

ANUARIO

Nº34 · 2018

**Pena, determinismos y la
imagen que tenemos de
nosotros mismos**

Páginas 19-42

COMENTARIO AL LIBRO DE LA PRUEBA CIENTÍFICA A LA PRUEBA PERICIAL DE CARMEN VÁZQUEZ

**Carlos Correa Robles, Dr. Iur
y LL.M.** por la Freie Universität
Berlin, profesor de Derecho
Procesal, Universidad Adolfo
Ibáñez, c.correa@uai.cl

RESUMEN

El presente comentario se compone de tres partes. La primera, referida a cuestiones generales y formales. La segunda, centrada en el análisis de los capítulos I a III de la obra, y la tercera, que se subdivide en distintos acápite, referida exclusivamente al examen del capítulo IV. El tratamiento del capítulo V no será abordado de manera autónoma, sino que fragmentariamente en tanto lo allí expuesto se remita a lo expresado en los capítulos precedentes. Finalmente, se expondrán algunas conclusiones.

PALABRAS CLAVES

Prueba pericial, proceso penal, derecho probatorio.

COMMENTARY TO THE BOOK OF CARMEN VÁZQUEZ. DE LA PRUEBA CIENTÍFICA A LA PRUEBA PERICIAL

ABSTRACT

This commentary comprises three parts. The first part refers to general and formal issues. The second part focuses in the analysis of chapters I to III of the work and the third part is subdivided in several sections exclusively referred to the study of chapter IV. On the other hand, chapter V shall not be addressed autonomously but shall be done piecemeal as long as what is explained refers to what is already explained in preceding chapters. Finally, some conclusions shall be presented.

KEYWORDS

Expert evidence, criminal procedure, rules of evidence.

I. PRIMERA PARTE: CUESTIONES GENERALES

La obra ofrece un análisis de la prueba pericial alejado del enfoque con que tradicionalmente la doctrina ha estudiado el tema. Aspectos dogmáticos, centrados en el análisis del tratamiento jurídico de la institución en uno o más ordenamientos jurídicos o disposiciones legales específicas, no constituyen el objetivo central de la obra. Por el contrario, esta busca (al menos implícitamente) generar o propender hacia la elaboración de una verdadera *teoría general de la prueba pericial (rictus: testimonial)* en base a presupuestos que privilegian aspectos muchas veces extrajurídicos, adscritos a una corriente epistemológica de la cual la autora es una fiel y consecuente exponente.

Entrelazado con lo anterior, la obra discurre —sobre todo en las primeras secciones del trabajo— hacia la búsqueda y posterior delimitación de los llamados “principios generales de la prueba (pericial)”, asunto no exento de polémica. El problema que comúnmente conlleva adoptar tan ambicioso objetivo de estudio, radica en la posibilidad de cometer verdaderos excesos ontológicos al momento de determinar cuáles son o debiesen ser en esencia dichos principios. Frente a ello: ¿existe realmente algo así como los principios generales de la prueba? ¿Cómo no caer, producto de dicha búsqueda, en un activismo disfrazado de racionalismo discursivo? En este sentido, entiendo que el “proyecto normativo” que se asume debe, necesariamente, estar siempre en concordancia con el ordenamiento en el cual este busque ser implementado. Las diferencias entre uno y otro no siempre deben interpretarse como un déficit en la regulación vigente, sino que, por el contrario, pueden indicar problemas en lo que se entiende como búsqueda de la verdad.

El proyecto enunciado resulta —desde luego— imposible de agotar por esta vía; prudentemente, la autora, al comienzo de la obra, advierte de la imposibilidad de efectuar un análisis completo de la prueba pericial. Sin embargo, pese a reconocer dichos límites, la multiplicidad de temas y problemas tratados muchas veces hace caso omiso de tal advertencia, adentrándose, con mayor o menor profundidad, en áreas ajenas a las ciencias jurídicas y cuyo tratamiento detenido excede —o más bien debiese exceder— los límites de esta obra.

Bajo este presupuesto, el análisis propuesto parte de una premisa básica aunque tardíamente enunciada: entre el análisis sobre el razonamiento probatorio y el estudio de las reglas probatorias y procedimentales, la autora toma partido por el primero. Lo anterior, automáticamente genera dificultades al lector no avezado, forjando una tensión que se mantiene hasta el final del libro. Durante extensos pasajes, la obra deambula —a veces sin un rumbo claro— entre las profundidades de la epistemología, la psicología, la filosofía y la sociología, por nombrar solo algunas disciplinas abordadas en el estudio, empleando en ciertos momentos un lenguaje poco conciso y, reitero, ajeno al lector no avezado.

Pese a ello, el camino escogido para enfocar el tema ofrece una perspectiva analítica no solo válida, sino enriquecedora y fresca, considerando que la discusión tradicional —sobre todo en el campo del derecho procesal— muchas veces se muestra ennegrecida por discusiones exegéticas, intrascendentes.

Las concesiones a la dogmática tradicional son, como se enunció, *supra* escasas, y se insertan en el texto no como cuestiones intrínsecamente problemáticas del testimonio experto que deban ser tratadas de forma ineludible, sino que se introducen tangencialmente, más bien como corolario de discusiones centradas en aspectos muchas veces extrajurídicos, ofreciendo una oportuna —aunque, a mi juicio, mezquinamente utilizada— herramienta para ofrecer respuesta a los múltiples problemas que el tema, sin duda, presenta.

