



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



MAGÍSTER EN DERECHO

“LEGUM MAGISTER”

TESIS

MAGISTER EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO Y PROCESO PENAL

***“MECANISMOS DE CONTROL A LA PRUEBA PERICIAL EN EL MARCO DEL
PROCESO PENAL”***

AUTOR: Luciana González Mc Cawley

PROFESOR GUÍA: Claudio Meneses Pacheco

Valparaíso, Septiembre de 2013

INDICE

INTRODUCCIÓN	03
CAPÍTULO I	
EN QUÉ CONSISTE LA PRUEBA PERICIAL	
1.- Nociones de prueba pericial	05
2.- Características	06
3.- Regulación legal	08
4.- Tipos de ciencia y tipos de peritaje	11
CAPÍTULO II	
CONTROLES A LA PRUEBA PERICIAL	
1.- Por qué es necesario establecer controles a la prueba pericial	14
2.- Riesgos que genera la ausencia de control a este medio de prueba	15
3.- Mecanismos de control a la prueba pericial y jueces letrados	19
4.- Mecanismos de control a la prueba pericial y derecho a defensa	22
5.- Compatibilidad de los controles con los principios de libertad de prueba y valoración según reglas de la sana crítica	23
6.- Compatibilidad de los controles con los principios de oralidad e inmediación	26
7.- Tipos de control	28
CAPÍTULO III	
CONTROL EN LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL	
1.- En qué etapa se realiza	30
2.- Quién lo realiza	30
3.- Requisitos de admisibilidad	30
A) Pertinencia o relevancia de la prueba pericial	31
B) Necesidad de poseer conocimientos especiales	32
C) Idoneidad del experto	33
D) Confiabilidad del peritaje	34
E) Metodología empleada	35
F) Licitud de la prueba pericial	36

4.- El problema de la “desnaturalización” de la prueba pericial	37
5.- Situación del artículo 309 del Código Procesal Penal	38
6.- Objetivo y estándar de este control	39
7.- Caso Daubert	41
CAPÍTULO IV	
CONTROL EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA PERICIAL	
1.- En qué etapa se realiza	44
2.- Control de la correcta incorporación y práctica de la prueba pericial	45
3.- Control de la claridad cognoscitiva	47
4.- Control de la claridad metodológica	48
5.- Objetivo de este control	50
6.- Estándar que debe satisfacer el control de producción	52
CAPÍTULO V	
CONTROL EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL	
1.- En qué etapa se realiza	55
2.- Prueba pericial y valoración según reglas de sana crítica	55
A) Definición de sana crítica	56
B) Prueba pericial y sana crítica	57
3.- Objetivo de este control	61
4.- Estándar que debe satisfacer el control de valoración	62
CONCLUSIÓN	65
BIBLIOGRAFÍA	67

INTRODUCCIÓN

Es un hecho cierto que la tecnificación del mundo actual, el avance del conocimiento humano, su especificidad y complejidad han repercutido en todos los ámbitos de la vida moderna y, por cierto, también en el campo judicial. Los tribunales de justicia no han quedado ajenos a este fenómeno y se han visto expuestos a una realidad difícil de afrontar: conocer y resolver conflictos jurídicos que se refieren a cuestiones que escapan al conocimiento común de los jueces y de las partes en general, y que requieren de información experta para poder ser resueltos adecuadamente. Pues bien, el medio de prueba que por definición tiene cabida en este escenario es la prueba pericial, que constituye la vía idónea para ingresar conocimiento experto a un juicio.

En un sistema procesal penal de carácter acusatorio y oral como el de nuestro país, la prueba de peritos consiste fundamentalmente en la declaración que realiza un experto ante el tribunal, relativa a un hecho del proceso que requiere de conocimientos especiales para su adecuada comprensión y posterior resolución. El escenario actual supone, por tanto, la presencia de un experto que declara ante los jueces sobre de la base de un informe escrito que ha elaborado previamente, relativo a algún aspecto técnico de la causa. Es evidente, por tanto, que las materias de la pericia serán siempre desconocidas para los jueces y las partes del juicio; de otra manera no sería necesario traer información experta a juicio. En razón de lo expuesto, se hace indispensable dotar al sistema institucional de los mecanismos necesarios para resguardar que la función jurisdiccional sea ejercida debidamente y de la manera prevista por la ley.

Así, postularemos que atendidas las singulares características de este medio de prueba, es esencial establecer rigurosos mecanismos de fiscalización que apunten a garantizar principalmente la calidad de la información que ingresa al juicio y la adecuada resolución de los asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia. En tal sentido, creemos que es posible concebir tres tipos de controles a la prueba pericial.

Un primer control se verifica al momento de debatir la admisibilidad de este medio de prueba. Este nivel de examen supone un análisis que se centrará en el informe escrito que debe evacuar todo experto que sea ofrecido como perito en un juicio. En esta etapa no se efectúa un análisis profundo del contenido de la pericia, sino que se comprueba el

cumplimiento de una serie de exigencias de carácter más bien formal. Se trata de un examen preliminar aunque exhaustivo por parte del juez de garantía. De tal manera que si la prueba ofrecida pasa el estándar de plausibilidad exigido para este tipo de control, se garantizará que la información que ingresará al juicio será de calidad. La premisa central en este punto radica en que no todo conocimiento experto es necesariamente de buena calidad.

Un segundo control se verifica al momento de producirse la prueba en el proceso. Aquí el análisis recaerá en la declaración del perito ante los jueces del tribunal de juicio oral y las partes. La ley regula de manera expresa cómo ha de producirse la declaración del experto; por ello es que este control supone que los jueces y los demás intervinientes del proceso deben velar porque dicha declaración respete el orden que le ha fijado la ley. Creemos que sólo de esta manera la prueba se producirá en un escenario en el que es posible respetar los derechos de los intervinientes.

Finalmente, el tercer control tiene lugar al momento de valorar la prueba rendida en el juicio. La finalidad de esta etapa es dar a la pericia su real valor en el marco de un determinado proceso. No toda información experta, aun cuando sea de calidad, tiene el mérito de resolver el asunto controvertido y ello puede ser consecuencia de múltiples factores. Sin embargo, lo cierto es que al momento de resolver la controversia los jueces deben necesariamente asignarle a la prueba rendida su valor y esa operación implica controlarla en el sentido de determinar el grado de corroboración que ella tiene para adoptar la resolución final.

En consecuencia, en la medida que se respeten los tres niveles de control que hemos expuesto para la prueba pericial podrá afrontarse de manera correcta el fenómeno de la tecnificación del mundo actual y del consecuente aumento de prueba pericial que experimenta el sistema judicial. En efecto, el uso ilimitado de este medio probatorio y los riesgos que su uso indiscriminado puede generar abren la puerta a consecuencias nocivas para la justicia chilena. Es por ello que todos los actores del sistema penal deben propender y velar por un uso adecuado y controlado de la prueba pericial.

I.- EN QUÉ CONSISTE LA PRUEBA PERICIAL

1.- Nociones de prueba pericial

La prueba pericial ha sido definida como “un medio probatorio con el cual se intenta obtener, para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba” (Cafferata, 1986: p. 47). También ha sido descrita como “la opinión emitida en un proceso, por una persona que posee conocimientos especiales de alguna ciencia o arte, acerca de un hecho sustancial, pertinente y controvertido o alguna circunstancia necesaria para la adecuada resolución del asunto” (Maturana, 2003: p. 132).

Como se expresa, el concepto de prueba pericial está íntimamente ligado a la noción de perito y a la opinión que éste emite.

Carocca define a los peritos como “personas que, teniendo conocimientos especializados en alguna ciencia o arte, prestan un informe en un proceso dando a conocer al tribunal sus conocimientos o máximas de experiencias especializadas, que le deberán servir para formar su convencimiento respecto a la coincidencia entre afirmaciones formuladas por las partes y las producidas por los medios de prueba” (2003: p.236).

Duce indica que los peritos, “son personas que cuentan con una experticia especial en un área de conocimiento, derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o el ejercicio de un determinado oficio” (2005: p. 35).

Cabe precisar también, que la prueba pericial es una evidencia que es posible calificar como “compuesta”, por cuanto se trata de un medio probatorio que se integra de dos elementos: el informe escrito y la declaración oral del experto.

El informe es la opinión escrita emitida en un proceso, por una persona que posee conocimientos especiales de alguna ciencia o arte, acerca de un hecho sustancial, pertinente y controvertido o de alguna circunstancia necesaria para la adecuada resolución de un asunto.

Ambos elementos son de la esencia de este medio de prueba y, en consecuencia, ninguno de ellos puede faltar al momento de verificarse este tipo de evidencia en el marco de un proceso penal.

Si bien en general existe -en las distintas nociones señaladas- consenso en cuanto a las características centrales de la prueba pericial y del perito en particular, tomaremos como referencia en el presente trabajo la definición de prueba pericial expuesta por Cafferata Nores, pues entendemos que ante todo estamos ante un medio de prueba. Reconocemos que es un medio de prueba que tiene características especiales, que presenta problemas que no encontramos en otros medios probatorios. Incluso más, postularemos que las normas que regulan esta medio de prueba deben ser interpretadas de una manera especial o -si se quiere- más estricta atendidas las características, el escenario y el contexto en el cual se desarrolla el proceso penal. Sin embargo, creemos que a pesar de lo expuesto estamos sin lugar a dudas ante un medio de prueba, pues entrega información relevante sobre hechos, lo que permitirá que el tribunal esté en condiciones de efectuar la valoración de la pericia y tener por acreditados los hechos en disputa o bien desacreditar los mismos en razón de la información proporcionada por el medio de prueba, según se dará cuenta en el presente trabajo.

2.- Características

En primer término, cabe señalar que una característica primordial de los peritos, “es que son terceros ajenos al juicio que procuran a los jueces el conocimiento del cual éstos carecen, referido a una determinada ciencia o arte. Es decir, los peritos actúan cuando para la debida ponderación de los hechos, se requieren conocimientos especializados en el área en que el perito es especialista” (Chahuán, 2001: p. 311).

Pereira señala que analizando bien la misión del perito, se llega a advertir que, más que un medio de prueba, más que un medio de controlar la verdad de las proposiciones hechas en el juicio, el examen pericial es un medio de ilustración del magistrado, un medio de información mayor que el que puede proporcionarle la cultura común del juez (1998: p.8). Como puede advertirse, este autor no niega que la pericia sea un medio de prueba,

pero piensa que más que eso es una forma de ampliar o extender la cultura e información del magistrado.

Duce indica que en el nuevo sistema de justicia penal, los peritos son concebidos como expertos de confianza de las partes y no como auxiliares del tribunal. Esto quiere decir que son las partes las que deciden si quieren llevar o no a un perito a juicio y a qué perito concreto. Por así decirlo, los peritos dejan de estar al servicio del juez y pasan a estar al servicio de las teorías del caso o versiones de quienes los presentan. Agrega el autor, que lo señalado es una consecuencia natural del carácter acusatorio del nuevo proceso, de acuerdo al cual los jueces dejan de tener iniciativa o roles relevantes en relación con la producción de información y rendición de prueba, la que queda entregada exclusivamente a las partes (2005: p.12).

Esta nueva lógica es recogida por el Código Procesal Penal en el artículo 314, el que en su inciso primero señala: “El ministerio público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados *por peritos de su confianza* y solicitar que éstos fueren citados a juicio oral”. Por tanto, para el nuevo sistema cualquier persona que esté en condiciones de acreditar experiencia o conocimientos relevantes y especializados en una determinada ciencia, arte u oficio puede ser presentada por las partes con la intención que sean admitidas a juicio oral.

El Código Procesal Penal, al regular la procedencia de los peritos en el artículo 314 inciso segundo, señala: “Procederá el informe de peritos en los casos señalados en 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*”. Como se puede apreciar, de acuerdo con esta norma el énfasis de lo que caracteriza a un perito es el conocimiento especializado y la necesidad de ese conocimiento para apreciar correctamente un hecho o circunstancia relevante del caso. Es importante, además, señalar que el Código da un espacio muy amplio para determinar qué debe ser objeto de peritaje, al indicar que ellos son procedentes cuando para apreciar los hechos del caso sea necesario un conocimiento especial de una “ciencia, arte u oficio”. En consecuencia, la especialización del perito no proviene sólo de lo que tradicionalmente se consideraría un área técnica (ciencia), sino también de disciplinas o cualquier tipo de actividades que generen conocimiento especializado (artes u oficios). En este sentido, un artesano, en su respectivo

oficio, podrá ser tan experto como el físico nuclear que detente la mayor cantidad de doctorados y post-doctorados en su respectiva disciplina (Duce, 2005: p. 8).

Así, “lo que distingue al perito de un testigo cualquiera, es que aquél es llamado al juicio para declarar algo en lo que su experticia es un aporte para el mismo y que le permite dar opiniones y conclusiones relevantes acerca de diversas cosas. Es decir, el perito es alguien que comparece al juicio para aportar conocimiento experto, que se encuentra más allá del conocimiento del juzgador y que es considerado necesario para decidir el caso. La experticia que detenta el perito es lo que hace que las opiniones y conclusiones que él entrega, en el área de su experticia, sean admitidas allí donde a un testigo común y corriente no se le permite dar opiniones por regla general” (Duce, 2005: p. 8).

En una línea muy similar, Roxin distingue tres formas de contribución de un perito en un juicio. En primer lugar, cuando informa sobre principios generales de la disciplina, en segundo lugar cuando comprueba hechos que únicamente pueden ser observados, comprendidos o juzgados exhaustivamente en virtud de conocimientos profesionales especiales y, tercero, cuando extrae conclusiones que únicamente pueden ser averiguadas en virtud de conocimientos profesionales (2000: p. 238).

3.- Regulación legal

La prueba pericial está regulada en el Libro II denominado “Juicio Oral”, título III, párrafo 6, entre los artículos 314 a 322 del Código Procesal Penal, bajo el epígrafe “Informe de peritos”.

Las materias tratadas por estas normas se refieren principalmente al contenido del informe pericial, indicándose -en este punto- que éste deberá entregarse por escrito y contener la descripción de la persona o cosa que fuere objeto de él, estado y modo en que se hallare, la relación circunstanciada de todas las operaciones practicadas y su resultado y las conclusiones que, en vista de tales datos formularen los peritos conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio. Además, estas disposiciones se refieren a la admisibilidad de este medio de prueba indicando que el juez de garantía aceptará los informes cuando además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, considerare que los peritos y sus dictámenes otorgan suficientes garantías de

seriedad y profesionalismo. Por otra parte, las señaladas normas tratan la declaración de los peritos e indican que ésta se regirá por la disposición prevista en el artículo 329 referida a peritos en la audiencia de juicio oral y, supletoriamente, por las normas establecidas para los testigos. Finalmente, se regula también la remuneración de los peritos, la incapacidad para ser perito -indicándose que no podrán desempeñar las funciones de perito las personas a quienes la ley reconociere la facultad de abstenerse de prestar declaración testimonial-, la improcedencia de la inhabilitación de los expertos y las instrucciones necesarias para el trabajo de éstos.

Llama la atención la ubicación de este medio de prueba en el Código Procesal Penal, por cuanto su regulación está inserta en las normas relativas al juicio oral y, sin embargo, la producción de la prueba pericial se realiza en dos etapas totalmente distintas una de la otra: la etapa intermedia y la etapa de juicio oral. En consecuencia, la decisión del legislador de ubicar este medio de prueba en el Libro II del señalado cuerpo legal, puede llevar a confusiones y tornar compleja la comprensión de este medio de prueba.

El problema expuesto se originó con el cambio de ubicación sistemática que tuvo el párrafo de la prueba pericial en el momento final de la tramitación legislativa del Código. En efecto, en los proyectos originales dicha normas -al igual que otras que regulaban otros medios de prueba específicos- estaban ubicadas a propósito de la regulación de la etapa de investigación. Pues bien, en un momento avanzado de la tramitación en el Congreso, se decidió trasladar tales normas al título referido al juicio oral. Ello significó, que hubiera un reemplazo general de las menciones que hacían tales disposiciones al “juez de garantía” por la de “tribunal”, no obstante varias de ellas estaban pensadas y diseñadas para ser invocadas en la etapa de investigación o en la etapa de preparación del juicio oral. Debido a la poca prolijidad con la que se realizó tal cambio, la redacción final quedó con varios defectos que han originado más de un problema interpretativo en el funcionamiento del nuevo sistema. Con todo, una lectura cuidadosa del conjunto de normas referidas a la prueba pericial deben llevar a concluir, que no se estableció un sistema diferente de admisibilidad de esta prueba en relación al resto de los medios probatorios en el sistema (Duce, 2005: p. 36).

