceso: 13 de diciembre de 2019.
- 25.- Peterson, Joseph L. (1987): *Use of forensic evidence by the police and Courts* en National Institute of Justice Research in Brief. Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Washington D.C. pp. 1-6. Disponible en <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/pr/107206.pdf> . Fecha último acceso: 18 de diciembre de 2018.
- 26.- Puzniak, Janusz (2000): *Expert evidence: The road from Daubert to Joiner and Kumho Tire* en AMJudges.org Publications. Otoño 2000. Pp.32-41. Disponible en <http://amjudges.org/publications/courtrv/cr37/cr37-3/CR37-3Pozniak.pdf> . Fecha ultimo acceso: 13 de diciembre de 2019.
- 27.- Ramos Pavlov, Bernardo (2013) : *Regulación, admisibilidad y valoración de la prueba pericial en el derecho nacional* en Repositorio académico de la Universidad de Chile. Tesis Magister Derecho Penal. Pp. 20-45. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/116579> . Fecha de último acceso: 13 de diciembre de 2019.
- 28.- Richey, Charles (2012) *Proposals to Eliminate the Prejudicial Effect of the use of the Word “Expert” Under the Federal Rules of Evidence in Criminal and Civil Jury Trials*, (1994) pp: 537-559 (Legal Information Institute).
- 29.- Silva Vargas, Pablo y Valenzuela, Juan (2008): *Admisibilidad y valoración de la prueba pericial en el proceso penal* en Repositorio académico de la Universidad de Chile. Memoria de Licenciatura. Pp. 73-106. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/111879> . Fecha de último acceso: 13 de diciembre de 2019.

- 30.- Soba Bracesco, Ignacio (2012): *Corte Suprema de los Estados Unidos: Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc., 509, US 579 (1993)* en Blog del autor. *Revista Italo-Española de Derecho Procesal* . Vol. 1. Pp. 1-2. Disponible en <http://ignaciosoba-derechoprocesal.blogspot.com/2012/02/corte-suprema-ee.html> . Fecha de último acceso: 13 de diciembre de 2019.
- 31.- Supreme Court of Victoria (2017): Conferencia de julio de 2017 en San Francisco California de la Sociedad Internacional para la reforma de la ley penal *Preventing miscarriages of justice the reliability of forensic evidence* pp. 1-9. Disponible en <https://www.supremecourt.vic.gov.au/about-the-court/speeches/preventing-miscarriages-of-justice-the-reliability-of-forensic-evidence-and-the>
- 32.- Taruffo, Michele (2009) *La Prueba, Artículos y Conferencias* Editorial Metropolitana. Artículo: Conocimientos Científicos y Estándares de Prueba Judicial. Monografías Jurídicas Universitas. Asociada a Editorial Metropolitana Ltda. pp. 35-96 Santiago de Chile. Junio de 2008. Artículo Conocimiento científico y Estándares de prueba judicial.
- 33.- Taruffo, Michele (2005) *La Prueba de los Hechos* Editorial Trotta. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Primera Edición 2002; Segunda Edición 2005. Pp. 330-435 Traducción: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid, España Disponible en http://academia.edu/35982613/la_prueba_de_los_hechos_michele_taruffo
- 34.- Taruffo, Michele (2013) *Verdad, Prueba y Motivación en la decisión sobre los hechos* Serie Cuadernos de divulgación de la justicia electoral del poder judicial de la Federación. 20 Cuadernos de divulgación de la justicia electoral 344.17 T728v. pp.63-79 Editado por Coordinación de Comunicación Social. Ciudad de México D.F.
- 35.- Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (2007). *Introducción a la lógica* N° 11-2007, noviembre de 2007. Chiclayo, Perú. Pp.1-20 Disponible en <https://es.scribd.com/doc/12891964/Monografia-de-Logica-2-1> . Fecha última consulta: 18 de diciembre de 2018.
- 36.- US Courts Government (2014) The House of Representatives *Reglas de Evidencia* N° 5 pp. 15-16. Disponible en https://www.uscourts.gov/sites/default/files/evidence-rules-procedure-dec2017_0.pdf . Fecha de último acceso: 13 de diciembre de 2019.