En este sentido, el trabajo (con pretensiones que, claramente, exceden el ámbito de aplicación de la ley española) contiene algunas referencias al análisis de derecho comparado (sobre todo estadounidense, al cual se consagra un capítulo completo). Lo anterior merece ser aplaudido sin reservas. En efecto, en el campo de las ciencias jurídicas, resulta usual criticar formalmente el tratamiento comparado de una determinada institución jurídica, aduciendo *la falta de conexión entre el contexto nacional-interno y el extranjero*. Dicha crítica debe, a mi juicio, ser matizada: todo intento por incorporar, a un determinado contexto jurídico-cultural, conocimiento de un sistema foráneo, resulta *per se* loable y enriquecedor. Las críticas deben recaer, no en el empleo de un método comparado, sino, por el contrario, en

el «trasplante» (Langer, 2004: 1 y ss.), muchas veces irreflexivo, de ciertas instituciones jurídicas ajenas, al derecho local; vicio en el cual, por cierto, la obra que se comenta no incurre.

La redacción, en particular, y la estructura argumentativa de la obra, en general, no resulta —como se expuso— simple de abordar. La complejidad expositiva se manifiesta sobre todo en el primer capítulo de la monografía, cuya estructura interna no logra convencer del todo. En este sentido, la ausencia de una diferenciación de temas por capítulo, más allá de criterios muy generales, atenta contra el hilo conductor que se pretende dar al trabajo. El salto de un tema a otro (por ejemplo, en lo referido al tratamiento de los principios que guían la actividad probatoria y los estándares de prueba), principalmente en la primera parte del trabajo, resulta muchas veces imprevisible, lo que dificulta seguir la línea argumentativa propuesta.

Asimismo, y de modo recurrente, la obra incurre en el vicio de dar por sentados ciertos presupuestos sin razón alguna. El lector, muchas veces desconoce los motivos por los cuales la autora escoge un argumento o marco analítico por sobre otro, extrañándose una explicación más profunda respecto de las razones para arribar a una determinada conclusión y, además, una refutación de las eventuales críticas a la misma.

A medida que el trabajo avanza, la lectura se torna progresivamente más fluida y ágil. Paradigma de ello es el capítulo IV de la obra, cuya lectura resulta dinámica y que, en general, ofrece, no solo un mayor nivel de argumentación como sustento de las premisas enunciadas, sino además una estructura interna mucho más cohesionada que los capítulos precedentes.

La literatura empleada es adecuada y abarca, no solo aquellas obras jurídicas clásicas del derecho procesal, sino también abundante literatura que excede dicho campo. Especial relevancia —sobre todo a nivel de referencias internas— representan aquellos autores en cuyos trabajos la autora busca dar sustento a gran parte de sus premisas y que, en muchos casos, constituyen verdaderos paradigmas del estudio del derecho

probatorio en la Universidad de Girona¹. En ese sentido, la obra es clara tributaria de una corriente de pensamiento estudiada profusamente en la referida casa de estudios y en la cual ortodoxamente se enmarca.

Como defectos formales cabe advertir —sobre todo en la primera parte del trabajo— algunos autores citados secundariamente, por ejemplo, el concepto de ciencia de Wittgstein (Vázquez, 2016:90 y ss.), o bien, el hecho que, al tratar literatura extranjera, muchas veces se prescinda del idioma original, basando la referencia en traducciones. Lo anterior — prácticamente imposible de evitar— resulta problemático respecto de autores especialmente complejos, cuyo análisis requeriría de una precisión conceptual que muchas veces se diluye en la traducción (por ejemplo, Popper, que se cita traducido al español).

II. SEGUNDA PARTE: ANÁLISIS GENERAL DEL CONTENIDO DE LOS CAPÍTULOS I, II Y III

El presupuesto central de la obra concibe acertadamente a la verdad como la finalidad última del razonamiento probatorio. En este sentido, se señala, además, (Vázquez, 2015: 69) que la averiguación de la verdad es la meta de la institución probatoria y no del proceso judicial en general, que desde luego tiene otros tantos objetivos independientes del indicado. El análisis de la prueba pericial que pormenorizadamente se efectúa en los distintos capítulos de la obra discurre sobre este presupuesto base.

Sin perjuicio de la validez de dicha premisa fundamental, la cual no pretendo discutir, existen ciertas reglas que efectivamente entorpecen de manera significativa la búsqueda de dicho objetivo. Entre estas encontramos, por ejemplo, aquellas normas cuya aplicación evidentemente impone trabas innecesarias a la realización de una diligencia probatoria en materia procesal civil (Taruffo, 2002: 378 y ss.). Así, en nuestro arcaico sistema, la recepción probatoria se encuentra a tal extremo burocratizada, que la difícil observancia de las reglas codificadas y forenses constituye un enorme impedimento a la hora de producir prueba. (Piénsese, por ejemplo, en las excesivas

1 V.gr. *Haack, Laudan, Allen, Taruffo*, entre otros,

complejidades que acompañan la rendición de la prueba confesional por medio del mecanismo denominado “absolución de posiciones”, o bien, los intrincados requisitos procesales para hacer valer los entorpecimientos en materia de prueba testimonial). Igualmente, en muchos casos, el resultado obtenido tras la producción de prueba, y que deberá ser considerado por el juez al momento de valorar esta, resultará difícilmente conciliable con el medio de prueba que este pretendía representar. (Piénsese en la recepción de la prueba testimonial en el proceso civil chileno, la cual es recepcionada y escriturada por un receptor cuya acta es finalmente leída por, en el mejor de los casos, el juez al momento de fallar). Dichas trabas debiesen ser, sin duda, *de lege ferenda* —en pos de la correcta averiguación de la verdad— removidas o al menos atenuadas (Meneses, 2017: 54 y ss.).

Pese a ello, existen limitaciones a la búsqueda de la verdad que estimo no debiesen ser suprimidas. Caso paradigmático lo constituyen las reglas de exclusión de prueba o respectivamente, de prohibición de valoración de prueba en el proceso penal, aplicables con motivo de ciertas infracciones a reglas de obtención de prueba (y, en el caso chileno, reconducibles a una vulneración de garantías fundamentales). Creo firmemente que la existencia y aplicación de dichas reglas confieren legitimidad a un determinado razonamiento probatorio y con ello, a la imposición de una pena adoptada por un órgano jurisdiccional (Correa: 2018, 157)².