Así, la ley N° 20.074 que modificó el inciso primero del artículo 314 del Código Procesal Penal referido a la procedencia del informe de peritos, agrega después de la palabra “solicitar”, la siguiente frase: “en la audiencia de preparación de juicio oral”, y

sustituye la expresión “al juicio oral” por “a dicho juicio”, quedando el inciso primero del mencionado artículo, como sigue: “El ministerio público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar en la audiencia de preparación de juicio oral que éstos fueren citados a declarar a dicho juicio, acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito.” En base a esta norma, el Senado señaló que la prueba pericial y su estudio de admisibilidad se produce en la audiencia de preparación de juicio oral. Se explicó, que ciertos intervinientes han insistido en entregar copias escritas de las pericias o de los documentos de idoneidad de los peritos en la audiencia de juicio oral, por lo que se estimó necesario perfeccionar la redacción del inciso primero según la propuesta hecha por el Ejecutivo, con el fin de aclarar que es “en la audiencia de preparación de juicio oral” donde se entrega la referida documentación. La Cámara de Diputados aprobó esta enmienda con una modificación formal, que no altera el espíritu de la norma despachada por el Senado, al sustituir la expresión “al juicio oral” por “a dicho juicio” (Pfeffer, 2006: pp. 481 y 482).

De la situación expuesta precedentemente da cuenta también el oficio N° 60 de 31 de Enero de 2002 emitido por el Fiscal Nacional, en cuyo punto décimo expresa que aun cuando la norma establecida en el artículo 316 inciso 1° del Código Procesal Penal -y que se refiere a la admisibilidad de la prueba pericial- está ubicada dentro de aquellas relativas al juicio oral, debe concluirse -interpretando armónicamente las normas del Código Procesal Penal- que su aplicación corresponde al juez de garantía y no al tribunal oral en lo penal, atendidas las siguientes consideraciones:

a) El debate sobre la pertinencia de las pruebas ofrecidas por los intervinientes tiene lugar en la audiencia de preparación de juicio oral, según lo afirma el artículo 272 del Código Procesal Penal.

b) El artículo 281 señala que una vez recepcionado por el tribunal oral el auto de apertura del juicio oral, se procederá por intermedio del juez presidente de la sala respectiva, entre otros a fijar la fecha en que se realizará la audiencia de juicio oral y citará a todos quienes deban concurrir a la audiencia no correspondiéndole, por tanto, ningún pronunciamiento relativo a la prueba incluida en el mencionado asunto.

c) En consecuencia, al tribunal oral no le corresponderá realizar el examen de admisibilidad del informe de peritos, correspondiéndole al juez de garantía salvo el caso excepcional del artículo 336.

Por lo tanto, de acuerdo a lo razonado por la máxima autoridad del Ministerio Público, el juez de garantía además de sujetarse a los artículos 266 a 280 relativos a la audiencia de preparación de juicio oral, debe dar cumplimiento a las obligaciones adicionales impuestas por los artículos 314, 315 y 316 del Código Procesal Penal.

4.- Tipos de ciencia y tipos de peritaje

“Ha venido emergiendo, con evidencia cada vez mayor, el problema de las pruebas científicas, o sea del posible empleo de la ciencia como instrumento para la averiguación de la verdad sobre los hechos que deben ser analizados en el contexto procesal. Desde hace varios siglos, pero con una enorme aceleración en el siglo XX, la extensión de la ciencia en campos del saber que en el pasado eran dejados al sentido común ha provocado un relevante movimiento de las fronteras que separan la ciencia de la cultura medio no-científica. Sucede cada vez con mayor frecuencia, de hecho, que circunstancias relevantes para las decisiones judiciales pueden ser averiguadas y valoradas con instrumentos científicos, y por tanto se reduce proporcionalmente el área en la que el juicio de los hechos puede ser formulado solamente sobre bases cognoscitivas no científicas. El empleo de pruebas científicas se hace, en consecuencia, cada vez más frecuente en el proceso penal” (Taruffo, 2005: p. 1286).

La inquietud planteada por Taruffo dice relación con los distintos tipos de ciencia y, consecuentemente, los diversos tipos de peritajes que podemos encontrar. En otras palabras, se trata de precisar qué ciencia es utilizable en el proceso como instrumento para la averiguación de los hechos, y cómo esto influye en la procedencia de la prueba pericial.

Este autor hace una distinción entre ciencias duras y blandas, e indica que normalmente no surgen problemas sobre la utilización de las llamadas ciencias "duras" como la química, la biología, la ingeniería, las matemáticas, y sus respectivas articulaciones como la farmacología, la genética, la ciencia de los materiales y otras por el estilo. Más bien, sucede normalmente que cuando el juez se encuentra frente a circunstancias que

pueden ser establecidas, interpretadas o valoradas solamente recurriendo a nociones que pertenecen a estos ámbitos del saber es decir-que son "científicas" en el sentido más obvio y más tradicional del término-, renuncia a utilizar su propia "ciencia privada", que casi siempre no incluye una preparación científica adecuada, y se sirve de expertos y consultores para adquirir las nociones técnico-científicas que le sirven para emitir la decisión.

Ahora bien, en la cultura actual el ámbito de las ciencias incluye también numerosas ciencias que se pueden definir como *soft*, "humanas" o "sociales" para distinguirlas de las ciencias "duras", como la psicología, la psiquiatría, la economía, la sociología y también la historia, la estética, la crítica literaria, la ciencia de las religiones y la etnología (y otras que se pueden agregar). En estos casos, un aspecto relevante del problema es que se trata de áreas del saber relativas a hechos humanos y sociales que tradicionalmente, y por siglos, han formado parte simplemente del sentido común y no eran consideradas como "científicas". Actualmente, por el contrario, estas áreas del saber se afirman como "ciencias" y pretenden una dignidad y una atendibilidad no inferiores a las de las ciencias "duras" (Taruffo, 2005: p. 4).

La tendencia prevalente pareciera estar orientada a infravalorar la aportación que las ciencias sociales pueden ofrecer para la correcta averiguación de los hechos en el proceso.

Como advierte Taruffo, muchos jueces están ligados a la concepción tradicional según la cual solamente cuando entra en juego una ciencia "dura" se vuelve indispensable la ayuda de un experto, mientras que las ciencias sociales pertenecerían a la cultura media, y por tanto entrarían en el normal bagaje de conocimientos del juez. Es claro que esta concepción es infundada, y se vuelve menos aceptable cada vez que nuevas áreas del saber adquieren el estatuto de ciencias. Sin embargo, la cultura media de los jueces no evoluciona con la misma rapidez y en la misma dirección en que evoluciona el conocimiento científico, lo que explica la permanencia -en la cultura jurídica- de la concepción tradicional y restrictiva de la ciencia. Es evidente que también están sujetos a evolución los paradigmas tradicionales de la ciencia, dado que las ciencias humanas adoptan métodos, sistemas de análisis y de control, y grados de atendibilidad de los conocimientos que no solamente son distintos de los de las ciencias "no-humanas", sino que también son profundamente diferentes entre ellos. En opinión de Taruffo, el viejo mito simplista y unitario de la ciencia

debe ser adaptado a estas nuevas realidades que -si bien de forma lenta y fatigosa- ya están encontrando la ruta de los tribunales (2005: p.5).

En este trabajo se considerarán todos los tipos de peritajes y, consecuentemente, toda clase de ciencia en que éstos se funden. Reconocemos que hay diferencias entre unas y otras. Evidentemente, un peritaje psicológico relativo a la credibilidad o veracidad del relato de un menor de edad eventualmente abusado, es distinto a una pericia referida al análisis del ADN de una persona a quien se le atribuye la paternidad de un menor. Esta última, sin duda, tiene un grado de atendibilidad mucho más elevado que la primera. Sin embargo, debemos tener presente que son pocos los casos en que una prueba científica aporta informaciones con un grado de probabilidad suficientemente alto como para lograr el estándar de valoración que contempla la legislación y que se refiere a la convicción de los sentenciadores de que los hechos han ocurrido de determinada manera más allá de toda duda razonable. Esto puede suceder con una pericia de ADN efectuada correctamente, pero tal como indica Taruffo, ocurre pocas veces en el caso de otras pruebas científicas.

II.- CONTROLES A LA PRUEBA PERICIAL

1.- Por qué es necesario establecer controles a la prueba pericial

El uso de prueba pericial en los distintos sistemas de justicia en el mundo actual ha aumentado considerablemente. Lo anterior es el resultado de una serie de factores que dicen relación, en gran medida, con la creciente tecnificación del mundo moderno. Sin embargo, también influyen otros factores, como el desarrollo económico y social experimentado en las últimas décadas, el fenómeno de masificación de la educación superior, el aumento explosivo de universidades, entre muchos otros (Duce, 2012: p. 453).

El tránsito de un modelo inquisitivo a uno de carácter acusatorio, significó un cambio profundo en nuestro sistema de justicia, pues modificó toda la lógica bajo la cual se comprendía y construía este importante medio de prueba. En efecto, los peritos son concebidos como expertos de confianza de las partes y no como auxiliares del tribunal. En cuanto a la forma de rendir la prueba pericial, la regla básica en los modelos acusatorios es que ésta consiste en la declaración que en juicio presenta el experto, sin que ella pueda ser remplazada, salvo contadas excepciones legales. Finalmente, en cuanto a la valoración de este medio de prueba se pasó de un sistema de prueba legalmente tasado a un sistema de libertad en la valoración de la prueba o sana crítica.

En este sentido, la Excelentísima Corte Suprema conociendo de un Recurso de Nulidad Penal en causa Rol N° 5579-2009 señaló en los considerandos 5° y 6° lo siguiente: “En efecto, el oponente se confunde con la regulación del sistema inquisitivo imperante con anterioridad al Código Procesal Penal, en que dicho medio probatorio estaba constituido por la materialidad del informe que se entregaba al tribunal y no por el relato del perito, como ocurre hoy; lógica que se modifica sustancialmente con la implementación del nuevo sistema de juicio oral, donde no hay duda acerca que en la audiencia respectiva la prueba pericial básicamente consiste en la declaración personal que debe prestar el experto, lo que ha sido reconocido por el artículo 329 del ordenamiento procesal penal, que dispone que la declaración del perito no puede ser sustituida de ninguna forma por la lectura de actas e informes periciales escritos, salvo algunas excepciones que se establecen en el artículo 331 del mencionado estatuto. Así, la regla fundamental respecto de esta prueba es que el perito

debe comparecer y someterse a las normas del examen y contraexamen, con las cuales se exhibe ante los jueces toda la información relevante del peritaje, quienes otorgarán mayor o menor fuerza probatoria según el grado de credibilidad que le otorguen a sus declaraciones y a su idoneidad profesional.” Luego agrega, “que conforme con lo expresado el medio que forma o puede legítimamente formar la convicción del tribunal es la declaración de los peritos en la audiencia del juicio oral. El informe pericial escrito puede ser utilizado legítimamente durante su transcurso para refrescar la memoria del experto y manifestar las inconsistencias relevantes entre las declaraciones actuales y el informe, según lo regula de manera expresa el artículo 332 del Código Procesal Penal”. (Sentencia dictada en causa Rol N° 5579-2009, seguida contra María Delia Cangas Soissa por el delito de falsificación de instrumento público, 2 de Noviembre de 2009).

Creemos que atendido el rol dominante que comienza a adquirir el conocimiento experto en la decisión de los procesos judiciales y las especiales características que presenta la prueba pericial bajo la lógica de un sistema acusatorio, es indispensable establecer mecanismos de control rigurosos a este medio de prueba, para evitar que se produzcan riesgos que su uso indiscriminado puede generar. Los riesgos que pueden producirse son: sustitución del trabajo judicial por el trabajo de expertos, mayor porcentaje de casos que se resuelven erróneamente por parte de los jueces y aumento significativo de los costos del sistema de justicia penal.

2.- Riesgos que genera la ausencia de mecanismos de control a este medio de prueba

El primer problema que identificamos se refiere a la sustitución de la función jurisdiccional por la labor de expertos. En efecto, el uso de prueba pericial fuera de los supuestos que la hacen necesaria, constituye una afectación a los principios básicos sobre los cuales se construye la actividad judicial en un sistema acusatorio, generando así una serie de inconvenientes.

Duce expone que la función central del juez es evaluar la veracidad y razonabilidad jurídica de las pretensiones en disputa, con el propósito de adoptar una decisión sobre ellas. Detrás de este modelo de decisión de conflicto, se configura un complejo entramado institucional destinado a asegurar la independencia e imparcialidad de quienes toman la

decisión, así como el establecimiento de procedimientos que aseguren su calidad y la adecuada participación de los interesados en dicha decisión y complejos sistemas de control de esas decisiones. En este entorno, una política abierta de admisibilidad de peritajes a juicio corre el riesgo de utilizar el conocimiento experto como forma de sustituir el trabajo que nuestros sistemas institucionales le asignan exclusivamente a los jueces, sin que ese conocimiento experto sea objeto de los resguardos y procedimientos establecidos para asegurar la calidad, independencia e imparcialidad del trabajo judicial. De esta forma, las decisiones se toman finalmente por expertos, con niveles de control y garantías bajas y no por el sistema institucional creado para tales objetivos (2012: pp. 454 y 455).

Compartimos lo expuesto por este autor, pues estimamos que es fundamental establecer controles rigurosos de admisibilidad a la prueba pericial con el objeto de resguardar y proteger una de las bases centrales del sistema de justicia vigente, que establece que son los jueces los encargados de resolver los asuntos sometidos a sus conocimientos. Las limitaciones a las que aludimos deben realizarse al momento de sopesar la admisibilidad a juicio de las pericias, es decir debe tratarse de un control a priori del medio de prueba. En consecuencia, en la medida que este control sea estricto, acabado y riguroso se respetarán las bases sobre las cuales se construye la legitimidad de las decisiones judiciales, las que deben ser tomadas por los jueces en el marco del sistema institucional creado para dicho objetivo. Incluso más, creemos que ello no sólo permitirá garantizar que la pericia sea necesaria para el caso en concreto y contenga información de calidad, sino que además, beneficiará la objetividad e independencia de los sentenciadores que son directrices centrales de cualquier sistema de justicia en un Estado de Derecho.

Un segundo riesgo se refiere a un potencial aumento de casos que se resuelven erróneamente por parte de los jueces. La explicación de esta situación radica en el impacto que produce este tipo de prueba en el juzgador especialmente tratándose de pericias en disciplinas de difícil comprensión, lo que debilita el control judicial sobre la calidad de información aportada por peritos, y ello inevitablemente puede llevar a un mayor porcentaje de casos que se resuelven de manera errónea por parte de los jueces.

Lo central en este punto es la calidad de la información que traen los peritos al juicio. Así, al momento de verificarse el debate en torno a la admisibilidad de una prueba pericial, es esencial que el juez de garantía fiscalice y resguarde que dicha prueba cumple

con los estándares y requisitos exigidos por la ley y que trataremos con detalle en el siguiente capítulo. La audiencia de preparación de juicio oral es central a este respecto, por cuanto lo que allí se debata y decida en torno a la admisibilidad de la pericia, puede determinar el futuro del juicio. En razón de lo expuesto y teniendo especialmente presente que la prueba pericial siempre abordará asuntos que exceden el conocimiento de los jueces, es esencial que sólo se admita a juicio aquella pericia que contiene información confiable, de calidad y atinente y sólo de esa manera, es posible evitar o disminuir la posibilidad de error por parte de los sentenciadores.

A este respecto, Duce expone que el proceso de evaluación de un juzgador (sea profesional o lego) de la credibilidad y peso de un peritaje técnico o de una disciplina científica es siempre una cuestión compleja. La dificultad que significa tal tarea, abre un espacio para que la decisión final sea distorsionada, es decir, basada en percepciones erróneas de parte del juzgador o en razonamientos que confunden los alcances de la información aportada por expertos (2012: pp. 455 y 456).

Ahora bien, creemos que la situación descrita es posible advertirla respecto de todo tipo de ciencia en que se fundamente una pericia, pues el impacto que produce este tipo de prueba en los sentenciadores es siempre muy alto. Concordamos con Duce en que “la situación descrita, se transforma en un problema grave o de mayor riesgo cuando la fuente de la confusión o del error es una consecuencia de que se trate de una opinión emanada de una ciencia novel o en estado de desarrollo y consolidación, la cual no ha sido admitida como válida por la comunidad científica o en casos en los que, derechamente, se trata de una disciplina que no satisface los estándares mínimos para tener un reconocimiento en la comunidad científica respectiva (*junkscience*)” (2012: p. 456). Es por lo mismo, que un sistema de justicia debe ser particularmente cauteloso con la admisibilidad de la información experta que admite a juicio cuando ella no es confiable.

El tercer riesgo que se puede identificar se vincula con el aumento de los costos del sistema de justicia penal y, consecuentemente, con la asignación racional de recursos estatales limitados para el cumplimiento de ciertos fines socialmente deseables.

Duce explica que una política que permite un amplio uso de prueba pericial, más allá de los casos en los que es necesaria, produce el impacto de aumentar de manera significativa los costos del sistema. Esto por varias razones. En primer lugar, impone la

necesidad de que los órganos estatales de persecución penal y de defensa pública puedan contar con recursos suficientes (ya sea propios o por vía de contratos a terceros) para producir conocimiento experto en juicio. Ello, a la vez, aumenta los costos a los litigantes que participan del proceso judicial quienes, para comprender el significado de la información experta, rebatirla o presentar su propio punto de vista alternativo al de su contraparte, se ven en la necesidad de adquirir conocimiento experto independiente. A ello, además, debe sumarse el aumento de los tiempos de litigación y preparación de los juicios producidos por la incorporación masiva de expertos, con el consecuente impacto de más tiempo invertido de parte de jueces, fiscales, defensores, funcionarios, testigos y víctimas en la resolución del caso. En consecuencia, un aspecto problemático que surge por tener políticas abiertas de admisibilidad de prueba pericial en juicios orales acusatorios es el tema de cómo lidiar con los mayores costos que ello genera, lo que en la otra cara de la moneda significa menos recursos para hacer justicia. Esta no es una preocupación que solo adquiera relevancia en contextos de escasos recursos, sino que la magnitud que puede adquirir el problema es incluso destacada en países desarrollados que cuentan con menos limitaciones presupuestarias que los nuestros” (2012: pp. 458 y 459).