37.- Vásquez Rojas, Carmen (2016): *La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso Daubert en Proyecto Prueba y atribución de responsabilidad: definición y contraste.* Vol: 1, pp. 1-21. Disponible en https://www.academia.edu/28305930/LA_PRUEBA_PERICIAL_EN_LA_EXPERIENCIA_ESTADOUNIDENSE_EL_CASO_DAUBERT . Fecha de último acceso: 13 de diciembre de 2019.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

- 1.- Sentencia sobre Rec. Nul. (2017) –C. de Ap. de Valparaíso – quinta sala- RIC 133-2017- Res. 42.475- fecha 27/02/2017 – recurso interpuesto por MP-rechazado- delito: conducción vehículo motorizado con licencia falsa- materia: defectos de confiabilidad y de metodología de los peritos del MP.
- 2.- Sentencia sobre Rec. Nul. (2016)- C. de Ap. de Valparaíso- tercera Sala- RIC 522/2016- Res. 58787- fecha 27/04/2016- recurso interpuesto por MP-rechazado- delito: Ley 20.000 - materia: metodología policial rechazada por no alcanzar estándares científicos mínimos.
- 3.- Sentencia sobre Rec. Nul. (2011) – C. de Ap. de Santiago- tercera Sala- RIC 335/2011- Res. 84.296- fecha 26/04/2011- recurso interpuesto por MP- acogido- delito: microtráfico art. 4 ley 20.000- materia: Corte reconoce conocimiento científicamente afianzado sobre base de metodología internacionalmente aceptada.
- 4.- Sentencia sobre Rec. (2013) C. de Ap. de Valparaíso- tercera sala- RIC 1595/2013- Res. 140.284- fecha 17/12/2013- recurso interpuesto por defensa- acogido- delito: homicidio calificado (por agravantes premeditación y alevosía)- materia: MP no logra acreditar por medio de pericial ADN elementos objetivos de las agravantes.

5.- Sentencia sobre Rec. Nul. (2008) C. de Ap. de Valparaíso- quinta sala- RIC 824/2008- Res. 34.891- fecha 15/09/2008- recurso interpuesto por defensa- rechazado- delito: fraude al Fisco- materia: la Corte reconoce mayor credibilidad a pericial caligráfica del MP, en base a su mayor peso técnico y metodológico, que la presentada por la defensa.

6.- Sentencia sobre Rec. Nul. (2013) C. de Ap. de Valparaíso- primera sala- RIC 446/2013- Res. 42.696- fecha 14/05/2013- recurso interpuesto por la defensa- acogido- delito robo con intimidación- materia: Corte revoca el fallo del *a quo* por contradecir este, en forma directa, prueba pericial científica sobre el arma incautada.

7.- Sentencia sobre Rec. Nul. (2017)- C. de Ap. de Valparaíso- tercera sala- RIC 2283/2016- Res. 23.299- fecha 31/01/2017- recurso interpuesto por el MP- rechazado- delito: estafa- materia: Corte rechaza el recurso por ausencia de informe pericial científico que acredite el elemento objetivo del hecho punible.

8.- Sentencia sobre Rec. Nul. - (2017) –C. de Ap. de Valparaíso- primera sala- RIC 271/2017- Res. 69.568- fecha 31/03/2017- recurso interpuesto por el MP- acogido- delito: tráfico ilícito de drogas ley 20.000 materia: Corte revoca el fallo del *a quo* que había absuelto por no considerar prueba pericial química científica del Servicio de Salud.

9.- Sentencia sobre Rec. Nul.- (2016) C. de Ap. de Valparaíso- quinta sala- RIC 1976/2016- Res. 194.415 - fecha 30/11/2016- recurso interpuesto por la defensa- rechazado- delito: microtráfico del art. 4 de la ley 20.000 materia: la Corte rechaza el recurso interpuesto por la defensa en base a metodología estandarizada y aceptada internacionalmente.

10.- Sentencia sobre Rec. Nul – (2017)-C. de Ap. de Temuco- primera sala- RIC 1318/2016- Res. 4917- fecha 17 de enero de 2017- recurso interpuesto por el MP- rechazado- delito: microtráfico - materia: la Corte confirma sentencia al considerar prueba pericial científica basada en análisis cromatográfico.

11.- Sentencia sobre Rec. Nul. – (2017)-C. de Ap. de Concepción- segunda sala- RIC 226/2017- Res. 81.069- fecha 27/04/2017- recurso interpuesto por la defensa- rechazado-

delito: violación reiterada- materia: la Corte rechaza el recurso al considerar metodología científica utilizada en los test psicométricos SVA y CBCA.

12.- Sentencia sobre Rec. Nul. – (2017)-C. de Ap. de la Serena- primera sala- RIC. 499/2017- Res. 62.122- fecha 30/10/2017- recurso interpuesto por MP y Querellante-acogido- delito: homicidio- materia: la Corte revoca el fallo al no haberse considerado por el *a quo* ninguno de los informes periciales científicos tales como médico legista, balísticos y químicos.