En este sentido, estimo, a riesgo de ser tachado de “contraepistémico”, que la exclusión o prohibición de valoración de prueba obtenida mediante determinadas infracciones a reglas de obtención probatoria, podría, justificadamente en ciertos casos (como sostenía Beling hace más de 100 años) poner en entredicho la búsqueda de la verdad como finalidad (Beling, 1903: 1 y ss). A este respecto, excluyo que dichas consecuencias se generen en el caso límite de aquella declaración obtenida por medio de métodos de interrogatorio prohibidos, cuya veracidad finalmente resultará a lo menos cuestionable. En este caso, la exclusión probatoria no será sino un resguardo a la averiguación de la verdad.

2 En idéntico sentido, recientemente Corte Suprema, Ingreso N.º 37.213-17.

Sin embargo, la gran mayoría de las obtenciones probatorias susceptibles de exclusión de acuerdo, por ejemplo, al ordenamiento chileno (Art. 276 inc. 3° Código Procesal Penal) o que generarán una prohibición de valoración (ver el sistema de prohibiciones probatorias de Alemania en Correa, 2018: 146 y ss), no producirán cuestionamientos en torno a la idoneidad de un medio de prueba para contribuir a la búsqueda de la verdad. Piénsese, por ejemplo, en aquellos documentos obtenidos gracias a un ingreso no autorizado, cuya autenticidad no ha sido puesta en duda, o bien, aquellos casos donde la confesión, obtenida mediante tortura, permite dar con el paradero del cadáver o del arma homicida. Pese a los problemas que la aplicación de esta regla generará para la búsqueda de la verdad, dichas probanzas debiesen ser excluidas o no valoradas. Sobre esto, rescato lo señalado por la autora (Vázquez, 2015: 30) en cuanto a que, aun cuando toda prueba admisible debe ser relevante, no toda prueba relevante es admisible jurídicamente.

En los casos antes descritos, la búsqueda de la verdad es, precisamente, la que cede a favor de un interés superior: el respeto de garantías del imputado. La verdad —como ha sostenido en innumerables oportunidades el Tribunal Supremo alemán y el Tribunal Constitucional Federal de dicho país— constituye un valor que no puede alcanzarse a cualquier precio.³ El tratamiento de los límites para la averiguación de la verdad en el proceso constituye un aspecto escasamente tratado en la obra y su análisis, en el marco del derecho probatorio resulta, a mi juicio, insoslayable.

Asimismo, parece relevante consignar, en relación al llamado “paternalismo epistémico” (Vázquez, 2015: 140 y ss.), que su análisis resulta relevante, entre otros, para indagar algunos problemas referidos a la exclusión de prueba (o prohibición de valoración de prueba) en el proceso penal chileno. Precisamente, aquellos casos —como sucede con el art. 276 del Código Procesal Penal— en los cuales un tribunal excluye material probatorio del conocimiento (futuro) de otro juez, podrían constituir una manifestación de dicho paternalismo epistémico. Esta situación, pese a la connotación peyorativa que pudiese asignársele al concepto, no necesariamente genera

3 BGHSt 14, 358 (365); 31, 304 (309); 38, 214 (220); 38, 372 (374); 51, 285 (290); 58, 301 (309). BVerfG NJW 2011, 2783 (2784). No sé a qué se refiere esto.

consecuencias negativas para el sistema. En efecto, en el ejemplo propuesto, la exclusión anticipada de prueba innegablemente tendrá la ventaja —pese a la mencionada lesión que esta eventualmente generará para la búsqueda de la verdad— de evitar la contaminación del tribunal con pruebas que para el legislador resulta necesario excluir y, asimismo, dota de legitimidad a una determinada resolución judicial.

Ahora, en lo referido a la prueba pericial, una premisa fundamental del trabajo consiste en concebirla como un tipo de testimonio; *el juez conoce testimonialmente la información experta que usa en su razonamiento sobre los hechos de un caso*. El testimonio pericial constituye, con acuerdo, una fuente de conocimiento en sí mismo; brinda información al sujeto cognoscente que de otra manera no podría adquirir (Vázquez, 2015: 45). Dicha afirmación constituye un acierto no solo de la autora, sino de las nuevas corrientes del derecho probatorio que tienden a acercarse de manera pragmática a la prueba testimonial. Los intentos por separar testimonio y pericia desconocen la innegable similitud entre ambas pruebas, lo que genera distinciones en gran parte artificiales, cuyas objeciones superan sus beneficios.

Sin perjuicio de lo acertado de la premisa recién expuesta, existen ciertos supuestos no suficientemente abordados en la obra, en los cuales el carácter de testigo-experto del perito, finalmente se diluye. Hablamos, paradigmáticamente, de aquellos procesos (sobre todo penales) en los cuales, en la elaboración del peritaje, el perito mismo se convierte —muchas veces involuntariamente— en testigo (de oídas). Piénsese en aquel perito que, debidamente autorizado, escucha como la víctima narra hechos constitutivos de delitos hasta entonces ignorados, o bien, como el imputado presta espontáneamente declaraciones incriminatorias hasta aquel entonces desconocidas.

Al respecto, surgen algunas dudas no respondidas en la obra: ¿Cómo se integra dicho hallazgo casual con la labor del perito? ¿Debiese seguirse la regla aceptada en Alemania, mediante la cual el perito no debe incluir dichos hallazgos en su informe, sino prestar declaración como testigo respecto de estos?