Lo expuesto, lleva a concluir que el tema de los costos del sistema de enjuiciamiento penal compete a todos los intervinientes del proceso. En ese sentido, concordamos con la tesis expuesta y además reconocemos el impacto económico que puede generar una política abierta de admisibilidad de peritajes. Sin embargo, creemos que esta situación no sólo debe abordarse desde el punto de vista de los costos monetarios, sino que además es esencial poner énfasis en el factor tiempo. No cabe duda que una de las razones que impulsó el cambio de un sistema inquisitivo a uno acusatorio fue el tiempo, ya que los procesos criminales duraban muchos años, cuestión que se quiso solucionar con la instauración del nuevo sistema. Ciertamente, el resultado ha sido positivo, pues los procesos penales han disminuido considerablemente su duración. Por tanto, si admitimos abiertamente todo tipo de pericias sin controles de ningún tipo, se producirá un gran aumento en la duración de los procesos y ello puede llevar, a que se alarguen los juicios innecesariamente vulnerando las garantías de los intervinientes. La justicia debe actuar en un lapso de tiempo razonable.

3.- Mecanismos de control a la prueba pericial y jueces letrados

Se ha planteado cuál sería la necesidad de establecer controles a la prueba pericial, si en nuestro país los tribunales se caracterizan por ser letrados, y por tanto, compuestos por abogados dotados de la debida formación profesional necesaria para ejercer dicha función.

La conformación del órgano llamado a tomar la decisión de absolución o condena en cada país, es un tema que está íntimamente vinculado a cuestiones políticas y culturales de gran relevancia. “Regularmente esta cuestión dice relación directa con los estatutos constitucionales más básicos de cada país, con su manera de comprender la participación en el sistema democrático, con la confianza pública en el sistema judicial, con tradiciones institucionales muy arraigadas y otros factores así de complejos” (Riego y Duce 2007: p. 391). Se trata de una decisión vital, no sólo por su relevancia política, institucional y cultural, sino que además porque se trata de una decisión que va a impactar decisivamente en toda la estructura del juicio oral.

Así, los sistemas anglosajones se caracterizan porque la decisión más importante del juicio es tomada por un jurado que está compuesto por un conjunto de ciudadanos sin entrenamiento legal, y que son los que en definitiva optan por la decisión de absolución o de condena, decisión que además no fundamentan. La legitimidad en este caso, está dada en que ellos son representantes de la soberanía popular. Frente a la imposibilidad de controlar el resultado del proceso de valoración de la prueba, atendida la falta de fundamentación, en este sistema se regula y fiscaliza de manera bastante estricta el ingreso de material probatorio al juicio oral que va a ser valorado por parte del jurado.

Del otro lado, están los sistemas continentales que se caracterizan porque la decisión del asunto controvertido es entregada a jueces profesionales, los que deben explicitar los razonamientos que los conduce a valorar la prueba de una determinada manera. La legitimidad de los sentenciadores, se basa en que ellos están dotados de la formación profesional necesaria para fundamentar sus decisiones. A partir de la lectura de la sentencia, las partes pueden conocer de manera detallada el modo en que los jueces han valorado las pruebas y pueden, en consecuencia, recurrir ante otros tribunales con el fin de reclamar de los errores que consideren se han cometido en el desarrollo de ese razonamiento.

El sistema consagrado en el Código Procesal Penal establece para los jueces la obligación de fundamentar sus decisiones, lo que se traduce en reglas bastantes exigentes tomadas de la legislación europea continental. Se establece un sistema de libertad en la valoración de la prueba, pero se somete esta libertad a la exigencia de la reproducción detallada del razonamiento que vincula a las pruebas con las conclusiones de hecho, en la sentencia. A su vez, se establecen los parámetros a la luz de los cuales es posible controlar ese razonamiento que son el respeto de las reglas de la lógica, del conocimiento científico y de las llamadas máximas de la experiencia. Por último, tanto la explicación del razonamiento como su apego a los límites indicados son objeto de control por medio del recurso de nulidad (Riego y Duce, 2007: pp. 392-395).

Ahora bien, si el sistema chileno contempla un tribunal de juicio oral, compuesto por jueces letrados debidamente preparados para ejercer la función judicial, que están obligados por ley a fundar la decisión que adopten, podría estimarse innecesario exigir mayores controles a la prueba pericial.

En nuestra opinión, el control sí es necesario. Los sistemas adversariales como el nuestro, se caracterizan por entregarle al juez un rol pasivo en materia probatoria. Uno de los principios básicos que guía el sistema de producción de prueba, es que los jueces no tienen iniciativa probatoria y, en consecuencia, no tienen facultades para ordenar de oficio la rendición de prueba en el juicio oral. Además, la facultad de preguntar de los jueces está muy limitada, sólo pueden hacer preguntas aclaratorias después del interrogatorio de las partes. Pues bien, la tecnificación del mundo actual torna bastante compleja la labor de los sentenciadores, por cuanto de manera frecuente se ven enfrentados a resolver temas de gran especificidad técnica que claramente escapan a los conocimientos del hombre común y, por lo tanto, deben tomarse los resguardos que permitan al menos garantizar que el supuesto experto que va a declarar tenga las competencias necesarias para estar ahí. En otras palabras, si el sistema priva a los jueces de iniciativa probatoria e incluso de formular preguntas (que no sean aclaratorias) a los peritos que declaran en juicio, lo lógico es que se les asegure, al menos, que se tomaron las medidas para resguardar que la información que va a fluir de los declarantes sea de calidad, y ello sólo es posible en la medida que se establezcan controles a este medio de prueba.

Así lo ha entendido también la Excelentísima Corte Suprema en la causa Rol N° 4507-2010 al conocer de un Recurso de Nulidad Penal, en el que señala: "Que, lo razonado hasta ahora, referido a la limitación de cualquier iniciativa consistente en incorporar pruebas de cargo o descargo de manera oficiosa por el tribunal, no debe confundirse con la actividad que el artículo 329 del Código Procesal Penal confiere a los jueces del tribunal oral, para practicar preguntas al testigo o perito, con el fin de aclarar sus dichos, toda vez que el supuesto del precepto radica en que la prueba testimonial o pericial pertinente, ya fue presentada por uno de los contendientes, sin tener en su producción ninguna injerencia el tribunal ante el cual se rinde. Y por otro lado sus preguntas aclaratorias sólo se producen luego de realizado el examen y contraexamen pertinentes, prerrogativa que, sin lugar a dudas, en la hipótesis que se decida ejercerla, deberá serlo con la mayor prudencia posible, recordando los jurisprudentes siempre como restricción, la función exclusiva de los litigantes de incorporar la evidencia en el pleito, y mantenerse ajenos al debate adversarial entre ellos". (Sentencia dictada en causa Rol N° 4507-2010, seguida contra Arnoldo Alfonso Ortega Flores por el delito de violación, 28 de Septiembre de 2010). Pues bien, a través de esta sentencia queda de manifiesto que la intervención de los jueces en esta materia sólo puede circunscribirse a efectuar preguntas aclaratorias una vez que las partes han efectuado sus respectivos interrogatorios y que dicha prerrogativa debe realizarse siempre con moderación, toda vez que la facultad de incorporar pruebas al juicio es sólo de los litigantes.

Lo razonado precedentemente incide de manera directa en un principio básico consagrado en el artículo 1 del Código Procesal Penal; la garantía del juez imparcial. En dicha norma se establece que "ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un *tribunal imparcial*". Pues bien, es evidente que una forma de garantizar la imparcialidad que debe tener todo sentenciador supone la tramitación de un proceso en el que se garantice que las probanzas que han de producirse han sido debidamente controladas en todos y cada uno de los aspectos que establece la ley. Sólo de esa manera, se favorecerá la imparcialidad de los sentenciadores, pues ellos se verán enfrentados a pruebas que han sido debidamente controladas y por tanto dotadas del mérito suficiente para ingresar al juicio. Es necesario destacar, que la imparcialidad de la actuación

jurisdiccional es una exigencia ineludible para que la confianza depositada por los ciudadanos en los Tribunales para la resolución de contiendas pueda prevalecer. De lo contrario, ante el mínimo resabio de parcialidad por parte de los sentenciadores se debilitará la función jurisdiccional y ésta irá mermando su credibilidad. Es indispensable, por tanto, dotar a los jueces de los mecanismos correctos que les permitan resolver los conflictos de forma imparcial, sin prejuicios de ninguna índole y convencidos de que la prueba percibida es seria y plausible.

4.- Mecanismos de control a la prueba pericial y derecho a defensa

Los controles a este medio de prueba también son necesarios para resguardar el derecho a defensa. Esta garantía consiste en un “derecho de rango fundamental, atribuido a las partes de todo proceso, que consiste básicamente en la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y probar para conformar la resolución judicial, y de que conozcan y puedan rebatir todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial” (Horvitz y López, 2004: p. 77).

La importancia del derecho de defensa radica en que además de su carácter de derecho individual, es una garantía que torna operativo el resto de los derechos en el proceso, los que suelen quedar en un ámbito puramente declarativo mientras no son hechos valer por el imputado o su defensor (Riego y Duce, 2006: p. 108).

En efecto, sólo en la medida que se delimite de manera clara el campo de acción de la prueba pericial podrá ejercerse de manera adecuada el derecho de defensa. Así, al momento de celebrarse la audiencia de preparación de juicio oral debe entregarse al juez de garantía el informe pericial por escrito, para que se pronuncie sobre su admisibilidad y también debe ser entregado a los intervinientes para que éstos puedan preparar adecuadamente sus alegaciones y defensas. La parte que presenta al perito podrá estructurar su examen directo sobre la base del conocimiento que tenga de las opiniones del experto y cómo estas deben ser encajadas en el relato general para acreditar la propia teoría del caso. Para la contraparte, el informe será una pieza clave para preparar su contra examen o, incluso más, para producir información propia que pueda controvertir en juicio a la que aportará el perito (Riego y Duce 2006: p. 456). De no ser así, se produciría una desigualdad

en el conocimiento de los antecedentes acompañados por el interviniente que presenta al perito sin su respectivo informe, lo que afectaría gravemente el principio de la igualdad de las partes, pues una de ellas quedaría inevitablemente en una situación mucho más ventajosa. Lo anterior, se vincula también con el principio de la bilateralidad de la audiencia, según el cual cada parte tiene derecho a que se le conceda oportunidades para intervenir, defenderse y probar a su favor. Por ello, es fundamental que todos los intervinientes en un proceso tengan la facultad de ser oídos y de participar en el mismo, y claramente se transgredirá este principio si la parte que no presenta al perito recién al momento que éste declara se entera de los tópicos sobre los que va a deponer. Sobre todo, teniendo presente que se tratará de una materia específica, ajena al conocimiento común de las partes, por lo que con mayor razón se justifica esta necesidad de que las partes conozcan con anterioridad el informe pericial y así se puedan defender correctamente.

En razón de lo expuesto precedentemente, es que creemos que no es suficiente la sola declaración oral del experto ante los jueces y las demás partes, para el ejercicio adecuado del derecho de defensa. Una correcta interpretación de dicho importante derecho debe realizarse en los términos señalados, de manera tal que la existencia del informe escrito será, sin duda alguna, un mecanismo de control que permitirá asegurar una debida defensa de el o los imputados en el juicio y, además, permitirá que los jueces tengan acceso a información atinente y relevante y así, la resolución que ellos dicten tendrá mayor sustento fáctico y estará mejor fundamentada.

5.- Compatibilidad de los controles con los principios de libertad de prueba y valoración según reglas de la sana crítica

La idea de establecer controles a un medio de prueba, cualquiera que éste sea, pudiera parecer incompatible con la lógica bajo la cual funciona y se estructura un sistema de carácter acusatorio, sobre todo en lo que respecta a las directrices que lo fundamentan, tales como los principios de libertad de prueba, de oralidad, de inmediación, entre otros. En otras palabras, resulta cuestionable -desde un punto de vista puramente teórico- que un procedimiento basado en tales principios, permita el establecimiento de limitaciones que coarten o restrinjan las probanzas de los intervinientes en el proceso. Sin embargo, creemos

que el establecimiento de limitaciones en nada pugna con nuestro sistema de justicia penal vigente, incluso más, entendemos que no sólo se condicen con él, sino que además son indispensables para el correcto ejercicio de los derechos de los distintos intervinientes del proceso penal.

El Código Procesal Penal consagra en el artículo 295 el principio de libertad probatoria, según el cual “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*”. No existen, por tanto, medios restringidos ni excluidos, como tampoco existe la necesidad de probar ciertos hechos con ciertos medios de prueba.

Este principio es compatible con la figura del perito de confianza, ya que son las partes las que deciden si llevar o no a un experto a juicio y a qué perito concreto. En otras palabras, los intervinientes tienen libertad para probar los hechos materia del juicio a través del medio de prueba que estimen pertinente, y en el evento que el medio de prueba escogido sea la prueba pericial, son las partes las que deciden qué experto es el más adecuado para apoyar su respectiva teoría del caso. Ello da cuenta de la nueva forma de entender este medio de prueba, según la cual la relación del abogado con sus técnicos ha de ser próxima y comprometida. Esta nueva dimensión, cobra sentido en el marco de un trabajo en equipo y una meta que los intervinientes deben buscar siempre desde la profesionalidad y el rigor.

El principio de la libertad probatoria también es compatible con el establecimiento de controles a la prueba pericial. En efecto, libertad de prueba no es sinónimo de prueba sin control. Es indispensable establecer mecanismos de control a este medio de prueba, incluso más, creemos que éstos deben estar presentes en distintos ámbitos o etapas del proceso, desde su incorporación, pasando por su producción propiamente tal para finalizar en la valoración o peso final que la prueba va a tener, lo que quedará plasmado en la sentencia. Lo anterior, favorecerá una adecuada resolución de los conflictos, con pleno respeto a los derechos de los intervinientes, y además, beneficiará a los jueces, a las partes y al proceso en general, porque permitirá resguardar que la decisión se tomó en base a prueba que ha sido debidamente testeada y controlada en distintos aspectos, lo que garantiza la calidad de la misma y su mérito para estar en el proceso. En este sentido, compartimos lo expuesto por

Duce al señalar que “la dinámica acusatoria establece un entorno de incentivos para las partes que hace necesario tener un control más riguroso de la prueba que se pretende introducir a juicio, por cuanto no es lo mismo un sistema donde la decisión de producir un determinado medio de prueba queda entregada centralmente al legislador y a la voluntad del órgano jurisdiccional, que uno en donde son las propias partes las llamadas a producir la información de expertos” (2012: p. 465).

El principio de la libertad probatoria está íntimamente relacionado con la valoración que están llamados a hacer los jueces del tribunal de juicio oral, pues de conformidad a lo prescrito por el artículo 297 del Código Procesal Penal “*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”. Se deja atrás, por tanto, todo resabio de prueba legal tasada para dar paso a un sistema en el que prima la libertad de los jueces a la hora de valorar. Por cierto, lo anterior es coherente con la nueva forma de concebir a los peritos, ya que cualquier persona que esté en condiciones de acreditar experticia en una determinada materia puede declarar como experto en un juicio oral, quedando atrás, por tanto, el listado cerrado y oficial de personas idóneas para realizar peritajes que caracterizaba al antiguo sistema inquisitivo. Esta flexibilización del sistema pericial es coherente y consistente con el principio de valoración analizado.

El principio de valoración de la prueba conforme a la sana crítica es compatible con el establecimiento de controles a la prueba pericial. En efecto, una forma de asegurar una correcta decisión del asunto controvertido está íntimamente relacionada con una adecuada valoración de la prueba rendida en el juicio y dicha valoración será correcta, en la medida que los medios de prueba incorporados al proceso estén dotados de las condiciones necesarias para estar ahí. En efecto, el proceso intelectual que deben llevar a cabo los jueces al momento de valorar un medio de prueba es central, por cuanto de dicha operación puede determinarse la absolución o condena de una persona. Ahora bien, el sistema institucional debe tomar los resguardos necesarios para que los sentenciadores puedan valorar prueba de buena calidad y así, se logrará que la resolución adoptada por ellos sea la correcta o la que más se acerque a la verdad. Los resguardos a los que aludimos están constituidos por los controles que se establecen para los distintos medios de prueba, y, en lo que nos ocupa para la prueba pericial. En consecuencia, la libertad para valorar consagrada

por nuestra legislación (con sus respectivas limitaciones) tiene como base que dicha valoración se haga sobre la base de evidencia con contenido, de otro modo se corre el riesgo de que el proceso sea una fuente inagotable de pruebas periciales sin control alguno, quedando en definitiva la resolución en manos de supuestos expertos.