13.- Sentencia sobre Rec. Nul- (2018)-C. de Ap. de Temuco- primera sala- RIC 10/2018- Res. 8- fecha 01/02/2018- recurso interpuesto por la defensa- rechazado- delito: manejo en estado de ebriedad causando muerte, lesiones gravísimas y daños -materia: Corte rechaza el recurso al considerar que la pericial científica de cargo, la alcoholemia, cumple con los estándares exigidos en los protocolos de la comunidad científica.

14.- Sentencia sobre Rec. Nul – (2018)-C. de Ap. de Valparaíso- segunda sala- RIC 1541/2018- Res. 12- fecha 17/08/2018 - recurso interpuesto por la defensa-acogida- delito: abuso sexual infantil - materia: la Corte acoge el recurso pues la metodología utilizada por la prueba de cargo (SVA y GEA5) no se apega a conocimientos científicamente afianzados de la ciencia psicológica.

15.- Sentencia sobre Rec. Nul –(2017)- C. de Ap. de Valparaíso- tercera sala- RIC 1617/2017 – Res. 11- fecha 27/09/2017- recurso interpuesto por el MP- acogido- delito: Tráfico de estupefacientes -materia: la Corte acoge el recurso al señalar que la prueba pericial psicológica de la defensa ha excedido el ámbito de su competencia pericial.

16.- Sentencia sobre Rec. Nul. -(2015)-C. de Ap. de Concepción- segunda sala- RIC 346/2015- Res. 78.087- fecha 26/06/2015- recurso interpuesto por la defensa- acogido- delito: homicidio frustrado- materia: la Corte acoge el recurso ante la ausencia absoluta de prueba pericial científica y de trabajo científico en el sitio del suceso por parte del MP.

17.- Sentencia sobre Rec. Nul. – (2017)-C. de Ap. de Valparaíso- tercera sala- RIC 2266/2016- Res. 19.593- fecha 27/01/2017- recurso interpuesto por defensa - rechazado-

delito: tráfico ilícito de estupefacientes ley 20.000- materia: La Corte confirma el fallo refrendando la importancia de prueba pericial química de la droga.

18.- Sentencia sobre recurso de queja- (2011)-C. de Ap. de Valparaíso- primera sala- RIC 1226/2010- Res. 7322- fecha 03/02/2011- recurso interpuesto por el MP- acogido- delito: violación reiterada y abuso sexual- materia: la Corte acoge el recurso sin pronunciarse respecto a la metodología de la prueba pericial.

19.- Sentencia sobre recurso de apelación- (2015)-C. de Ap. de Santiago- segunda sala- RIC 777/2015- Res. 297.571- fecha 02/04/2015 - recurso interpuesto por MP- acogido- delito: robo en lugar habitado -materia: la Corte revoca la sentencia al excluirse testimonial y pericial de cargo.

20.- Sentencia sobre Rec. Nul. - (2015)- C. de Ap. de Valparaíso- cuarta sala- RIC 763/2015- Res. 68.521- fecha 22/06/2015 - recurso interpuesto por la defensa- acogido- delito: Trafico ley 20.000 -materia: la Corte rechaza el recurso al señalar que la convicción judicial de condena se fundamenta sobre base de varias pruebas de cargo.

21.- Sentencia sobre Rec. Nul. – (2014)- C. de Ap. de Valparaíso- tercera sala - RIC 1474/2014- Res. 119.315- fecha 14/06/2014 - recurso interpuesto por la defensa- rechazado- delito: abuso sexual de menor de 14 - materia: la Corte, al rechazar el recurso, no considera la metodología científica adecuada al examen, instrumental médico en el examen ni peritaje del CAVAS.

22.- Sentencia sobre Rec. Nul. – (2017)- C. de Ap. de Valparaíso- quinta sala- RIC 294/2017- Res. 64.132- fecha 23/03/2017- recurso interpuesto por la defensa- rechazado- delito: robo con violencia y porte ilegal de arma de fuego materia: la Corte rechaza el recurso, sin atender al incumplimiento de normas técnicas y metodología científica por parte de la prueba de cargo.