Ahora, sin obviarlas dificultades que posee el tratamiento del llamado “hallazgo casual” en materia pericial, y cuyo análisis pormenorizado en la obra se extraña, me parece —y así podría ser explorado en futuras publicaciones— que su existencia permite sustentar aún más la tesis de la autora en orden a entender el peritaje precisamente como un tipo de testimonio.

Un interesante aspecto abordado en la obra dice relación con la posibilidad de determinar la constitución misma de un determinado tribunal en atención a la experticia del juez, posibilidad que la autora rechaza de plano (Vázquez, 2015: 44 y ss). Se afirma en que previsiblemente, ello generaría grandes problemas de constitución de este tipo de tribunales.

Sin embargo, la tendencia legislativa (en Chile, sobre todo en la jurisdicción especializada, vid. TDLC y TMA) pareciera transitar en el sentido contrario. En tribunales mixtos (no exclusivamente letrados), son justamente las calificaciones técnicas o conocimientos extrajurídicos de algunos de sus jueces lo que hace relevante su pertenencia al órgano. En estos casos, ¿se busca limitar (indirectamente) la pertinencia de la prueba pericial? ¿Son estos jueces-expertos verdaderos peritos nombrados por las autoridades competentes para resolver una multiplicidad de casos? ¿Son razones económicas las que mueven al legislador? El análisis de esta tendencia legislativa constituye una enorme fuente de interrogantes que se entrelazan directamente con la materia central de la obra y cuya respuesta permanece pendiente.

Vinculado a lo anterior, resulta interesante el análisis que en la obra se efectúa del llamado *background* del juzgador (Vázquez, 2015: 185); elemento determinante al momento de abordar una pericia de parte de un tribunal. Dada la progresiva especialización que experimenta el ejercicio de la función jurisdiccional, manifestada por ejemplo, en la creación de nuevas jurisdicciones técnicas cada vez más acotadas y especializadas, resulta dable presumir que al cabo de un tiempo el *juez-especialista* contará con un *background* específico que le permitirá no solo enfrentar de buena forma la prueba pericial que ante él se presente, sino que eventualmente generará una menor necesidad de someter a peritaje determinados asuntos que pasarán a constituir parte de la experticia del juzgador.

Interesante y novedoso resulta, por otro lado, la contextualización que hace la autora (Vázquez, 2015: 34) de la llamada prueba legal o tasada, donde evalúa su rendimiento no aisladamente, sino dentro del conjunto probatorio. De este modo, acertadamente se rechaza —al menos implícitamente— englobar cualquier recurso del legislador en orden a predeterminar al valor de un determinado medio de prueba, como un defecto que “contamina” todo un sistema. Por el contrario, brevemente la autora reconoce que la relevancia de este sistema de valoración tasado, y que sitúa, paradigmáticamente, en la prueba testimonial, debe apreciarse en relación con el resto de los medios de prueba disponibles, ya sea en relación al sistema de valoración del resto de los medios de prueba asignado por el legislador, o bien, en el caso concreto, en relación al número y naturaleza de las pruebas rendidas..

La relevancia de dicha aclaración no resulta baladí. En el caso de Chile, donde en materia procesal civil se suele hablar sin tapujos —a mi juicio, livianamente— de la existencia de un sistema de prueba legal (Bordalí, Cortez, Palomo, 2013: 2013; Pérez Ragone y Núñez, 2014:216), se omite que, en realidad, la supervivencia de dicho sistema resulta a lo menos discutible. A la conocida libertad de valoración que posee el juez civil respecto de la prueba pericial (art. 425 del Código Procesal Civil) debe sumarse no solo la tan olvidada cláusula general del art. 428 del mismo corpus en materia de presunciones, sino también el carácter facultativo que, recientemente, la Corte Suprema en su jurisprudencia le ha reconocido en sede de casación a las reglas tasadas sobre valoración del testimonio contenidas en los arts. 384 y ss. del Código Procesal Civil.

En cuanto a la prueba pericial en específico, una tesis central del libro, y que dicho sea de paso permite conectar los capítulos III y IV, lo constituye la llamada “parcialidad estructural” de la cual adolecería el perito de parte y que constituiría el elemento distintivo de este, en relación con el perito del juez. A este respecto, la autora sostiene que si las afirmaciones periciales no fueran favorables a quien lo presenta, simplemente no lo haría.

Ahora bien, profundizando en la distinción entre perito de partes y perito del juez (vid. capítulo IV), y sobre todo considerando la evidente situación desmejorada en la que se encuentra el primero respecto del segundo, lógicamente el lector llegará a preguntarse: ¿Es aconsejable —*de lege*

ferenda— la subsistencia de ambos peritos? ¿Por qué no eliminamos el perito de partes? Personalmente, creo que la solución no radica en la eliminación, sino en una racionalización de los criterios para su selección y de la metodología de trabajo exigible a este.

Efectivamente, la tesis expuesta por la autora parte de una premisa que estoy dispuesto a aceptar como válida: la prueba pericial de parte es *necesariamente parcial* a la parte que la presenta. Sin perjuicio de ello, derivar de dicha aseveración un déficit estructural que envuelve a toda prueba pericial de parte, independiente de la regulación en la cual esta se inserte, podría parecer excesivo. En efecto, el pretendido déficit —me parece— obedece en gran parte a defectos específicos de un determinado ordenamiento, que en muchos casos parecen susceptibles de ser remediados. Así, estimo correcto aceptar, como mecanismo a implementar para evitar o atenuar el defecto estructural que se atribuye al perito de parte, someter a este al cumplimiento previo obligatorio (como requisito para admitir en un juicio la presentación de un informe pericial) de determinados pasos, tanto en relación al conocimiento del asunto controvertido (por ejemplo, exigiendo que el perito de parte considere en su informe determinados antecedentes o lleve a cabo determinadas diligencias), como al ofrecimiento mismo de la prueba (enunciar que se solicita admitir un peritaje particular, previo a la presentación del mismo). Con ello, en pos de una mayor credibilidad de la prueba pericial de parte, podría limitarse ese pernicioso efecto *win-win* que esta posee para quien la presenta, lo que incidiría finalmente en su valor probatorio.