6.- Compatibilidad de los controles con los principios de oralidad e inmediación

El principio de la oralidad, es aquel que “consiste en que la palabra es el medio de comunicación entre las partes y el tribunal. Los procedimientos inspirados totalmente en el principio de la oralidad, se caracterizan porque tanto las alegaciones como las pruebas y conclusiones del proceso se verifican verbalmente, la sentencia judicial sólo puede fundarse en el material proferido oralmente. La fragilidad de la memoria humana y la imposibilidad de resolver de manera definitiva en un solo acto la gran mayoría de los conflictos no permiten, normalmente, la existencia de procedimientos en que la oralidad sea total. En cuanto al equilibrio que debiera existir dentro de un procedimiento en la aplicación del principio de la oralidad y escrituración, se ha señalado que la oralidad debe operar más profundamente respecto de las pruebas” (Maturana, 2010: pp. 821 y 822).

Por otra parte, el principio de inmediación supone la existencia de un contacto directo entre el juez y los medios de prueba que se rinden en el juicio, de manera tal que los sentenciadores puedan apreciar y percibir con sus propios sentidos el material probatorio que fluye de las probanzas de las partes.

No cabe duda, que luego de una primera mirada de lo que hemos analizado en relación al significado y trascendencia de los conceptos de oralidad e inmediación, la respuesta casi inmediata es aventurar que en la medida que la declaración oral que emite el experto sea percibida de manera directa, no habría necesidad alguna de establecer barreras o restricciones a este medio de prueba. Sin embargo, un análisis más exhaustivo de lo expuesto no permite -a nuestro juicio- concluir lo señalado.

Creemos que ambos principios son compatibles con la existencia de limitaciones a la prueba pericial. En primer término, debe precisarse que en este tipo de prueba es esencial la declaración del experto en el juicio, ella no puede ser sustituida por ningún otro medio de prueba. Con esto, se respeta la estructura central del sistema procesal penal, y

específicamente en lo que nos convoca, el principio de oralidad y de inmediación. Ahora bien, estos principios deben entenderse no sólo en el sentido de que el tribunal que dicta la sentencia debe presenciar la producción de la prueba proferida oralmente por el experto, sino que además -en una concepción que guarda armonía con las bases del sistema vigente- en el sentido de que deben existir mecanismos que permitan asegurar de la manera más certera posible, que la información que va a llegar a los sentenciadores y que ellos van a percibir sea de buena calidad. De manera tal, que si el sistema permite la presencia de expertos en el marco del juicio, es indispensable que -a lo menos- exista para las partes y para los jueces la garantía de que se va a traer información de calidad, depurada, atingente y actualizada.

En consecuencia, los principios de oralidad e inmediación sólo tienen razón de ser en la medida que haya un control de aquello que se va a percibir por los sentidos en la respectiva audiencia de juicio y, en este caso, dicho control está configurado por la necesaria existencia del informe pericial. En efecto, el dictamen escrito constituye un mecanismo de control, por cuanto es el marco que delimita aquello que el perito va a declarar en el juicio y, consecuentemente, aquello que podrán percibir los sentenciadores y los demás intervinientes del proceso. No le está permitido al experto declarar algo que no esté contenido en su informe, así como tampoco omitir aspectos sustanciales de éste. Así por ejemplo, si el perito depone sobre tópicos que no comprendió en su dictamen, ello afectará gravemente el derecho de defensa de la parte que no presenta al perito, pues no contará con dicha información previamente y, por tanto, no estará en condiciones de rebatirla. Lo anterior, cobra aún más sentido si pensamos en el carácter técnico de esta prueba, pues ello inevitablemente dificultará aún más la posibilidad de refutación que en otros medios de prueba. En síntesis, estimamos que el informe es un mecanismo de control de este tipo de prueba, porque la declaración del experto debe siempre circunscribirse a su contenido. Esta forma de control es fundamental, no sólo porque delimita el campo de acción del experto sino que también porque se garantiza el resguardo del derecho de defensa de los intervinientes.

7.- Tipos de control

Creemos que en el proceso penal es posible identificar tres tipos de controles a este medio de prueba, todos los cuales cumplen distintos objetivos y finalidades según la etapa del juicio en que se verifican. El punto en común, es que todos ellos están orientados a evitar que se verifiquen las consecuencias indeseadas que inevitablemente podrían producirse si se permitiera un uso indiscriminado de la prueba pericial en el marco del proceso. Es por ello que es necesario establecer limitaciones a este medio de prueba, pues sólo así se podrá garantizar a los intervinientes y al sistema penal en general que la evidencia que va a producirse estará dotada de los resguardos necesarios para constituir un material probatorio de calidad y apto para ser aprehendido correctamente por los jueces encargados de valorar el peso final de la pericia en un determinado juicio.

Un primer control se realiza al momento de determinarse la admisibilidad de la prueba pericial, y está constituido por todos aquellos mecanismos que se establecen como barrera de entrada a este medio de prueba. Los aspectos que se controlan en este acápite se refieren a su pertinencia, necesidad, idoneidad, confiabilidad, metodología, licitud y desnaturalización. El objetivo de este control, es permitir que sólo lleguen a juicio aquellas pericias que están en condiciones de ser conocidas por los jueces encargados de resolver el fondo de la controversia. Lo anterior, ocurrirá en la medida que el juez de garantía verifique -de manera detallada y rigurosa- que la pericia ofrecida cumple todos y cada uno de los requisitos que trataremos en el capítulo siguiente.

El segundo control se efectúa al momento de verificarse la práctica de la prueba pericial. En este punto, juegan factores relevantes que se vinculan con el respeto por el principio contradictorio, la claridad cognoscitiva y la claridad metodológica. Este control es necesario, por cuanto sólo en la medida que la pericia se incorpore al proceso de la manera que prevee la ley, ésta será válida y podrá ser considerada y valorada por los sentenciadores en la resolución final.

El tercer y último control se denomina control de valoración, y está referido al mérito que le asignan los jueces encargados de resolver el asunto controvertido a una determinada pericia. El razonamiento que efectúan los sentenciadores queda plasmado en la sentencia final. La finalidad de este control, es que la decisión que adopten los jueces sea la

más adecuada y cercana a la verdad, todo en el marco de una concepción racionalista del fenómeno probatorio según se explicará.

III.- CONTROL EN LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL

1.- En qué etapa se realiza

“En el caso de nuestro país no es necesario realizar construcciones legales o doctrinales muy complejas en este punto, ya que el sistema contempla en su diseño una etapa del proceso que tiene como uno de sus objetivos centrales el análisis de admisibilidad de la prueba. Se trata de la etapa de preparación de juicio oral (en concreto la audiencia de preparación del juicio) que es llevada ante el juez de garantía. En efecto, tanto de la revisión de la doctrina como de la lectura de los artículos 276 y 277 del Código Procesal Penal queda de manifiesto que parte central del trabajo de un juez de garantía en la audiencia de preparación de juicio, es determinar qué pruebas en concreto -de aquellas presentadas por los intervinientes- deben ser admitidas a juicio oral” (Duce, 2005: p. 35).

En razón de lo expuesto es que es posible señalar que a este respecto los jueces de garantía cumplen el rol de porteros, por cuanto su función es permitir y/o prohibir la entrada de material probatorio al juicio.

2.- Quién lo realiza

Atendido lo expuesto precedentemente, este primer nivel de control lo realizan los jueces de garantía, quienes por ley ejercen unipersonalmente la potestad jurisdiccional de los asuntos que les son encomendados. Lo anterior, que puede parecer de toda lógica, ha generado más de alguna confusión por cuanto -tal como se explicó al inicio de este trabajo- la ubicación sistemática de las normas referidas a la prueba pericial en el Código Procesal Penal ha generado cierta confusión en torno a este punto.

3.- Requisitos de admisibilidad

El Código Procesal Penal establece un régimen bastante estricto de admisibilidad para la prueba pericial, pues además de los requisitos generales para todo tipo de prueba se contemplan exigencias adicionales que son ineludibles para admitirla a juicio. Los riesgos

que puede acarrear un uso indiscriminado de este medio de prueba en el contexto procesal y que detallamos en el capítulo precedente, justifican el establecimiento de filtros adicionales los que además son consistentes con las bases de un sistema de carácter acusatorio como el que nos rige.

Los controles relacionados con la admisibilidad de la prueba pericial, se enmarcan dentro de lo que denominaremos control de primer nivel, y está constituido por todos aquellos filtros que se exigen para declarar como admisible una pericia en el marco de un determinado juicio. La importancia de este primer control, radica en que constituye el primer acercamiento que tienen las partes y el juez respecto de la existencia de la pericia y de su contenido en términos generales, pues -según se explicará- no supone un análisis profundo de su contenido. Lo anterior, no significa en caso alguno, que este control sea menos relevante que aquel referido al fondo de la pericia, se trata de controles que apuntan a aspectos muy distintos unos de otros y que -por lo mismo- se complementan, siendo ambos esenciales para un uso adecuado de este medio de prueba.

A continuación, detallaremos los controles que se contemplan en este nivel.

A) Pertinencia o relevancia de la prueba pericial

Se trata de un requisito de admisibilidad común, establecido para todo tipo de prueba en el nuevo sistema. Su regulación normativa se encuentra en el artículo 276 del Código Procesal Penal, en forma negativa. En efecto, dicho artículo regula los casos de exclusión de prueba indicando que no se admiten a juicio aquellas pruebas que “*fueren manifiestamente impertinentes*”. Leído en forma positiva, el primer requisito de admisibilidad de toda prueba es su pertinencia. Este requisito de admisibilidad es, además, reafirmado en el artículo 316 referido a la prueba pericial al señalar que se admitirá dicha prueba cuando “*además de los requisitos generales de admisibilidad de las solicitudes de prueba*”. Es decir, es una norma que hace aplicable en forma expresa para los peritos la regla general del artículo 276. Junto con lo anterior, el artículo 314 inciso segundo, que describe la procedencia general de la prueba pericial, formula también este requisito de manera indirecta, pero en forma positiva, cuando señala: “Procederá el informe de peritos *siempre que para apreciar un hecho o circunstancia relevante para la causa*”. Cabe señalar

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

¿Cuándo una prueba es pertinente o relevante? La pertinencia o relevancia de una prueba se puede determinar en varios niveles de análisis. En el nivel más simple y sencillo, el que podríamos denominar como relevancia lógica de la prueba, se entiende que ella será pertinente en la medida en que exista vinculación del contenido de dicha prueba con los hechos a debatir en juicio. En este sentido se ha entendido en nuestro país el concepto en estudio.

Por otro lado, Bofill ha indicado que una prueba carece de pertinencia cuando “no es conducente o concerniente a los hechos materia de la acusación o defensa” (2002: p. 274). Claria, en tanto, sostiene que prueba impertinente “es aquella que no guarda relación alguna con los hechos materia de la acusación o los alegados por la defensa, esto es, en que no existe ninguna relación, lógica o jurídica, entre el hecho y el medio de prueba” (1962: p. 27). Como se puede apreciar, el factor central que determinará la relevancia de una prueba tiene que ver con su potencialidad para probar hechos que van a ser objeto de debate en el juicio, sin importar cuan razonables sean o no esos hechos, cuestión que será objeto de evaluación final por parte del tribunal al momento de decidir el caso. Así entendida la relevancia, con ella se intenta evitar la producción de prueba innecesaria en el juicio haciendo un uso eficiente de los recursos disponibles por el sistema. De otra parte, evita que se introduzca información al juicio que no es importante para decidir el caso y que, en cambio, podría contaminar o confundir al juzgador (Duce, 2005: pp. 15 y 16).

B) Necesidad de poseer conocimientos especiales

Se trata de un requisito que está establecido de manera especial para la prueba pericial y que se desprende de artículo 314 del Código Procesal Penal, al señalar que procede este tipo de prueba “Siempre que para apreciar un hecho o circunstancia relevante para la causa *fueren necesarios o convenientes* conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio”. Esta exigencia se deriva de la naturaleza de esta prueba, ya que el hecho de

que exista información propia de un arte, ciencia u oficio desconocido para el promedio de la gente, es lo que justifica la utilización de la prueba pericial.

Duce señala, que la necesidad de conocimiento experto se refiere a que la contribución central del perito en el juicio será ayudar al tribunal a decidir algo que está fuera del ámbito de su experiencia, sus conocimientos o su capacidad de comprensión. Desde este punto de vista, la presentación de un perito a juicio sólo se justifica cuando el tribunal por sí solo no está en condiciones de apreciar un hecho o circunstancia del caso, ya sea debido a que se encuentra fuera de la experiencia común, fuera de su conocimiento o no es susceptible de ser comprendido con claridad sin la ayuda de un especialista. Lo que se busca, señala Duce, es evitar la presentación de prueba superflua o redundante y también 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 (2010: p. 65).

C) Idoneidad del experto

Al igual que el requisito anterior, se trata también de una exigencia especial para este medio de prueba y está constituido por la necesidad de acreditar que quien se presenta como experto sea tal. Este requisito de admisibilidad también se encuentra establecido en el artículo 314 del Código Procesal Penal, que indica que “El Ministerio Público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos... *acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito*”.

Duce plantea que aun cuando este requisito esté constituido por una exigencia obvia, hay algunos problemas potenciales que plantea su uso que parece necesario esclarecer. En primer lugar, la idoneidad del perito debe ser acreditada en el área de experticia en la que se pretende declare, es decir, debe tratarse de una idoneidad relevante para los efectos de su aporte en el caso. Además, la responsabilidad de acreditar idoneidad profesional del perito recae en quien intenta que dicho experto pueda declarar en juicio oral. Por otra parte, se plantea un problema vinculado al tipo de comprobantes o antecedentes que sirven para satisfacer el juicio de admisibilidad. La idoneidad dependerá

centralmente del tipo de experto que se intente presentar y, por lo mismo, no debiera existir una regla rígida en la materia (2005: p. 28).

D) Confiabilidad del peritaje

Al igual que los dos requisitos anteriores, se trata de una exigencia establecida de manera especial para la prueba pericial y se refiere a si la información que aporta el perito es considerada como razonable dentro de la comunidad científica a la que pertenece o a la disciplina en la cual desarrolla su arte u oficio.

El reconocimiento normativo de este requisito se encuentra en dos disposiciones. El artículo 316 del Código Procesal Penal, al referirse a la decisión de admisibilidad de los peritajes, indica que éstos serán procedentes cuando *“los peritos y sus informes otorguen suficientes garantías de seriedad y profesionalismo”*. Esta idea se ve reforzada en otra norma, el artículo 314 inciso final, que señala que los informes deberán emitirse *“ateniéndose a los principios de la ciencia o reglas del arte u oficio que profesare el perito”*. Como se puede apreciar, en ambas disposiciones el legislador enfatiza que para admitir esta prueba a juicio la información que aportará el perito debe ser seria y profesional y debe atenerse a los principios que rigen la respectiva ciencia o disciplina.

La idea central de la exigencia de confiabilidad de la opinión experta es que no todo lo que diga un perito, incluso dentro del área de su experticia y en cuestiones relevantes para el caso, puede ser admitido a juicio. Al sistema legal sólo le interesa escuchar la opinión experta, en la medida que ella tenga un nivel de validez importante dentro de la comunidad de especialistas a la que pertenece (Duce, 2005: p. 30).

Hasta ahora, hemos tratado los requisitos establecidos por ley para admitir a juicio la prueba pericial. Sin embargo, estimamos que existen otras exigencias que deben cumplirse y que se enmarcan dentro de este primer control de admisión; que son las que señalamos a continuación.

E) Metodología empleada

El elemento central para efectos de abordar el requisito en comento, es el informe pericial escrito que debe evacuar todo perito que se presente a juicio oral. En efecto, dicho informe constituye el primer elemento de este medio de prueba y su importancia radica en que éste contiene toda la información que con posterioridad puede ser conocida por los jueces del fondo, a través de la declaración del experto. Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 315 del Código Procesal Penal el informe pericial debe contener la descripción de la persona o cosa objeto de la pericia, la relación circunstanciada de todas las operaciones practicadas y su resultado y las conclusiones que -en vista de tales datos- formularen los peritos conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio. Estos tres grandes tópicos que debe contener todo informe pericial de conformidad a lo prescrito por la ley, dicen relación con la metodología del mismo, entendiendo por ésta el conjunto de procedimientos racionales que se utilizan para alcanzar un determinado objetivo.

El requisito de la metodología es central, por cuanto al momento de sopesar la admisión a juicio de una determinada pericia, uno de los aspectos que los jueces de garantía deben controlar es justamente la forma en que el perito recaba, ordena, sistematiza y analiza su objeto de estudio. A este respecto, es relevante que la información que contiene el dictamen sea clara, concreta, atingente, ceñida al objeto de estudio y que distinga claramente los aspectos de hecho de los juicios u opiniones que resulten de la aplicación del conocimiento experto a la materia de estudio. Esto último, permitirá distinguir los juicios de hecho (objetivos) de los juicios de valor (subjetivos). No debe olvidarse que los peritos aplican su saber a un caso puntual y determinado. Dicho de otro modo, la labor del experto consiste en dar un juicio de valor con rigor científico. En consecuencia, para elaborar sus conclusiones el perito debe efectuar un razonamiento que se relaciona con la elaboración de un juicio de valor.