23.- Sentencia sobre Rec. Nul. – (2017)- C. de Ap. de Valparaíso- primera sala- RIC 1103/2017- Res. 186.989- fecha 31/07/2017- recurso interpuesto por la defensa- rechazada- delito: tráfico de estupefacientes -materia: la Corte rechaza el recurso no considerando prueba pericial, consistente en análisis de droga basado en parámetros científicos.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

- 1.- El fallo Frye v. USA (1923). Disponible en https://www.law.ufl.edu/_pdf/faculty/little/topic8.pdf. Último acceso con fecha 13 de diciembre de 2019.
- 2.- El fallo Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals (1993). Disponible en https://www.law.ufl.edu/_pdf/faculty/little/topic8.pdf. Último acceso con fecha 13 de diciembre de 2019.
- 3.- El fallo Joiner v. General Electric Co. (1997). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/522/136/>. Último acceso con fecha 13 de diciembre de 2019.
- 4.- El fallo Kumho Tire Co. Ltd. v. Carmichael (1999). Disponible en https://www.law.ufl.edu/_pdf/faculty/little/topic8.pdf. Último acceso con fecha 13 de diciembre de 2019.
- 5.-El fallo Bourjaily v. United States. (1987) Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/483/171/> . Último acceso con fecha 20 de marzo de 2020.
- 6.- El fallo Tyus v. Urban Search Management. (1996) Disponible en <https://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1379775.html>. Último acceso con fecha 20 de marzo de 2020.
- 7.-El fallo Kannankeril v. Terminix Int. (1997). Disponible en <https://casetext.com/case/kannankeril-v-terminix-international-inc> . Último acceso con fecha 20 de marzo de 2020.
- 8.- El fallo Claar v. Burlington (1994). Disponible en <https://casetext.com/case/claar-v-burlington-northern-r-co> . Último acceso con fecha 20 de marzo de 2020.

- 9.-El fallo Ambrosini v. Labarraque (1996). Disponible en <https://casetext.com/case/ambrosini-v-labarraque-2> . Último acceso con fecha 20 de marzo de 2020.
- 10.-El fallo Sheehan v. Daily Racing Form, Inc. (1997). Disponible en <https://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1073454.html> Último acceso con fecha 20 de marzo de 2020.
- 11.- El fallo The Queen v Mohan (1993). Disponible en <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1994/1994canlii80/1994canlii80.html> Último acceso con fecha 24 de marzo 2020.
- 12.-El fallo Moore v. Ashland Chemical Inc. (1998). Disponible en <https://www.courtlistener.com/opinion/15627/moore-v-ashland-chemical-inc/> Último acceso con fecha 20 de marzo de 2020.
- 13.-El fallo Sterling v. Velsicol Chem. Corp. (1988). Disponible en <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/647/303/2360375/> Último acceso con fecha 20 de marzo de 2020.
- 14.-El fallo Heller v. Shaw Industries Inc. (1999) Disponible en <https://caselaw.findlaw.com/us-3rd-circuit/1374510.html> Último acceso con fecha 20 de marzo de 2020.
- 15.- El fallo United States v. 1438 Acres of Land situated in Leffore County, Mississippi (1996) Disponible en <https://law.justia.com/cases/federal/districtcourts/FSupp/884/224/1388848/> Último acceso con fecha 20 de marzo de 2020.
- 16.- El fallo Tuite v. The Queen (2015) Disponible en <https://jade.io/article/397203> Último acceso con fecha 24 de marzo de 2020.
- 17.-El fallo In re Paoli R.R. Yard Litigation (1994) Disponible en <https://caselaw.findlaw.com/us-3rd-circuit/1026841.html> Último acceso con fecha 20 de marzo de 2020.
- 18.-El fallo Ruiz-Troche v. PepsiCola (1998) Disponible en <https://www.courtlistener.com/opinion/198219/ruiz-troche-v-pepsi-cola/> Último acceso con fecha 20 de marzo de 2020.

19.- El fallo Lust v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. (1996) Disponible en <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1210002.html> Último acceso con fecha 20 de marzo de 2020.

20.-El fallo Watkins v. Telsmith Inc. (1997) Disponible en <https://www.leagle.com/decision/19971105121f3d9841964> Último acceso con fecha 20 de marzo de 2020.

21.-El fallo United States v. Jones (1997) Disponible en <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/10-1259> Último acceso con fecha 20 de marzo de 2020.

22.-El fallo Tassin v. Sears Roebuck (1996) Disponible en <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/946/1241/2097028/> Último acceso con fecha 20 de marzo de 2020.

23.-El fallo O Conner v. Commonwealth Edison Co. (1994) Disponible en <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/807/1376/1967587/> Último acceso con fecha 20 de marzo de 2020.

24.- El fallo State v. Milbradt, Or. (1988) Disponible en <https://law.justia.com/cases/oregon/supreme-court/1988/305-or-621.html> Último acceso con fecha 24 de marzo de 2020.