Frente a la objeción obvia que pudiese suscitarse frente a estas trabas —ningún litigante razonablemente se arriesgará a generar prueba cuyo resultado final puede serle desventajoso— es posible contra argumentar que, en el estado actual, la relevancia que puede asignársele a la prueba pericial de parte en sede de valoración es considerablemente baja; la situación de la parte que presenta —o mejor dicho, decide ofrecer— a un perito se verá directamente mejorada.

III. TERCERA PARTE. ANÁLISIS DEL CAPÍTULO IV: EL PERITO DE CONFIANZA DE LOS JUECES. HACIA UN MODELO DIFERENCIALISTA.

Tema central de la obra, tanto en lo referido a la extensión, como a la profundidad y manejo del tema, lo constituye el capítulo IV, dedicado en exclusiva al tratamiento del perito de confianza de los jueces. Como señalé *supra*, el capítulo IV se encuentra pulcramente redactado, entrelazándose armónicamente sus distintos componentes y guiando fácilmente al lector hacia los objetivos que la autora se ha propuesto.

1. La relación entre el perito de parte y el perito de los jueces: confiando y desconfiando

Desde el comienzo del capítulo la autora busca distanciar al perito nombrado por las partes (analizado latamente en el capítulo III), de aquel de confianza de los jueces.

Dicha distinción se entiende como una consecuencia lógica y esperable de la mencionada relación *desconfianza-confianza* ya referida y que la obra transmite desde un comienzo. El perito de partes presenta ciertas afirmaciones; el perito del juez se encuentra determinado en los extremos de su pericia y ha sido, además, seleccionado por el juzgador. De este modo, Vázquez comienza el apartado indicando que la selección del perito nombrado por el tribunal es previa a la entrega del informe pericial, y refiere a su vez, que las operaciones periciales que realiza las efectúa en el contexto del proceso judicial y bajo la posibilidad de control y examen de las partes.

De este modo, un componente central de la legitimidad del perito del juez, y que lo distingue del perito de parte, dice relación con un rasgo distintivo del mismo: la posibilidad de dotar, tanto a la decisión sobre su selección, como al control de las operaciones que este realiza, de una serie de presupuestos posibles de ser controlados por las partes (Vázquez, 2015: 257 y ss.). Estas, al poder cuestionar activamente, por ejemplo, la competencia y actuación del perito, dotan de legitimidad su actuar independientemente del resultado al cual se arribe.

Como se mencionó, un presupuesto esencial de la valoración preponderante del peritaje judicial dice relación con la confianza que se exige de parte del juez hacia *su* perito como garantía de idoneidad e imparcialidad. A este respecto, el trabajo plantea (Vázquez, 2015: 233) una visión que denomina “concepción estratégica de la confiabilidad”, la cual considera que el aspecto motivacional está conformado —en parte— por ciertos incentivos para actuar de manera confiable. En este sentido, surgen diversas preguntas que quedan sin respuesta: ¿Es esta una confianza personal hacia la persona del perito o puede ser suficiente una “confianza institucional”, por ejemplo, hacia una determinada institución o asociación gremial? Al respecto, ¿bastaría con que un sujeto detente ciertas credenciales formales para acreditar su autoridad, en tanto perito? ¿Bastará, por ejemplo, detentar el cargo de presidente (o incluso miembro) de una asociación de especialistas —digamos, dermatólogos— para que este sea merecedor de la confianza del juez, o se requiere contar con algún componente adicional?

Asimismo, el contenido que debe asignársele al componente “confianza”, latamente explicado a comienzos del capítulo, se aleja del ámbito jurídico, acercándose a la psicología. Al respecto, y asumiendo mi desconocimiento sobre el tema, ignoro si el tratamiento expuesto en la obra se condice o no con el estado actual de la discusión en esta rama del conocimiento. Tal vez, la elaboración de ciertas secciones en coautoría con especialistas de otras disciplinas científicas hubiese contribuido a enriquecer una discusión ajena, cuyos postulados, muchas veces, podríamos asumir erróneamente como verdaderos.

2. Los mecanismos de designación del perito del juez y la incontrolabilidad de sus actuaciones y resultados: el caso chileno

El alto valor que se le asigna al perito del juez en virtud —entre otros elementos— del mecanismo de designación y la posibilidad de incidencia de las partes en la labor que estos desempeñan, presenta una importante barrera para el reconocimiento en un sistema como el procesal civil chileno, en el cual el ofrecimiento probatorio está entregado fundamentalmente a las partes (Aguirrezabal, 2012: 345 y ss.). En efecto, sin perjuicio de la regla del art. 412 Código Procesal Civil que permite al tribunal decretar

de oficio el “reconocimiento de peritos” en cualquier estado del juicio y, no obstante aquellos procedimientos en los cuales el informe de peritos constituye un trámite ineludible del proceso (por ejemplo, la denuncia de obra ruinosa de conformidad al art. 571 inc. 1° Código Procesal Civil), en la práctica, la siempre criticada pasividad extrema del juez civil chileno incidirá directamente en la producción de prueba pericial. De este modo, el sistema de nombramiento de peritos consagrado en el Código Procesal Civil (art. 414) establece la designación de parte del juez como aplicable solo en subsidio del acuerdo de partes, supeditando el nombramiento por el tribunal, solo a casos en que las partes “no se ponen de acuerdo sobre la designación de las personas (peritos)”.