Por tanto, es esencial que el perito respete las reglas de su saber, y que en base a ellas y utilizando un procedimiento lógico, coherente y razonable llegue a determinadas conclusiones, de las que en definitiva incluso otro experto en la misma materia podrá discrepar. Sin embargo, en la medida que el razonamiento y el procedimiento metodológico

estén correctamente empleados, éste debe ser admitido más allá del contenido y de las conclusiones que el informe contenga.

F) Licitud de la prueba pericial

Se trata de un requisito que presenta características distintas a los demás, toda vez que podría decirse que estamos en presencia de una exigencia de carácter indirecta. En efecto, la licitud o ilicitud de la prueba pericial dice relación con la posibilidad que el antecedente que sirve de base a la pericia (su objeto concreto) tenga un origen ilícito y en consecuencia, ello acarreará inevitablemente la ilicitud de la prueba pericial, aun cuando ésta cumpla con todas y cada una de las exigencias legales de este medio de prueba. Por tanto, es perfectamente factible que la prueba pericial cumpla con todas las exigencias legales y al momento de discutirse su admisión a juicio en la audiencia de preparación ésta deba ser desechada, toda vez que el antecedente que le sirve de base sea declarado ilícito de conformidad a la ley. Así por ejemplo, si se extrae a un hombre una muestra de sangre sin su consentimiento y se utiliza dicha muestra para realizar una pericia de su ADN con el objeto de dilucidar su paternidad, esa muestra de sangre constituirá una prueba ilícita, por cuanto fue obtenida con inobservancia de garantías fundamentales y, en consecuencia, la pericia que se realiza a su respecto adolecerá del mismo vicio, por lo que no podrá ser admitida a juicio oral. En razón de lo expuesto, es que puede señalarse que la prueba ilícita contamina a las pruebas sobrevinientes, aunque éstas sean legales.

Es innegable que el papel que cumple la prueba en todo proceso es trascendental, por ello es que la ineficacia probatoria de la prueba ilícita y de las pruebas que se basan en ellas constituye un marco jurídico que se ha establecido acertadamente con el objeto de establecer los parámetros para que ésta tenga plena validez jurídica, lo que supone que ella sea recabada de manera que no viole ningún precepto legal. Así, como una forma de resguardar el Estado de Derecho es que el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal entrega al juez la facultad de excluir las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales y la oportunidad para ello, es la audiencia de preparación de juicio oral. Es de toda lógica por tanto, que si el antecedente

que sirve de base a la pericia contraviene las exigencias legales establecidas para que tenga validez, ésta también sea ineficaz y, en razón de ello, deba ser desechada.

4.- El problema de la “desnaturalización” de la prueba pericial

La desnaturalización de la prueba pericial más que ser un requisito propiamente tal de este medio de prueba, se refiere a impedir que a través de otras pruebas se introduzcan al juicio pericias desvirtuando así este importante medio probatorio. Por ello, es que creemos que a este respecto es posible hablar de un control indirecto de la prueba pericial, porque en realidad se trata de un control que se ejerce sobre los otros medios de prueba que se incorporan al juicio, verificando que ellos cumplen con sus respectivos requisitos legales y de esa manera impedir que ingresen pericias disfrazadas bajo el nombre de otro medio de prueba.

Lo expuesto adquiere sentido si se piensa -tal como se indicó al inicio de este trabajo- que la prueba pericial se compone de dos elementos muy distintos uno de otro como son el informe escrito y la declaración oral del experto. Así, respecto del informe escrito es evidente que éste presenta una serie de semejanzas con lo prueba documental y, en consecuencia, puede ocurrir que se intente incluir como prueba documental en un determinado juicio un informe emitido por un experto. Por otra parte, es usual ver que se ofrece como prueba testimonial a una persona que en realidad más que ser un testigo es un perito. Lo anterior, pone de manifiesto la importancia que tiene conocer de manera precisa los requisitos de la prueba pericial, para así evitar que se desnaturalice esta prueba y que ingresen como documentos, escritos que en realidad son informes evacuados por un experto y, de otro lado, que declaren como testigos personas que en realidad son peritos. Las especiales características del medio de prueba que estudiamos, hacen que se justifique el establecimientos de requisitos adicionales según se explicó precedentemente, es por ello que es esencial ser riguroso en el estudio de los demás medios de prueba y, además, conocer de manera detallada los requisitos de la pericias, para así evitar que se burlen los controles que se contemplan para la prueba pericial.

Así las cosas, son los jueces de garantía los que tienen una importante labor en esta materia, ya que el análisis que ellos hagan de la prueba ofrecida debe ser riguroso para que

la información que reciban los jueces del fondo sea la correcta y a través del medio probatorio que corresponda, lo que en definitiva favorecerá el respeto de los derechos de todos los intervinientes del proceso penal y de la estructura del sistema penal vigente.

5.- Situación del artículo 309 del Código Procesal Penal

El problema de la desnaturalización de la prueba pericial tratado precedentemente, está relacionado con lo dispuesto en el artículo 309 inciso segundo del Código Procesal Penal, que dispone que “Todo testigo dará razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declarare, expresando si los hubiere presenciado, si los dedujere de antecedentes que le fueren conocidos o si los hubiere oído referir a otras personas”. De conformidad a esta norma, nuestra legislación permite expresamente que los testigos efectúen deducciones en su declaración, es decir que emitan juicios u opiniones los que deben siempre extraerse de antecedentes conocidos por ellos.

Lo expuesto, requiere algunas precisiones que creemos importante despejar. No cabe duda, que la posibilidad de que un testigo emita una opinión en el marco de su declaración puede llevar a confundir la figura del testigo con la del perito, por cuanto - como ya se indicó- todo perito que concurre a un juicio lo hace con el objeto de emitir una opinión, sobre la base de conocimientos especiales que éste posee y que son necesarios para la adecuada resolución de la controversia. En razón de lo expuesto, la opinión que emite un experto que concurre a declarar a un proceso difiere sustancialmente de la opinión que puede pronunciar un testigo de conformidad a lo previsto en la norma citada. En efecto, los juicios que pueden emitir unos u otros, difieren centralmente de la naturaleza de cada medio de prueba. Los testigos están involucrados con los hechos, ya sea porque los presenciaron, porque los oyeron de otras personas o porque los deducen de antecedentes que fueron conocidos por ellos mismos. Los peritos, en tanto, no tienen esa cercanía con los hechos. En ese sentido, es posible advertir que los expertos están más distantes del proceso, por cuanto concurren a emitir una opinión en razón de sus especiales conocimientos, en tanto que los testigos deducen u opinan de antecedentes que conocen en el mismo momento en que los hechos se verifican.

Así las cosas, creemos que es indispensable tener claras las diferencias entre testigos y peritos, ya que sólo de esa manera se podrá resguardar la correcta aplicación del medio de prueba que estudiamos y de la prueba testimonial. A su vez, ello permitirá distinguir las opiniones que legítimamente pueden emitir unos y otros en el marco de un proceso.

De conformidad a lo expuesto, es indiscutible que en la medida que peritos y testigos estén facultados para emitir opiniones o juicios en el contexto de sus respectivas declaraciones, ello es una puerta de entrada a posibles tergiversaciones de ambos medios de prueba. Por ello, es esencial que los jueces de garantía sean especialmente rigurosos y serios al momento de analizar la prueba ofrecida lo que supone tener claras las diferencias entre unos y otros. Los intervinientes tienen también una importante tarea a este respecto, ya que en el marco de la prueba ofrecida ellos deben hacer un buen uso de la disposición analizada. Así, en la medida que los distintos actores del sistema penal respeten las normas jurídicas vigentes y la naturaleza jurídica de las distintas instituciones en estudio, se favorecerá una adecuada resolución de los conflictos sometidos al conocimiento de los jueces.

6.- Objetivo y estándar de este control

La existencia del control de admisión de la prueba pericial, se explica por razones de fondo. Detrás de ellos se busca satisfacer dos grandes objetivos: resguardar la protección del debido proceso y favorecer la introducción de información de la más alta calidad, para beneficiar la toma de decisiones judiciales más acertadas (Duce 2012: pág. 493).

Ahora bien, la pregunta en torno al estándar que debe cumplir la prueba pericial para ser declarada admisible por los jueces de garantía, es sin dudas una interrogante central.

Coloma señala que una regla del juicio oral chileno, es que cualquier información puede ser allegada a la audiencia de prueba a menos que sea declarada inadmisibile. En vista de lo anterior, cualquier exclusión de información debiera contar con buenas razones que la justifiquen. Las razones consideradas en el Código Procesal Penal para la exclusión de información pueden ser clasificadas en tres categorías: razones de eficiencia en el uso de los recursos, razones de protección de derechos fundamentales y razones de información

potencialmente sesgada como asimismo información de baja calidad. En relación con esto último, el autor indica que la mala calidad de la información será consecuencia -principalmente- de la falta de control (2003: pp. 17 y 18).

Ahora bien, de lo expuesto surge inmediatamente la interrogante que efectuamos al inicio y que se refiere a cómo debe efectuarse dicho testeo. ¿Qué estándar debe cumplirse para admitir o no a juicio un medio de prueba, y en este caso, la prueba pericial?

Postularemos que en este nivel debe efectuarse un control de plausibilidad de la prueba. Ello significa, que el juez de garantía consciente del fin del proceso debe analizar y evaluar si la pericia ofrecida será una evidencia útil para el mismo. El análisis descrito supone dejar fuera todo tipo de subjetividad, de arbitrariedad y de impulsos, pues se trata de una decisión concreta y objetiva que se toma en base al cumplimiento de las exigencias mencionadas y, en virtud de la cual, se decide si es plausible o no que el medio de prueba ingrese al juicio. Ahora bien es importante aclarar que este testeo es preliminar, por lo que no se puede exigir a los jueces de garantía -en esta instancia- una claridad absoluta en relación con la capacidad de la pericia para aportar información que será de utilidad para el proceso. En efecto, los jueces -a la luz del cumplimiento de las directrices mencionadas precedentemente- determinan que la pericia ofrecida es una evidencia que está dotada de las condiciones necesarias para proporcionar antecedentes de interés al juicio. No hay certeza, por tanto, de que el medio de prueba será provechoso para el resultado del proceso; sin embargo existen fundamentos serios para establecer que se trata de una evidencia potencialmente útil y, en base a ello, es que debe ser declarada admisible a juicio oral.

En relación con lo expuesto, Duce señala que el objeto del juicio de admisibilidad es evitar el ingreso de expertos sin una mínima calificación en su área de juicio. En razón de ello -concluye el autor- el examen de admisibilidad es relativamente bajo o preliminar. Si se acredita que el perito es una persona que tiene un conocimiento especial o experiencia relevante en el área de su experticia, debe ser admitido a juicio (2010: p. 77). Concordamos con el autor pero creemos que la frase expuesta requiere de algunas precisiones.

En primer término es cierto que en este primer nivel de control el examen de admisibilidad es preliminar. Esto debe ser entendido en el sentido que el estudio que se verifica en esta etapa no supone un estudio profundo, detallado y exhaustivo del contenido de la pericia. Sin embargo, ello no significa en caso alguno que el examen sea irrelevante o

sólo formal. Lo que procede en esta etapa es cotejar si la pericia ofrecida cumple con los requisitos que hemos analizado precedentemente (pertinencia, relevancia, idoneidad, entre otros), en cuyo caso debe ser declarada admisible. Esta operación no es simple, por cuanto supone hacer un análisis en torno a la capacidad y aptitud de la prueba para probar los hechos materia del juicio, teniendo siempre como base las directrices planteadas anteriormente. Por ello, es que a nuestro juicio el análisis respecto a la admisibilidad de la pericia es tan relevante como la determinación de su valor.

7.- Caso Daubert

En Estados Unidos, hasta el año 1993 el criterio de confiabilidad de las pericias estaba determinado por el caso Frye, el cual establecía el denominado test de aceptación general. Según este test, una prueba pericial podía ser admitida a juicio en la medida que la técnica o teoría utilizada por el experto fuera de aceptación general en la comunidad a la que pertenecía. La formulación general de este test daba un espacio importante de discrecionalidad a los jueces para decidir qué y qué no admitir a juicio, incluso les permitía admitir peritajes en ciencias noveles aun cuando todavía no fueran de general aceptación. Esta situación cambia de manera radical el año 1993, año en el que se da inicio a una serie de decisiones jurisprudenciales de la Corte Suprema que rediseñaron las exigencias de admisibilidad de la prueba pericial en dicho país. El caso Daubert de ese mismo año, constituye el punto de partida de la jurisprudencia actual (Duce 2012: p. 483).

La causa “Daubert v, Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.”, trató sobre un juicio de responsabilidad civil en el cual se demandaba por los daños sufridos por el consumo de un medicamento (Bendectin, producido por el laboratorio Merrel). Según los demandantes, el consumo del mismo por parte de su madre durante sus periodos de embarazo habría sido la causa de una serie de malformaciones en sus personas.

El razonamiento de Daubert es que, en el ámbito del derecho, no debiese aceptarse como conocimiento experto sino aquello que la “buena ciencia” aceptaría como tal, nada menos. Para efectos de concretizar este requisito, fueron formulados cuatro criterios que son una síntesis del método científico para la obtención de conclusiones. La admisibilidad de determinado ámbito del conocimiento en el juicio, dejó de ser el producto de la

apreciación judicial sobre si esa disciplina era o no reconocida generalmente. De ahí en más, el juez debía sujetarse a parámetros concretos para resolver la admisibilidad del testimonio experto, parámetros que son propios de la forma en que la ciencia opera.

En definitiva, se formulan los siguientes requisitos mínimos para que un determinado testimonio sea confiable y por lo mismo pueda ser admitido en juicio.

a) Debe involucrar una hipótesis susceptible de ser sometida a prueba

En conformidad con este requisito, la hipótesis envuelta en la declaración experta que se pretende incorporar en un proceso, debe ser posible de confrontar con un determinado grupo de casos del mundo real, de modo tal que sea posible comprobar que lo que en teoría se sostiene se condice con lo que ocurre en la práctica. De hecho, el fundamento de este requisito es que la posibilidad de poner a prueba una hipótesis es lo que distingue a la ciencia de otros ámbitos del conocimiento. Por ello, si tal confrontación no es posible, no se trata de un conocimiento confiable que pueda ser admitido en juicio.

b) Debe tratarse de una hipótesis que haya sido sometida a la revisión de los pares y publicada

Para que un testimonio experto sea admitido en juicio, es necesario que la teoría o la técnica respectiva haya sido sometida a la revisión de pares y que haya sido publicada. En realidad, son dos requisitos que están muy relacionados pues, en general, el objetivo de la publicación es que el resto de la comunidad especializada se entere de la teoría planteada y realice observaciones pertinentes por la misma vía, demostrado su acuerdo o su desacuerdo con los métodos usados y los resultados obtenidos. Se trata, en general, de que sólo a través de la comunicación de la hipótesis al resto de los entendidos, es posible la legitimación de la misma.

c) Debe existir conocimiento de la tasa potencial de error y de la existencia de estándares que controlan la investigación sobre la cual se basa la teoría

En conformidad con este requisito es necesario que quienes manejan la hipótesis respectiva estén al tanto del margen de error de la misma. En general, una teoría que se aprecie de científica reconoce un margen de error bajo (entre un uno y un cinco por ciento).

d) Debe haber aceptación general de la metodología que subyace a la teoría de la comunidad científica

El objetivo de este requisito es que al testificar en juicio, el experto empleará en la Corte el mismo rigor intelectual que caracteriza la práctica de un experto en el campo relevante respectivo. Esto quiere decir que la labor de los peritos en juicio debe seguir los procedimientos y técnicas que comúnmente son usados al interior de la comunidad científica, debiendo justificarse suficientemente en caso de alejarse de los mismos.

Ahora bien, resulta relevante señalar que los criterios de Daubert no tienen la pretensión de ser exclusivos ni excluyentes, toda vez que se admite la posibilidad de que existan otros potenciales que deban ser respetados igualmente, según las particularidades del tipo de peritaje. Asimismo, se asume que no todo tipo de teoría con pretensiones de científica, por su propia naturaleza, puede ser analizada desde el punto de vista de los cuatro criterios de manera necesaria. En efecto, se reconoce en Daubert que algunas proposiciones son demasiado particulares, demasiado nuevas o demasiado limitadas como para ser publicadas o como para que se maneje un margen de error. En definitiva, la publicación de la teoría que sustenta el testimonio experto, la revisión de los pares en una comunidad científica y el conocimiento del margen de error será “signo de una buena ciencia”, pero no requisitos esenciales de la misma.