Asimismo, el “asilamiento” del perito respecto de las partes y del juez al momento de desempeñar el encargo, propio de la centenaria regulación civil chilena, se manifiesta ya en la etapa misma del nombramiento: la oposición de las partes a la designación de un perito concreto se limita —art. 416 de citado código— a las incapacidades legales de las que pudiese adolecer el perito, mas no a su falta de idoneidad para desempeñar el cargo. Igualmente, más allá de las observaciones que las partes puedan formular en el acto del reconocimiento, el legislador no ha contemplado ninguna incidencia de las partes en la elaboración misma del informe, ni mucho menos, ha reconocido expresamente la posibilidad de examinar al perito, y controvertir o refutar sus conclusiones en audiencia destinada para tal efecto.⁴

El perito, en el proceso civil chileno, independientemente de quién lo designó (juez o parte), actúa siempre en solitario y no es controlado ni supervisado de modo alguno durante su trabajo ni finalizado este.⁵ No contemplando la regulación vigente la posibilidad (directa) de efectuar un interrogatorio de parte del juez ni de las partes al perito, las inconsistencias, falsedades o dudas del informe, se perpetúan en el papel sin posibilidad de ser descubiertas o superadas por medio de un examen directo del juez y/o de las partes.

4 Lo anterior, sin perjuicio de que, en la práctica, el informe pericial de partes será introducido al juicio como documento privado reconocido posteriormente por el perito (citado como testigo de la parte que presenta el informe) en audiencia.

5 Gráfica es, en este sentido, la regla establecida en el art. 419 inc. 1° del Código Procesal Civil que en su segunda parte dispone que las partes “no tomarán parte en las deliberaciones de los peritos, ni estarán en ellas presentes”.

Dicho lo anterior, cabe preguntarse: ¿De qué forma dichos defectos estructurales a nivel de regulación legal inciden —más allá de si se trata de un perito del juez o de partes— en el valor probatorio que debiese asignarse a esta prueba pericial? Sobre esto sostengo que, en el proceso civil chileno, resulta imposible satisfacer en modo alguno las necesidades epistémicas del tribunal mediante la prueba pericial del juez.

El diagnóstico referido a la prueba pericial en el proceso civil chileno (inexistencia práctica de prueba pericial del tribunal) podría extenderse incluso al proceso penal, en el cual la prueba pericial jamás puede ser ordenada por el tribunal,⁶ sino que debe ser exclusivamente ofrecida en la audiencia de preparación del juicio oral por la fiscalía, la defensa o el querellante. Lo anterior debe ser entendido a la luz de las particularidades del sistema procesal penal chileno, donde el Ministerio Público se rige por el principio de objetividad y tiene a su cargo, de manera exclusiva, la producción de prueba de cargo. Sobre esto, aún subsiste una pregunta respecto a la adscripción del perito designado por el fiscal: ¿Es, el perito requerido por el Ministerio Público, al menos funcionalmente equivalente al perito del juez o debe considerársele como perito de parte?

3. Estructura concentrada del proceso penal chileno en relación con la prueba pericial

En el proceso penal chileno, pese a que la regulación vigente —a diferencia de lo que sucede en el proceso civil— cuenta con la posibilidad de exponer los resultados de la pericia y posteriormente someter al perito al interrogatorio y contraexamen de parte de los intervinientes (Duce, 2015: 110 y ss.), todavía quedan algunas dudas respecto del carácter concentrado que posee la fase oral de la prueba pericial. En efecto, la única oportunidad procesal con la que cuenta el interviniente que no ofrece la prueba, para cuestionar la competencia/idoneidad del perito, será la audiencia de juicio oral. En este sentido, el examen (previo) de idoneidad se confunde en el debate de fondo en torno a la metodología empleada o los resultados de la pericia. Al respecto,

⁶ La regulación diametralmente opuesta corresponde al sistema procesal penal alemán, modelo en el cual, de acuerdo con la ley, el perito siempre será nombrado por el juez (§ 73 StPO). El imputado solo puede nombrar un perito accesorio, de su confianza. Las posibilidades de actuación de este son mucho más limitadas que las del perito del juez. No tiene acceso a las actas, ni la posibilidad de interrogar al imputado.

¿tiene sentido mantener dicha estructura *concentrada* o debiesen, *de lege ferenda*, resolverse los cuestionamientos al nombramiento del perito en un estadio procesal anterior, evitando mezclar o confundir ambos planos?

4. ¿Elimina el acuerdo sobre la persona del perito el déficit estructural del perito de partes?

Sin perjuicio de los problemas ya enunciados que presenta la regulación procesal civil chilena vigente que, como mencionamos, supedita el nombramiento judicial del perito del juez a la inexistencia de un acuerdo de partes, surgen nuevas interrogantes referidas a la existencia *intrínseca* de un defecto estructural en el perito de parte. ¿Si el perito es designado de común acuerdo por ambas partes, aún es posible hablar de un déficit intrínseco que se le asigna a la prueba pericial de partes? Si la respuesta es negativa ¿incide en algo que el juez no haya intervenido de modo alguno en la elección de la persona que realizará el peritaje? El acuerdo de partes en la persona del perito (y por qué no, en puntos adicionales referidos, por ejemplo, al procedimiento a seguir) ¿eliminaría el sesgo del perito de parte por medio de lo que podríamos denominar una “doble negación de una parcialidad”? ¿Subsiste, en consecuencia, aun en estos casos, el denunciado disvalor inmanente a la prueba pericial de partes, que solo puede ser suplido por la voluntad excluyente del juez?

5. El historial del perito y el sistema de listas

Sobre este tema, estimo que la exigencia referida al perito en relación a contar con un “historial” (Vázquez, 2015: 272) resulta una propuesta interesante y, a pesar de las dificultades, posible de implementar.