Con Daubert comienzan los esfuerzos jurisprudenciales por hacer más racionales los criterios para determinar la admisibilidad del testimonio experto en juicio. El objetivo era, por un lado, limitar los conocimientos que podían introducirse al proceso judicial como materia de pericia. De ahí en más sería el método científico el que establecería lo que es utilizable en juicio, diferenciándolo de lo que no lo es (y que comúnmente corresponde a campos de estudios propios de la denominada despectivamente “ciencia basura” o “*junkscience*”). Por otro lado, Daubert significó un avance en términos de limitar la discrecionalidad judicial en la determinación de la admisibilidad del testimonio experto en juicio. Si antes le era posible al tribunal una decisión no controlable en este sentido (al corresponderle al mismo solamente la calificación de un saber como “generalmente aceptado”), ahora estaría limitado por criterios delimitados y mayormente controlables (Silva y Valenzuela, 2011: pp. 112 a 116).

IV.- CONTROL EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA PERICIAL

1.- En qué etapa se realiza

El control en la práctica de la prueba pericial se efectúa en la etapa de juicio oral. En efecto, una vez admitida a juicio una determinada prueba pericial, ella debe ser producida en el juicio oral, que es la audiencia oral que se efectúa ante un tribunal colegiado compuesto por tres jueces, y donde por ley deben producirse las probanzas de las partes.

Hemos analizado la importancia que tiene la prueba en todo proceso, pues de ella se pueden derivar consecuencias gravitantes para el futuro de una o más personas. Ahora bien, la forma en que ella se incorpora al proceso y llega a conocimiento de los sentenciadores es central, por cuanto para que un determinado medio de prueba nazca válidamente en el marco de un juicio, debe respetar una serie de requisitos referidos a su producción los que a su vez permitirán que los jueces puedan aprehender correctamente el material probatorio que fluye del mismo, teniendo siempre en vista el respeto por los derechos de los intervinientes.

En razón de lo expuesto, el presente control lo realizan los jueces del tribunal de juicio oral en lo penal, quienes por ley son los llamados a conocer y juzgar los crímenes y simples delitos de conformidad a la ley.

De lo anterior no hay duda alguna, toda vez que la normativa relativa a la regulación de la prueba, y en especial las normas que regulan la producción de la prueba pericial se encuentran enmarcadas dentro del Título III del Libro II del Código Procesal Penal, referido al juicio oral.

Este segundo nivel de control comprende tres aspectos; la correcta incorporación y producción del medio de prueba al proceso, la claridad cognoscitiva y la claridad metodológica.

2.- Control de la correcta incorporación y práctica de la prueba pericial

Bajo el antiguo sistema de enjuiciamiento penal, la prueba pericial estaba centralmente constituida por el informe escrito presentado por el perito y que se acompañaba al expediente. Esto, en el nuevo sistema es inadmisibile. Si el perito no comparece a juicio y no se somete a las preguntas de examen y contra examen, no hay prueba pericial (Baytelman y Duce, 2004: p. 304). Es esencial, por tanto, que la pericia sea incorporada al proceso de la manera correcta, esto es respetando las reglas que contempla la ley. Una directriz que guía las reglas de producción de esta prueba está constituida por el principio contradictorio que implica la posibilidad cierta de los litigantes de discutir el peritaje, lo que -en la práctica- se traduce en que el desarrollo de la prueba pericial respete las formas establecidas por ley para su producción, en especial, en lo relativo a la facultad que tienen todos los intervinientes del proceso penal de participar en el interrogatorio del experto que declara en un juicio.

La regulación de la declaración del perito se encuentra en el artículo 329 inciso tercero del Código Procesal Penal, según el cual ellos deberán exponer brevemente el contenido y las conclusiones de su informe, y a continuación se procederá al interrogatorio de las partes. Por tanto, “en materia de peritos éstos deberán en primer lugar proceder a una exposición espontánea (sin guía de preguntas de ninguna de las partes) en la que se resume el contenido y conclusiones de su informe. Luego, sólo a partir de este ejercicio, el perito se somete a las preguntas de examen y contra examen” (Baytelman y Duce, 2004: p. 307). Finalmente, los jueces pueden formular al experto preguntas aclaratorias.

A este respecto, resulta importante tener presente que los peritajes nunca son neutrales, y de hecho, son presentados por la parte precisamente porque ellos apoyan su versión de los hechos. Siendo así, el artículo 330 prohíbe que la parte que presenta al perito le dirija preguntas sugestivas (aquellas que contienen su propia respuesta) pues, en ese caso, los peritos no estarían sino dejándose guiar por el abogado que los presentó y a favor de cuya parte vienen a declarar (Baytelman y Duce, 2004: p. 61). Ahora bien, “el hecho que los peritos lleguen comprometidos con una versión de los hechos, es una cuestión estructural de cualquier sistema, y más bien se descarta la pretensión de la cultura inquisitiva de que ello se disipa por el hecho de cubrirlos con un -muy discutible- manto de

imparcialidad e idoneidad, otorgado por el hecho de que la ley así lo declare. En cambio, un sistema adversarial lo que hace es someter dicha imparcialidad e idoneidad profesional al ejercicio concreto de la contradictoriedad” (Baytelman y Duce, 2004: p. 305).

En consecuencia, la importancia de este primer control radica principalmente en el hecho que en la medida que se respete el principio contradictorio en lo referido a la producción de la prueba pericial, ello abrirá siempre la puerta al debate en torno a la pericia y así, en la medida que esa posibilidad de discutir el medio de prueba sea cierta - independientemente de que se ejerza o no por la contraria- se respetará no sólo este importante principio sino que se resguardará también el derecho a defensa de todos los intervinientes del proceso penal.

En este mismo sentido, la Excelentísima Corte Suprema en la causa Rol N° 1079-2013 ha señalado: “Por otra parte, también fue ilustrado el tribunal, mediante la prueba producida por las partes consistente en la exposición de expertos sobre la peligrosidad del acusado, información que fue introducida al juicio mediante los ejercicios propios de la litigación en un juicio adversarial sin que se advierta reproche alguno en el recurso sobre su producción o incorporación.” Agrega el fallo, que “estas especiales circunstancias permiten entender satisfecho plenamente el objetivo del procedimiento que se reclama, toda vez que la forma ha sido establecida para expresar la garantía que se pretende tutelar, cautelando así la legitimidad de la imposición de la medida, y en este caso han concurrido los elementos sustanciales tenidos en consideración para el establecimiento de la ritualidad cuya omisión se reprocha”. (Sentencia dictada en causa Rol N° 1079-2013, seguida contra Alexi Enrique Estay Estay, por el delito de sustracción de menor, 18 de Abril de 2013). En consecuencia, en este punto el razonamiento del máximo tribunal radica en que al estar establecido que la incorporación de la información al juicio fue efectuada correctamente y no existiendo reproche alguno a este respecto, es posible concluir que la medida fue impuesta legítimamente. De ahí, la importancia de respetar las normas de incorporación y producción de los medios de prueba.

3.- Control de la claridad cognoscitiva

En relación con este elemento, postularemos que constituye un deber para el perito el expresar con claridad los aspectos de hecho, argumentos y conclusiones contenidos en el informe pericial que elaboró. Lo expuesto, conlleva el correlativo derecho que tienen los intervinientes de comprender a cabalidad las declaraciones que el experto emite en el marco de un determinado proceso.

En efecto, tal como postulan los autores Baytelman y Duce la potencia del testimonio de un experto está centrada en las materias técnicas sobre las cuales tiene conocimiento especial y que contribuyen al caso concreto. Sobre dicho testimonio, deberá lograrse que el experto declare para la comprensión del tribunal. Habrá que hacerle ver que, si se requirió de un experto, es precisamente porque los hechos resultan incognoscibles para los jueces en la forma en que están descritos, y requieren de una explicación por alguien con experticia. A fin de cuentas, la cuestión esencial será que el lenguaje técnico de la experticia, traducido a un idioma comprensible para el tribunal, resulte en las proposiciones fácticas que sustenten la teoría del caso.

La tendencia natural de los expertos es hablar en el lenguaje de su experticia porque, con frecuencia su rigurosidad profesional se expresa, entre otras cosas, precisamente en la precisión técnica. El desafío está entonces, en hacer que este experto pueda explicar lo mismo en términos que sean claros para todos los que están fuera de la órbita de tales conocimientos. Pero, más que ninguna otra cosa, en términos que acrediten proposiciones fácticas sin exigir de los jueces interpretaciones privadas acerca del significado de la afirmación técnica. Si el experto insiste en utilizar términos difíciles de comprender porque ellos son los más adecuados técnicamente, hay que pedirle que explique su significado en términos legos. Aquí el abogado debe tener un control muy estricto de la información que sale de la boca del perito y que esa información se produzca en un formato que sea claro y convincente para el tribunal (2004: pp. 316 y 317).

La importancia de este control, dice relación con el respeto por los derechos de los intervinientes en el proceso, en especial el derecho de defensa del imputado. Sin perjuicio que este tema lo trataremos en los párrafos siguientes, por ahora resulta conveniente

establecer que sólo en la medida que las partes comprendan el contenido de la pericia podrán ejercer de manera correcta su derecho de defensa.

Por ello es que los peritos concurren al juicio oral a explicar su informe. No se presentan simplemente a leerlo o a ratificar lo que allí se dice. Lo que interesa al juicio oral es la declaración actual del perito, de manera que éste pueda explicar sus conclusiones en un lenguaje común que todos -y los jueces antes que nadie- puedan comprender (Baytelman y Duce, 2004: p. 57).

4.- Control de la claridad metodológica

Hemos explicado en el capítulo precedente, lo que se entiende por metodología y los términos en que ella debe ser controlada para decretar como admisible la prueba pericial. Ahora bien, en este punto la metodología dice relación con el procedimiento específico utilizado por el experto en un determinado caso para arribar a las conclusiones concretas de su informe, procedimiento que debe ser explicado de manera oral a los intervinientes, detallando los pasos que se han seguido y el orden lógico de las argumentaciones que servirán de base para arribar a las conclusiones del informe.

“Es indispensable en este nivel, verificar si el perito es o no fiel a su ciencia en el sentido de utilizar los procedimientos acreditados y considerados idóneos en su área para obtener conclusiones. Buena parte del rigor de las disciplinas científicas más duras se basa en la utilización de procedimientos muy específicos que permiten validar resultados. Cuando esos procedimientos no son seguidos, los resultados, por impresionantes que sean, normalmente carecerán de valor para quienes cultivan las respectivas disciplinas. En consecuencia, si hay un error o un cambio relevante en el procedimiento utilizado, normalmente la conclusión se deteriora” (Baytelman y Duce, 2004: p. 327).

De lo expuesto, fluye la importancia de este tipo de control, por cuanto conocer la forma en que se procesa una información es esencial al momento de valorarla. De ahí que resulta esencial que la metodología sea explicada a los intervinientes del proceso y en términos accesibles para ellos. Lo anterior, supone dar a conocer si el método empleado es el actual para la disciplina en estudio; si dicho método ha sido utilizado de la manera tradicional o si a su respecto se efectuó algún cambio atendido alguna circunstancia

especial del caso en concreto; si existen otros procedimientos alternativos al utilizado para arribar a las conclusiones contenidas en el informe; las razones para optar por el método utilizado; el grado de aceptación del método por parte de los científicos que profesan la disciplina objeto de la pericia; entre otros. Desde luego, para los jueces del fondo, este control es indispensable, por cuanto son ellos quienes valorarán el peso final de la pericia al momento de dictar la resolución final. Así, aun cuando en la gran mayoría de los casos el peritaje se referirá a aspectos totalmente ajenos a los sentenciadores, el hecho que ellos entiendan el procedimiento utilizado por el experto constituye un punto de partida para atribuir de seriedad a la prueba pericial que se presenta. Por el contrario, si el procedimiento explicado por el experto carece de toda lógica y su estructuración no ofrece ninguna garantía de seriedad, ello incidirá inevitablemente en la valoración de la pericia, la que -de seguro- tenderá a perder peso en el contexto del juicio. Por otra parte, para los intervinientes del proceso no cabe duda que el hecho que estén en conocimiento de la metodología empleada es de gran importancia, toda vez que para la parte que presenta el medio de prueba la exposición en relación a la metodología puede ser una herramienta útil a la hora de darle peso y valor a su pericia. Y así, para la contraparte la metodología usada por el perito puede constituir una forma muy eficaz de atacar el medio de prueba.

Finalmente, nos parece importante efectuar una precisión que dice relación con la diferencia que presenta el examen en estudio y el requisito de la metodología que tratamos en el control de admisión de la prueba pericial. En efecto, se trata de dos enfoques distintos del mismo tema. Lo que se controla en relación con la metodología al momento de evaluar la admisibilidad de este medio de prueba, se refiere fundamentalmente a la existencia de un procedimiento formal en relación con la forma de procesar la información que contiene el peritaje. Es decir, los jueces de garantía deben evaluar que exista algún mecanismo formal que sistematice la información presentada en el informe, y luego, que ese mecanismo o metodología satisfaga el estándar de plausibilidad que tratamos en el capítulo anterior. Ahora bien, el control relativo a la metodología que se realiza en la etapa de producción de la prueba, supone una valoración por parte de los jueces receptores de la información, pues ellos deben analizar si la metodología empleada por el perito es la adecuada, opinión que se formarán a partir de las preguntas que realizan los intervinientes. En consecuencia, lo primero es evaluar que haya metodología y, a su vez, que ésta reúna las exigencias mínimas

para ingresar al juicio y ser conocida por los jueces de juicio oral en lo penal. Lo segundo será, por tanto, que esa metodología aparezca como coherente, suficiente y pertinente a la luz del objeto de estudio, de la disciplina aplicada y de la experticia del perito.

5.- Objetivo de este control

La existencia del control en la producción de la prueba pericial se justifica por el respeto a los derechos de los intervinientes del proceso penal, en especial el derecho a defensa del imputado. En el capítulo II del presente trabajo, hemos planteado la definición que efectúan Horvitz y López sobre lo que debe entenderse por derecho de defensa. Así, este importante derecho comprende genéricamente lo siguiente:

- a) El derecho a ser oído, lo que supone el derecho a conocer el contenido de los cargos que se le imputan y los antecedentes que los fundan, a objeto de ejercer adecuadamente su derecho a defenderse y a formular los planteamientos y alegaciones que convengan a su defensa;
- b) El derecho a controlar y controvertir la prueba de cargo;
- c) El derecho a probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal;
- d) El derecho de valorar la prueba producida y exponer la razones fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable, y
- e) El derecho a defenderse personalmente o, si esto no le fuere permitido, elegir un defensor para que lo represente o asista.

Estas garantías se contemplan en los artículos 14 N° 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 N° 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ambos tratados han sido ratificados por Chile, y en consecuencia, están incorporados al ordenamiento jurídico interno a través del artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política del Estado, con rango constitucional.

La importancia del derecho de defensa radica fundamentalmente en permitir que los intervinientes del proceso, en especial el imputado, puedan ejercer todas y cada una de las facultades que les confiere la ley para ejercer su defensa, siempre en miras al respeto por el debido proceso. Así, no es posible concebir un debido proceso si no existe un escenario que

esté dotado de las condiciones necesarias para permitir una adecuada defensa del imputado y los demás intervinientes del proceso penal.

Ahora bien, creemos que atendidas las especiales características que presenta la prueba pericial y que hemos desarrollado en este trabajo, es necesario ser muy exigente y riguroso a la hora de proporcionar las condiciones necesarias para un adecuado ejercicio del derecho de defensa en el marco de producción de la prueba pericial descrita. Lo anterior, se explica por la naturaleza de este medio de prueba. La prueba pericial va a versar siempre sobre materias respecto de las cuales ninguno de los intervinientes tiene un conocimiento acabado. Pensemos, en una millonaria estafa cometida por cuatro funcionarios al interior de un holding que reúne a diez empresas de distinta índole. Pues bien, los funcionarios coludidos generan toda una distorsión del sistema computacional y logran alterar el procedimiento normal de pago, con lo que inducen al sistema en un error, lo que genera la disposición patrimonial de la empresa con el correlativo perjuicio patrimonial, dinero-por cierto- que termina en manos de los imputados. Ahora bien, concurre a la audiencia de juicio oral como prueba de cargo un perito experto en computación y, específicamente, en los softwares que utiliza la empresa para registrar los pagos, quien concluye -en definitiva- que el sistema computacional fue alterado por los imputados con el objeto de lograr la defraudación. Es evidente, que el contenido del informe -atendida su especificidad- será de difícil comprensión para la defensa, pues contendrá términos técnicos que serán ajenos a las partes. Creemos, que en el marco de la explicación que el perito debe dar respecto del contenido de su informe debe permitirse que éste sea expresado de la mejor manera posible, en el sentido de que la información que va a proporcionar sea recepcionada en forma clara por el tribunal y por la contraparte. Y así, ello puede realizarse en el caso en comento, con una explicación ilustrativa usando el computador y que el experto realice materialmente la adulteración que efectuaron los imputados. Hipótesis como ésta, entre muchas otras, entendemos que deben proponerse y deben también ser aceptadas por los jueces, sobre todo tratándose de este particular medio de prueba. En definitiva, creemos que deben realizarse todos los esfuerzos con el objeto de permitir a los intervinientes una recepción lo más clara posible del medio de prueba, lo que garantizará un adecuado ejercicio del derecho de defensa.

6.- Estándar que debe satisfacer el control de producción

El control en la producción de la prueba pericial -a diferencia del control de admisión y el de valoración- se estructura bajo una lógica distinta, que presenta características especiales, las que -en definitiva- permiten comprender que para este tipo de control no existe un umbral mínimo que satisfacer, como si lo hay en el caso de los otros dos de que trata el presente trabajo.