Sin obviar la precariedad del sistema vigente en nuestro país, el recurso de una suerte de “historial del perito”, en la praxis, sí ha resultado relevante tras la entrada en vigencia del Código Procesal Penal: en el juicio oral, los intervinientes se basan muchas veces en peritajes anteriores elaborados por el mismo experto para demostrar contradicciones o sesgos de este (un caso recurrente es el del perito que ha realizado exclusivamente peritajes encargados por la defensa de imputados por delitos sexuales).

Por otro lado, el sistema institucional de listas de peritos, aún existente en Chile (listados elaborados por las distintas cortes de apelaciones de acuerdo con art. 416 bis del Código Procesal Civil), ha perdido progresivamente la relevancia práctica. Ahora bien, su intrascendencia —incluso su descrédito— radica, más que en el sistema mismo de lista, en la falta de rigurosidad que en la mayoría de los casos acompaña la elaboración de esta, pese a la consignación expresa en el Código Procesal Civil de un concurso público para tales fines. En efecto, la confección de dichos instrumentos se realiza, en muchos casos, exclusivamente a partir de criterios objetivos abstractos (paradigmáticamente, la detentación de algún título profesional, sumado a veces a ciertos años de experiencia), lo cual no permite asegurar de manera eficaz la calidad de quienes llegan a integrar dicho registro.

Lo anterior, estimo, no debiese minar la necesidad de contar con listados de peritos que respondan a ciertos estándares que otorguen al menos una presunción de idoneidad a quien se encuentre incluido en ellos. Una solución posible para restablecer la credibilidad de dichas listas podría consistir en la incorporación a estas previa aprobación de exámenes de habilitación a cargo de un comité de selección.⁷

6. La relación “simbiótica” entre el perito y el juez

La relación entre el perito del juez y el juez mismo es caracterizada en la obra —implícitamente— como simbiótica, esto en el entendido de que ambas partes se benefician de su vinculación. Lo anterior, desde luego, generará incentivos mutuos, propendiendo a que dicha relación trascienda más allá de un peritaje específico encomendado. Dentro de los incentivos que poseen los peritos para mantener la relación con los jueces existe un argumento de carácter económico, adicional a los mencionados (Vázquez, 2015: 245), y que parece relevante mencionar: el perito que se destaque por la calidad de su trabajo, no solo será requerido por el juez en casos similares, sino que además será recomendado por este a sus colegas. El mal perito, por el contrario, caerá rápidamente en desgracia.

7 Tal parece ser la opción que adoptará el legislador chileno prontamente mediante la futura ley que faculta solo a determinados expertos, previamente acreditados, a interrogar víctimas menores de edad en investigaciones penales sobre delitos sexuales.

7. Valoración de la prueba pericial del juez

Ahora bien, más allá de los problemas recién analizados, referidos a la regulación de la prueba pericial en el proceso chileno, persisten ciertas dudas respecto de la valoración del perito del juez, o más bien, de la necesidad misma de mantener la etapa de valoración, de acuerdo al modelo propuesto en la obra.

En efecto, en el caso específico en que la prueba pericial resulte en la especie relevante; cuando el procedimiento de designación del perito haya cumplido todos los estándares requeridos, habiendo las partes participado activamente de este; cuando, además, el perito cumpla con todos los requisitos de idoneidad para desempeñar el cargo; y, por último, en aquellos casos en los que el método empleado por el perito para realizar su informe resulte plenamente satisfactorio (situación hipotética que se condice con el ideal en el que esta prueba debiese ser llevada a cabo), se debiese aplicar la premisa que la autora sostiene: *el juez debe creer al perito a menos que haya razones poderosas para no hacerlo* (Vázquez, 2015: 278).

A pesar de esto, todavía queda una pregunta crucial: ¿Existe realmente — pese al cumplimiento de todos los requisitos antes mencionados— alguna razón fuera de lo que podríamos denominar “mera arbitrariedad”, para que el juez desestime, en sede de valoración, lo expresado y resuelto por el perito “ideal”? Dilucidado lo anterior: ¿Es realmente conveniente —una vez verificada la concurrencia previa de los requisitos indicados y los adicionales que sea necesario incorporar— dotar de autonomía al juez en sede de valoración del testimonio experto? ¿No bastaría, en este sentido, limitarnos a contar con un juez “controlador” de la pericia, asignándole a esta —una vez satisfechas ciertas condiciones para su realización— un valor determinado? En síntesis: ¿Qué libertad es necesario asignar, o bien qué libertad posee realmente el juez al momento de valorar la prueba pericial “ideal”?

Concedo que *prima facie*, las razones que instan a descartar la (re) instauración de verdaderas reglas de prueba legal o tasada son poderosas —actualmente no encuentran mayor sustento en la doctrina— y debiesen

llevarnos a rechazar al menos *formalmente* dicha línea argumentativa. Sin embargo, estimo que los motivos para cuestionar la plena libertad del juez al valorar la prueba pericial “perfectamente producida” perduran.

La respuesta que restringe la libertad del juez tampoco soluciona un problema central: ¿Hasta qué punto, enfatizar el control, negando autonomía al juez para pronunciarse en sede de valoración sobre un peritaje *perfecto*, importaría suplantar al juez por el perito como adjudicador?

En el derecho alemán, la respuesta a esta pregunta es clara: la doctrina mayoritaria ha exigido que los resultados del informe no sean *automáticamente* tomados como válidos por el tribunal, sino que deben apreciarse críticamente en el marco de la libre valoración de la prueba (Volk, 2010: 210). De este modo, el Tribunal Supremo de dicho país ha resuelto que, si el juez decide en sede de valoración seguir las conclusiones esgrimidas por el perito, deberá indicar las razones expresas por las cuales así lo hace (BGH NStZ 2009, 284).