En efecto, en la medida que la producción de la prueba pericial respete todos y cada uno de los controles que hemos expuesto precedentemente, debemos entender que se satisface la exigencia relativa a la correcta producción del medio de prueba en estudio. En consecuencia, más que existir un umbral mínimo de producción, de lo que se trata es de cumplir y por sobre todo de respetar el conjunto de disposiciones que regulan la forma en que se produce en la práctica la prueba pericial. Es por ello, que es esencial cumplir con lo que a este respecto prescribe el artículo 329 del Código Procesal Penal, en relación con la forma en que se produce la declaración del perito en el juicio oral, según se explicó precedentemente, esto es exposición del informe, examen y contra examen.

El examen directo se refiere a un perito que concurre a declarar llamado por una parte y, por lo general, comprometido en algún grado con su versión de los hechos. El contra examen, en cambio, opera sobre una lógica distinta el perito ya ha declarado frente al tribunal, y su versión apoya a la contraparte. Lo que el juicio requiere del contra examinador, es que éste sea capaz de extraer de estos peritos toda aquella información, versiones, detalles y matices que ellos no han aportado en el juicio -deliberadamente, o por mero sesgo o desidia- y que podrían perjudicar el caso de la parte por quien han venido a declarar. Esta es la razón por la cual en el contra examen las preguntas sugestivas, lejos de estar prohibidas, son el instrumento por excelencia del contra examinador (Baytelman y Duce, 2004: p. 61).

En consecuencia, hablar de estándar en este acápite no constituye un error, sino más bien el término debe ser entendido a la luz de lo que hemos venido explicando, y así, es posible concluir que habremos satisfecho el estándar siempre que hayamos respetado la forma en que se produce en el juicio la prueba pericial.

La importancia de lo que hemos explicado encuentra su fundamento último en el artículo 374 del Código Procesal Penal, que consagra los motivos absolutos de nulidad. En efecto, la letra c) de la norma en comento establece que el juicio y la sentencia serán siempre anulados cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga. Como es factible apreciar de la literalidad de la norma, la garantía que sustenta el presente motivo de nulidad es el derecho a defensa.

“En esta causal el vicio de nulidad puede estar representado tanto en una acción como en una omisión cuya verificación produce nulidad. En efecto, si el ejercicio de la defensa se ve afectado por un acto externo y concreto en el cual se le priva a la defensa, ya sea por una decisión del tribunal o una actuación del fiscal, de realizar o ejercer algún derecho, entonces debemos entender que el motivo de nulidad se configura desde un punto de vista activo. Si, por otro lado, la limitante a la defensa se traduce en un no hacer por parte de uno de los sujetos procesales, estamos en presencia de un vicio de nulidad de carácter omisivo” (Rieutord, 2007: pp. 57 y 58). Es evidente, por tanto, que existe una íntima vinculación entre la causal descrita y el control que estudiamos, ya que tal como se indicó éste tiene por objeto central el resguardo del derecho a defensa. De manera tal, que la incorporación y producción de la pericia en el juicio debe respetar de forma estricta las normas que la regulan, para evitar transgresiones al derecho a defensa que configuren el vicio de nulidad. En el tema específico que nos atañe, el vicio se generaría inevitablemente si por ejemplo al defensor no se le permitiera conainterrogar a un perito, o en un caso más extremo, no se permitiera la declaración del perito una vez que ya ha sido decretada su admisibilidad en la audiencia de preparación de juicio oral.

Maturana indica que “llama la atención que en este caso no se contemple esta causal respecto del fiscal o del acusador particular, en circunstancias que las reglas del debido proceso en el sistema acusatorio deben necesariamente regir para ambas partes” (2010: p. 351). Concordamos plenamente con lo expuesto, parece inconcebible que la ley contemple la posibilidad de anular el juicio y la sentencia sólo cuando al defensor se le haya impedido ejercer el derecho de defensa. No vemos ninguna razón de peso para excluir de dicha causal a los entes acusadores. Sin embargo, tal como lo expone Maturana, creemos que en caso de configurarse esta causal respecto del fiscal o del querellante ellos podrán deducir

igualmente el recurso de nulidad basado en la causal genérica contemplada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal (2010: p. 351).

V.- CONTROL EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL

1.- En qué etapa se realiza

Al igual que el control recientemente estudiado, el control de valoración de la prueba pericial se realiza en la audiencia de juicio oral.

A este respecto resulta atinente hacer una precisión. La valoración de un medio de prueba, cualquiera que éste sea, es un proceso mental que realizan los jueces del fondo una vez que perciben con sus sentidos dicho medio de prueba, producido de conformidad a la ley. Ahora bien, la explicitación de dicha valoración en concreto y con detalles se efectúa en la sentencia definitiva, la que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 342 del Código Procesal Penal debe contener la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones.

En consecuencia, si bien es evidente que en el momento que los jueces perciben la prueba pericial tendrán respecto de él una opinión en cuanto a su capacidad para probar o desvirtuar un determinado hecho, lo cierto es que la valoración fundada y razonada se efectúa en la resolución final y, por tanto, es ese el marco de aplicación de este control.

La valoración de la prueba pericial la realizan los jueces del tribunal de juicio oral en lo penal, toda vez que la evaluación en torno al peso de este medio de prueba atinge a aspectos de fondo y, en consecuencia, son los jueces orales quienes por ley están llamados a conocer del fondo de los asuntos sometidos a su conocimiento.

2.- Prueba pericial y valoración según las reglas de sana crítica

El sistema procesal penal vigente en nuestro país, consagra un modelo de valoración de la prueba basado en la sana crítica. Lo anterior, se extrae a partir del análisis del artículo 297 del Código Procesal Penal que indica: *“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”*.

A) Definición de sana crítica

Es profusa la literatura que se puede encontrar en torno al concepto de sana crítica y, de seguro, será un tema que seguirá por mucho tiempo vigente entre los autores atendida su relevancia en el contexto procesal penal. No es objeto de este trabajo profundizar en torno a la definición de este concepto, sin embargo expondremos a continuación una síntesis de los distintos enfoques los que, a nuestro entender, permitirán al lector formarse una idea correcta en torno a qué debemos entender por sana crítica y cuáles son sus características más importantes. Lo anterior, con el objeto de comprender de una manera correcta el control de valoración que trataremos en el presente capítulo.

Liebman señala que “el sistema de la sana crítica es un sistema de valoración libre de la prueba, pero teniendo presente que la valoración libre de la prueba no significa en absoluto facultad para el juez de formar su convicción de modo subjetivamente arbitrario; libertad quiere decir uso razonado de la lógica y del buen sentido, guiados y apoyados por la experiencia de vida” (1980: p. 289). Una explicación similar, aunque más completa, es la que proporciona Cafferata Nores al indicar que “los jueces podrán valorar las pruebas rendidas por los intervinientes con libertad, pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica (constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente), los principios incontrastables de las ciencias (no sólo de la psicología, utilizable para la valoración de dichos o actitudes) y la experiencia común (constituida por conocimientos vulgares indiscutibles por su raíz científica)” (1994: p. 46).

Ahora bien Couture, por su parte, indica que la sana crítica está integrada por reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables, con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero que son estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia. Explayándose en el tema, nos enseña que las reglas de la sana crítica configuran una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. Las reglas

de la sana crítica son, para él ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento (1979: p. 195).

B) Prueba pericial y sana crítica

Atendidas las singulares características de la prueba pericial -previamente enunciadas en los capítulos anteriores- la valoración de este medio de prueba conforme al sistema penal vigente, presenta particularidades que no encontramos en otros medios probatorios. Valorar la prueba es una función exclusiva del juez de la causa y es, sin duda, una tarea de gran relevancia en el contexto de un determinado juicio, pues de esa operación intelectual se extraen las conclusiones finales del juicio. Pues bien, por definición la prueba pericial se refiere a aspectos que se encuentran ajenos a los conocimientos de una persona común y corriente, en otras palabras, lo que caracteriza a toda pericia es su carácter eminentemente técnico. De otro lado, el juez es un “hombre promedio”, al menos en cuanto al conocimiento técnico que trata el perito, y por tanto, se ve enfrentado a la tarea de valorar una prueba pericial que recae sobre aspectos desconocidos por él. Sin dudas, el panorama expuesto no es de fácil solución.

Atendido lo señalado, es que a continuación procederemos a exponer cuáles son los principales conflictos que se pueden presentar para posteriormente enunciar y/o proponer alternativas de criterios de solución.

Una primera hipótesis, se refiere a la posibilidad de que el tribunal deba valorar una prueba que no cumple con condiciones mínimas de confiabilidad, lo que se traduce en disciplinas que no se ajustan al método científico, ya sea por no cumplir con ninguno de los requisitos o por no hacerlo con algunos considerados mínimos para asignarle cierta

confiabilidad. En función de los criterios sentados por la jurisprudencia de los Estados Unidos, lo que aquí se afirma es que hay disciplinas que, no siendo científicas, cumplen con algunos de los pasos del método científico y que, por ende, pueden ser reconocidas como dignas de cierta confiabilidad para efectos de su valoración (las que serán analizadas en el segundo nivel). Pues bien, siguiendo la tónica de lo que ha sido un intento por hacer propios los criterios de admisibilidad del testimonio experto que se han desarrollado en los Estados Unidos, creemos que los pasos descritos como necesarios en una ciencia de acuerdo a Daubert, son los que debieran estar presentes para que proceda la valoración de la prueba. El criterio aplicado es una reducción de la ciencia a su contenido esencial, es decir, las mínimas condiciones necesarias para poder afirmar que un ámbito del conocimiento es propiamente una ciencia o que se haya en vías de constituirse en tal. Para tal efecto, se hace referencia a los cuatro parámetros planteados para este efecto a propósito de la causa Daubert y que tratamos en este trabajo a propósito del control de admisión de la prueba pericial, a saber:

- a) Posibilidad de someter a prueba la hipótesis involucrada.
- b) Debe tratarse de una hipótesis que haya sido sometida a la revisión de los pares y publicada.
- c) Debe existir conocimiento de la tasa potencial de error y de la existencia de estándares que controlan la investigación sobre la cual se basa la teoría.
- d) Debe haber aceptación general de la metodología que subyace a la teoría de la comunidad científica.

Así, la experticia que pretende ser incorporada como materia del testimonio experto en juicio que no cumpla con estos requisitos mínimos se trata de una prueba que, en definitiva, no debiese ser valorada en juicio, por cuanto se trata de información no confiable. Lo cierto, es que según hemos analizado en el presente trabajo, dicha pericia no debiese pasar el control de admisibilidad de la prueba pericial. Sin embargo, la posibilidad de que un conocimiento de poca confiabilidad supere el examen y sea incorporado como medio de prueba no puede descartarse. La función del tribunal encargado de la valoración de la prueba y de la resolución del asunto, será hacer una suerte de segundo examen de admisibilidad, pues se trataría de la misma exclusión que antes debió hacerse pero que no se hizo. Somos de la opinión que se trata de un examen necesario, toda vez que utilizar un

medio de prueba que se funde en dudosos sustentos teóricos para la resolución de un asunto penal va contra mínimas pretensiones de racionalidad y legalidad que deben inspirar la imposición de una pena o la absolución de la misma. Por pertenecer a este nivel, debiesen quedar excluidas como materias de testimonio experto en juicio, entre otras, la astrología, la cartomancia, la videncia y el tarot.

Una segunda hipótesis se refiere a pericias que no cumplen con todos los requisitos para ser reconocidas como ciencia, pero que tienen pretensiones de científicidad y cumplen mínimamente con el método científico.

Dejándose fuera el conocimiento experto que no es mínimamente confiable, existe un segundo nivel que da cuenta de información que no es científica (por no cumplirse con todos los requisitos que el método científico impone), pero que tampoco es descartable de antemano por no ser confiable. Se trata de campos de experticia que no son estrictamente científicos, pero que cumplen con las fases esenciales del método científico y que están dotadas de una aceptación que es, a veces, incluso igual a la de la ciencia. Ejemplos de campos de experticia que pueden caber dentro de esta categoría son posibles de encontrar en las denominadas “ciencias forenses”, esto es, modelos teóricos y prácticos que se han desarrollado junto con la actividad judicial como materias de prueba de peritos. En efecto, muchas de ellas, que incluso cuentan con amplio reconocimiento en los tribunales, no están dotados del sustento necesario para ser reconocidas como ciencias, por cuanto parten de una premisa cuya veracidad no ha sido demostrada (y que en realidad simplemente es supuesta): que existen ciertos rasgos o muestras corporales que son únicas e inconfundibles en el cuerpo humano. Ejemplos de estas ciencias forenses son la identificación de huellas dactilares, la comparación de cabellos y fibras y la comparación de caligrafías y de firmas. Asimismo, muchas de las comúnmente denominadas “ciencias suaves” o “sociales” (para distinguirlas de las “ciencias duras” o “no humanas”) pueden tener cabida en este nivel, que se refieren -como se indicó al inicio de este trabajo- a áreas del saber relativas a hechos sociales y humanos que tradicionalmente y por siglos, han formado parte del sentido común y no eran consideradas “científicas”, pero que actualmente afirman ser ciencias y pretenden dignidad y atendibilidad no inferiores a las de las ciencias “duras”. Probablemente el caso más paradigmático sea el del peritaje psiquiátrico o psicológico. Sin perjuicio de ello, bajo ciertas condiciones es posible la utilización de ese ámbito del conocimiento a nivel judicial

y para efectos probatorios restringidos. La valoración de estos peritajes, no debiese ser descartado de antemano como ocurre con los del primer nivel.

En definitiva, en este tipo de casos la prueba pericial no debiese definir la decisión del juzgador en modo determinante, mas debiese ser considerado como un medio de prueba como cualquiera de los otros, sea para acreditar la ocurrencia de un hecho o lo contrario. Fundamental será en este sentido que al valorarse el peritaje el juez tenga presente las limitaciones que resultan propias del mismo, particularmente el margen de error y los estándares que controlan la investigación respectiva.

Por último, tenemos un tercer nivel de conocimiento experto que es el científico, o dicho en otra forma, que se ajusta a los parámetros que el denominado método científico fija como propios de una ciencia. Algunas de las pericias científicas más típicas que se usan en juicio son la prueba de ADN, el peritaje toxicológico y la alcoholemia. En general creemos que en el contexto de un proceso penal, es factible que una prueba pericial científica por sí sola pueda satisfacer el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable, siempre y cuando aporte información con un grado de probabilidad suficientemente alto que permita lograr la certeza o la casi certeza de la ocurrencia de un hecho. Ello podría acontecer, por ejemplo, con una prueba de ADN realizada de manera correcta (Silva, Valenzuela, 2011: pp. 175 a 182).

Atendido lo expuesto precedentemente, es que creemos que los jueces tienen el deber de ser en extremo rigurosos al momento de valorar o ponderar una determinada prueba pericial. A este respecto, Pereira extrae dos conclusiones que son atingentes. En primer término, el juez tiene libertad para ponderar el dictamen pericial, porque de otro modo, si el informe lo vinculara, sería el perito el verdadero juzgador. Por otra parte, esa libertad no es arbitrariedad, por cuanto está limitada por los elementos comprendidos en el concepto de sana crítica, tanto para aceptar las conclusiones del perito como para desecharlas (2002: p. 16).

Así, la sana crítica sin la debida fundamentación pasa a ser libre convicción, arbitraria e ilegal, atentatoria a los derechos de las partes y al debido proceso y a la concepción racionalista de la prueba. La fundamentación es un elemento esencial de la sana crítica pues constituye un límite para la potestad del juez, enmarcándola dentro de un procedimiento racional suficiente para explicar su decisión judicial.

3.- Objetivo de este control

El objetivo central de este control dice relación con la toma acertada de decisiones, esto es, que la resolución adoptada por el tribunal sea lo más justa posible y cercana a la verdad. Creemos que una concepción racionalista o cognoscitivista del fenómeno probatorio es la vía correcta para lograr que este objetivo se cumpla. Así siguiendo a Meneses, esta concepción presupone las siguientes ideas matrices.

La primera, en efecto, atañe al concepto de juicio jurisdiccional como "saber-poder", vale decir, una visión donde la tarea del órgano jurisdiccional es una combinación entre conocimiento del conflicto (*ventas*) y decisión del mismo (*auctoritas*). La segunda idea fuerza, se refiere a la noción semántica de verdad procesal fáctica, entendida ésta como correspondencia entre lo afirmado en el proceso y lo que efectivamente ha ocurrido en la realidad sensible. Éste es un enfoque que reconoce las limitaciones del saber humano, pero que no por ello renuncia a la posibilidad de aproximarse a la realidad a partir de los antecedentes que se tienen en determinado momento y lugar. En otras palabras, se trata de una perspectiva de verdad "aproximada" o "probable" en el contexto de un juicio, una verdad de los hechos que nunca es absoluta, sino que viene dada por la hipótesis más probable o sostenida en mayores elementos de confirmación, consistentes precisamente en lo que hemos llamado medios de prueba. La tercera idea matriz atinge a la prueba, la que en este cuadro se presenta como una actividad tendiente a aprehender y, en la mayoría de los casos, reconstruir hechos efectivamente acaecidos, a partir de una valoración judicial de la suficiencia de la información que proporciona cada uno de los medios acompañados a la causa. Por ello, la finalidad central de la prueba es cognoscitiva, como quiera que esté encaminada a obtener un conocimiento probable de los hechos que componen la contienda judicial. Como lo ha indicado nuestra jurisprudencia, la prueba está encaminada a proporcionar al juez un "conocimiento sobre los hechos" de los cuales depende el Derecho que debe ser declarado en la sentencia (2008: pp. 71 y 72).

Pues bien, tal como indica Taruffo el proceso no es un contexto en el que se alcancen verdades absolutas e incontrovertibles (como quizás sucede en la teología y en la metafísica), mucho menos si se pretende que estas verdades se funden en estados de conciencia del juez personales e irracionales. Por el contrario, el proceso es un ámbito en el

cual, en el mejor de los casos, se obtienen verdades relativas, contextuales, aproximadas, aunque derivadas racionalmente de las pruebas que están a disposición en cada caso particular. En consecuencia, lo que se persigue en el proceso es la mejor aproximación posible, basada en las pruebas que están disponibles en el caso concreto, a la verdad histórica o empírica de los hechos. Esta verdad histórica o empírica, a su vez, no existe por sí misma en algún lugar extraño y lejos del proceso. Es, más bien, una suerte de ideal regulativo, un punto de referencia hacia el que se orienta la actividad de quien, en el proceso o fuera del mismo, tiene la función de averiguar los hechos (2009: p. 29 y 30).

Pues bien, atendido lo expuesto precedentemente es que se justifica la existencia de este control relativo a la valoración de la prueba pericial, toda vez que en la medida que se ejerza de la manera adecuada y respetando el estándar exigido por la ley, es que garantizaremos que la verdad empírica o procesal salga a la luz. Lo anterior, supone por cierto, un respeto por la teoría racionalista de la prueba que constituye -a nuestro entender- la forma correcta de comprender el fenómeno probatorio, a la luz del sistema de justicia penal vigente en nuestro país.

4.- Estándar que debe satisfacer el control de valoración

El umbral que se requiere cumplir para efectos de ponderar el medio de prueba que estudiamos es el de la duda razonable, consagrado en el artículo 340 del Código Procesal Penal, que establece que “nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, *más allá de toda duda razonable*, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”.

Surge, entonces, la necesidad de distinguir operativamente lo que constituye una duda razonable respecto de aquellas otras dudas que no alcanzan el estándar. En el caso de las primeras, pues, se trata de dudas que por su importancia y su magnitud impiden la decisión de condena y dan lugar a una absolución. En el segundo caso se trata de dudas que resultan aceptables para el sistema y que, en consecuencia, no impiden una decisión condenatoria.

“Frente a la dificultad que supone la imposibilidad de determinar un margen de error cuantitativo surge, entonces, la necesidad de hacer una elaboración conceptual del mismo, esto es, crear un estándar con el cual sea posible evaluar la prueba producida en cada juicio y determinar si ella satisface o no la exigencia de eliminar una posible duda razonable” (Duce, Riego, 2007: p. 497). Sin lugar a dudas, este tema no está acotado sino que, muy por el contrario, la definición de este estándar está en permanente cambio y movimiento. Tal como postulan Riego y Duce, la práctica del sistema y la aplicación del estándar a una multiplicidad de casos así como la generación de jurisprudencia de nulidad nos permitirán delimitar mejor un criterio general. En este sentido, arguyen, de la escasa pero creciente jurisprudencia que se pronuncia respecto de este estándar, se aprecia un intento de darle contenido al criterio de convicción señalado por el Código” (2007: p. 498).

No es objeto de este trabajo, en caso alguno, tratar de manera completa y acabada el concepto de duda razonable, sino más bien dar aproximaciones y/o nociones generales de este concepto con el objeto de proporcionar al lector un panorama general del concepto, siempre en relación la valoración de la prueba pericial.

Así las cosas, estimamos pertinente la aproximación al concepto que hacen los autores en comentario, al señalar los elementos que constituirían el concepto de duda razonable según se detalla a continuación. “En primer lugar, debe tratarse de una duda articulada, es decir que exista una explicación que sea capaz de estructurar los diversos elementos que no cierran en la versión de la acusación y mostrar cómo todos ellos en conjunto construyen una duda relevante. En segundo lugar, esta articulación debe tener alguna base en la evidencia, o sea que pueda encontrar algún sustento en la prueba por oposición a la duda puramente hipotética. Por tanto, no serían dudas razonables aquellas dudas imaginarias o puramente hipotéticas, como tampoco los elementos de información que no resultan plenamente coherentes con la versión de los hechos de la acusación y que no aparecen plenamente explicados en el juicio pero que se pueden atribuir a defectos de percepción, a errores u otras causas de aquellas que hacen normalmente la mayor parte de las actividades humanas sean imperfectas” (2007: p. 501).

En razón de lo expuesto precedentemente, es evidente que la tarea a la que se ve enfrentado un juez al momento de valorar una determinada pericia, es una tarea compleja. Lograr el convencimiento en este ámbito tiene inconvenientes y dificultades que no

encontramos en otros medios de prueba, y que se refieren fundamentalmente a que lo que debe valorarse es información eminentemente técnica y, en consecuencia, ajena al conocimiento común de los jueces. Por otra parte, la función del órgano jurisdiccional no debe, en caso alguno, ser sustituido por el trabajo de expertos, ello constituiría una afectación grave a las bases sobre las cuales se construye un sistema adversarial como el nuestro. En este contexto, creemos que una valoración rigurosa y apegada a los estándares de convicción resulta esencial.

Así, sólo en casos de conocimiento científico la prueba pericial podrá ser capaz -por sí sola- de atribuirle a un enunciado de hecho un grado de probabilidad capaz de satisfacer el estándar de prueba que hemos analizado y podrá dar por probado un hecho. Un ejemplo de esto serían las pericias de ADN o un test de alcoholemia.

En otros casos, sólo será posible lograr el convencimiento del juez en la medida que la prueba pericial sea complementada con otros medios de prueba cualquiera sea su naturaleza. En otras palabras, en estos casos la sola pericia es insuficiente para satisfacer el estándar de la duda razonable, sin embargo al analizarla en el contexto de las otras pruebas producidas en el juicio, éstas en conjunto logran cubrir el umbral mínimo exigido por la ley y se obtiene, en consecuencia, el convencimiento del juzgador.

Finalmente, habrá casos en que derechamente el testimonio del experto no servirá para lograr el convencimiento, por no estar dotado de las condiciones mínimas para cumplir con el estándar al que hemos aludido en este acápite.

CONCLUSIÓN

1.- La prueba pericial es un medio de prueba, toda vez que aporta conocimiento experto necesario para resolver la controversia de un determinado juicio. Ahora bien, se trata de un medio probatorio que presenta características especiales que no tienen otros medios de prueba, atendido principalmente su carácter eminentemente técnico.

2.- Es posible constatar que es escasa la Doctrina y la Jurisprudencia que abordan de manera acabada el tema de las pericias en nuestro país, especialmente en lo que respecta a la importancia que tiene para el proceso establecer mecanismos de control a este medio de prueba.

3.- Es indispensable establecer mecanismos de control a la prueba pericial con el objeto de evitar los riesgos que su uso indiscriminado puede generar. En efecto, una política abierta de admisibilidad de peritajes puede traer graves consecuencias al sistema institucional, a saber la sustitución de la función jurisdiccional por la labor de expertos, mayor porcentaje de casos que se resuelven erróneamente por parte de los jueces y aumento considerable de los costos del sistema.

4.- Los mecanismos de control a la prueba pericial son total y absolutamente compatibles con los principios y directrices que inspiran el sistema de justicia penal vigente en Chile.

5.- Es posible concebir tres tipos de controles a la prueba pericial los que a su vez se verifican en distintas etapas del proceso. Un primer control que se realiza al momento de decretar la admisibilidad de este medio de prueba, luego un control que se efectúa al momento que se verifica la producción de la pericia en el proceso y, finalmente, un control referido a la valoración de la prueba pericial.

6.- El control relativo a la admisibilidad de la prueba pericial constituye la primera forma de limitación de este medio de prueba y su contribución es central, por cuanto permite asegurar la calidad de la información que ingresa al juicio.

7.- Además de los requisitos que por mandato legal expreso deben controlarse al momento de resolver la admisibilidad de una pericia, es relevante controlar otros aspectos que no aparecen explicitados en la legislación pero que es posible desprender del conjunto de disposiciones que regulan este medio de prueba así como también de los principios

centrales del sistema adversarial, ellos son la metodología, la licitud y el problema de la desnaturalización de este medio de prueba.

8.- Los criterios adoptados por Estados Unidos a partir del caso Daubert para decretar como admisible una prueba pericial constituyen un aporte para el estudio de este medio de prueba en nuestro país, no sólo porque contribuyen a asentar los criterios básicos de admisibilidad sino porque además dichos criterios satisfacen -a nuestro entender- el estándar de racionalidad exigido a este respecto.

9.- El control referido a la producción de la pericia se efectúa en la audiencia de juicio oral y su fundamento central es resguardar el derecho a defensa que tienen todos los intervinientes del proceso. Así, en la medida que se respeten las normas referidas a la producción de este medio de prueba se beneficiará la correcta aplicación de este importante derecho.

10.- El control referido a la valoración de este medio de prueba es realizado por los jueces del tribunal de juicio oral en lo penal, y se verifica al momento de determinar el peso o el valor final del medio de prueba aplicado al caso concreto. El objeto central de este control, radica en la toma acertada de decisiones, es decir que la resolución adoptada sea la más cercana a la verdad.

11.-La posibilidad que un testimonio experto que no cumpla con los requisitos de admisibilidad exigidos ingrese al juicio no puede descartarse, por ello es que el control de valoración es central ya que un análisis riguroso en este nivel permitirá restar valor a una pericia que no cumple con los estándares de admisibilidad exigidos por la ley.

12.- En razón de lo expuesto, es que es posible afirmar que los controles postulados en este trabajo están íntimamente relacionados entre sí, de manera tal que cada uno es la antesala del siguiente. Así, en la medida que la cadena de controles se verifique correctamente será posible arribar a una reconstrucción racional de los hechos de la causa.

BIBLIOGRAFÍA

I.- Doctrina

Accatino, Daniela (2010): *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del Recurso de Nulidad*, Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile.

Aguilar, Cristián (2003): *La prueba en el Proceso Penal Oral*, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile.

Bascuñán, Antonio (2000): *Los principios generales del nuevo procedimiento penal*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago de Chile.

Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio (2004): *Litigación penal, juicio oral y prueba*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.

Cafferata, José (1994): *La prueba en el proceso penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires.

Carocca, Alex (1998): *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Primera Edición, Editor José María Bosch, Barcelona.

Carocca, Alex (2003): *El nuevo sistema procesal penal*, Editorial Jurídica La Ley, Santiago de Chile.

Carocca, Alex (2008): *Manual del nuevo sistema Procesal Penal Chileno*, Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile.

Chahuán, Sabas (2001): *Manual del nuevo Procedimiento Penal*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile.

Claria, Jorge (1962): *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo V, Ediar, Buenos Aires.

Coloma, Rodrigo (2003): *La prueba en el nuevo Proceso Penal Oral*, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile.

Coloma, Rodrigo (2003): *Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno*, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile.

Couture, Eduardo (1979): *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires.

Devis, Hernando (2002): *Teoría general de la Prueba Judicial*, Editorial Temis, Bogotá.

Duce, Mauricio y Riego, Cristián (2007): *Proceso Penal*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile.

Duce, Mauricio (2010): *Admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales: un modelo para armar en la Jurisprudencia nacional*, en Formación y valoración de la prueba en el Proceso Penal, coordinadora Daniela Accatino, Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile.

Duce, Mauricio (2012): *La admisibilidad de la prueba pericial a juicio oral en Argentina: análisis de tres Códigos Procesales Penales*, en Problemas actuales del Derecho Procesal Penal, coordinador Nicolás Guzmán, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires.

Ferrajoli, Luigi (1995): *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Ediciones Trotta, Madrid, traducción de Andrés Ibáñez.

Gascón, Marina (2004): *Los hechos en el Derecho, bases argumentales de la prueba*, Segunda Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid.

Horvitz, María Inés y López, Julián (2004): *Derecho procesal penal chileno*, Tomos I y II, Editorial Jurídica, Santiago de Chile.

Jiménez, Luis (1951): *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Losada, Buenos Aires.

Liebman, Enrico (1980): *Manual de derecho procesal civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

Maier, Julio (1993): *Reformas Procesales en América Latina: la oralidad en los procesos*, Editorial CPU, Santiago de Chile.

Maturana, Cristián y Montero, Raúl (2010): *Derecho procesal penal*, Tomos I y II, Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile.

Maturana, Cristián y Mosquera, Mario (2010): *Los Recursos Procesales*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile.

Paillas, Enrique (1986): *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Editorial Jurídica, Santiago de Chile.

Quezada, José (1991): *El nuevo proceso penal chileno*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile.

Riego, Cristián (1994): *El proceso penal chileno y los derechos humanos. Aspectos jurídicos*, en Cuaderno de Análisis Jurídico N° 4, publicaciones especiales Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.

Rieutord, Andrés (2007): *El Recurso de Nulidad en el nuevo proceso penal*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile.

Roxin, Claus (2000): *Derecho Procesal Penal*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, traducción de Gabriela Córdova y Daniel Pastor.

Sentis, Santiago (1979): *La prueba: los grandes temas del Derecho Probatorio*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

Serra, Manuel (1969): *Contribución al estudio de la prueba*, en Estudios de Derecho Procesal, Editorial Bosch, Barcelona.

Taruffo, Michele (2002): *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Madrid, traducción de Jordi Ferrer.

Taruffo, Michele, (2003): *Consideraciones sobre prueba y verdad*, en La prueba en el nuevo proceso penal, coordinador Rodrigo Coloma, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile.

Taruffo, Michele (2009): *La prueba, artículos y conferencias*, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile.

Tavolari, Raúl (2000): *Los principios del proceso penal en el proyecto del nuevo Código Procesal Penal Chileno*, en El proceso en acción, Editorial Libromar, Santiago de Chile.

II.- Revistas de Derecho

Aguirrezábal, Maite (2011): *La imparcialidad del dictamen pericial como elemento del Debido Proceso*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 38, Universidad Católica, Santiago de Chile.

Bofill, Jorge (1994): *La prueba en el proceso penal*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, N° 1, Santiago de Chile.

Bofill, Jorge (2002): *Preparación de Juicio Oral*, Revista Chilena de Derecho, Vol.29, Universidad Católica, Santiago de Chile.

Cea, José Luis (2002): *Marco constitucional del nuevo sistema Procesal Penal*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 29, Universidad Católica, Santiago de Chile.

Chahuán, Sabas (2003): *Reflexiones sobre la Prueba Pericial en el nuevo Proceso Penal*, en Revista Procesal Penal, N° 11, Santiago de Chile.

Duce, Mauricio (2005): *La prueba pericial y su admisibilidad a Juicio Oral en el nuevo proceso penal*, en Revista Procesal Penal, N° 35, Santiago de Chile.

Meneses, Claudio (2008): *Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil*, Revista Ius et Praxis, vol. 14, número 2, Talca.

Pereira, Hugo (2002): *Naturaleza Jurídica de la Pericia Judicial*, en Gaceta Jurídica N° 296, Santiago de Chile.

III.- Documentos electrónicos

Atienza, Manuel (1987): Para una razonable definición de razonable, Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N. 4, 1987.

<http://www.spencer.adv.br/universidades/AtienzaRazonable%20definicion%20de%20razonable.pdf>. Fecha última consulta: 27.09.2013.

Taruffo, Michele (2005): *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*, en Boletín mexicano de Derecho Comparado, Vol XXXVIII, número 114, septiembre-diciembre 2005, pp1285-1312, Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex114/BMD11413.pdf>. Fecha última consulta: 27.09.2013.

IV.- Memorias de grado

Silva, Pablo y Valenzuela, Juan José (2011): *Admisibilidad y valoración de la prueba pericial en el proceso penal*, en Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias Jurídicas y Sociales bajo la supervisión de Cristián Maturana Miquel, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

V.- Jurisprudencia

Sentencia de la Excma. Corte Suprema (2009), Rol N° 5579-2009, sobre Recurso de Nulidad Penal, 2 de Noviembre de 2009.

Sentencia de la Excma. Corte Suprema (2010), Rol N° 4507, sobre Recurso de Nulidad Penal, 28 de Septiembre de 2010.

Sentencia de la Excma. Corte Suprema (2013), Rol N° 1079-2013, sobre Recurso de Nulidad, 18 de Abril de 2013.

VI.- Oficios

Ministerio Público, Oficio N° 60, 31 de Enero de 2002, emitido por el Fiscal Nacional y dirigido a los fiscales regionales y adjuntos del país.

VII.- Otros

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Editorial Espasa Calpe, Madrid, España, 2006.