Con todas las dudas que me merece el punto, creo razonable mantener la necesidad de contar con una etapa de valoración, autónoma e independiente de la rectitud de los procedimientos previos. Empero, aquel juez que posea experiencia en la materia objeto de la pericia estará en mejores condiciones de evaluar el resultado ofrecido. Por el contrario, dadas las limitadas herramientas que tendrá el juez no avezado en la materia, su cuestionamiento a lo dictaminado por el perito derivará, en muchos casos, en arbitrariedad.

8. Algunos problemas referidos a la remuneración del perito

Un tema no analizado y cuyo tratamiento se extraña, es la incidencia de la fuente de remuneración del perito en su objetividad y, finalmente, con la valoración de dicha prueba (Aguirrezabal, 2011: 371 y ss.). ¿En qué sentido podría ser relevante que la remuneración del perito provenga del juez o de las partes? ¿En un juicio civil, deben las partes distribuir los costos del perito designado judicialmente? ¿Debe pagar el informe quien finalmente resulte condenado en juicio o la parte cuya demanda sea rechazada? ¿Podría generarse —cualquiera sea la alternativa adoptada— un conflicto de imparcialidad frente a, por ejemplo, quienes siguen el proceso en

rebeldía? ¿Qué incentivos tendría el perito para realizar un buen informe si posteriormente no tiene certeza de si recibirá o no una justa remuneración por su trabajo? ¿ El monto a pagar por el peritaje debe estar determinado desde antes por tabla o debe quedar al arbitrio del perito?

9. La prueba pericial en segunda instancia

La enunciación de un asunto que constituye un problema esencial no solo de la prueba pericial, sino del razonamiento probatorio en sí, se reserva para el final de la obra, dejando grandes interrogantes pendientes de respuesta: el control probatorio en segunda instancia y su incidencia en la valoración del peritaje. De este modo, ¿Debe el juez que integra el tribunal de alzada prescindir, o se encuentra vinculado a los conocimientos o la *expertise* del juez de la instancia? ¿Qué limitaciones posee al momento de revisar los hechos acreditados en primera instancia, considerando que en segunda instancia no es posible reproducir el debate y la confrontación que se dio en primera instancia?

IV. CONCLUSIONES

La obra ofrece una significativa contribución en el campo del derecho probatorio, presentando un tema clásico desde un enfoque novedoso. La incorporación de herramientas ajenas al campo de las ciencias jurídicas permite analizar distintos problemas asociados a la prueba pericial desde perspectivas no tradicionales, lo que enriquece la discusión.

En este sentido, el contenido de la obra concibe y entiende al derecho procesal como una disciplina sustantiva, alejada (al menos en Chile) del enfoque tradicional que ve en el proceso un mero conjunto de reglas adjetivas, procedimentales. La enorme contribución que la obra representa para un área que al menos en Chile ha sido históricamente subvalorada y, en general, para el desarrollo de las ciencias jurídicas, supera con creces a las críticas que pudiesen formularse respecto del tratamiento concreto de alguno de las múltiples cuestiones de ella analizadas.

El enfoque interdisciplinario propuesto deja problemas sin resolver: el afán por generar una teoría general de la prueba pericial atenta contra la exhaustividad en el análisis de ciertos temas, cuyo examen íntegro excede con creces el objeto del trabajo. Lo anterior genera algunas inconsistencias que inciden en la apreciación global de la obra. De este modo, la perspectiva escogida por la autora para analizar la prueba pericial y, en general, la inmensidad de temas que subyacen a dicha institución impiden satisfacer las pretensiones de exhaustividad que, por ejemplo, un examen dogmático, centrado en el análisis de un ordenamiento jurídico concreto, sí ofrecería.

Si bien el trabajo discurre, en su mayoría, sobre un marco teórico generalmente alejado de las regulaciones legales vigentes, se extraña (más allá de las referencias que se efectúan en el capítulo II al derecho estadounidense) el tratamiento específico de ciertos problemas asociados a ordenamientos jurídicos concretos. En este sentido, una referencia a sistemas familiares para la autora, como la singular regulación procesal civil chilena o el modelo español hubiesen resultado pedagógicamente interesantes como punto de contraste o de corroboración de las hipótesis planteadas.

La literatura que sustenta gran parte de los postulados de la autora se basa en trabajos tradicionalmente asociados al estudio del derecho probatorio en la Universidad de Girona. Si bien, ello permite mantener a la autora dentro de una suerte de “zona de confort”, muchas veces redundante en la autocomplacencia y la endogamia investigativa. El estudio crítico de dicha corriente y su contraste, por ejemplo, con líneas de investigación dogmáticas más tradicionales, constituye un desafío del todo aconsejable de cara a futuras publicaciones.

Pese a que la obra podrá no satisfacer las pretensiones de aquellos lectores que esperaban encontrar un análisis tradicional de la prueba pericial o, por el contrario, de aquellos quienes anhelaban enfrentarse a una teoría general de la prueba pericial, los flancos que permanecen abiertos y que en parte han sido expuestos en este trabajo debiesen ser interpretados no en clave de expectativas insatisfechas, sino como temas por analizar. El trabajo de la profesora Vázquez debe, en este sentido, ser visto como el loable punto de partida de un largo transitar por los caminos del derecho probatorio.

BIBLIOGRAFÍA

Aguirrezabal, Maite (2011). “La imparcialidad del dictamen pericial como elemento del debido proceso”. En *Revista Chilena de Derecho*, 38 (2):371 – 378.

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

Beling, Ernst (1903). *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess: Sonderausgabe*. Reimpresión, Darmstadt: De Gruyter (1968).

Bordalí, Andrés; Cortez, Gonzalo; Palomo, Diego (2013). *Proceso Civil. El Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*. Santiago: AbeledoPerrot.

Correa, Carlos (2018). “Más allá de la regla de exclusión: prohibiciones probatorias en el Derecho chileno -con especial referencia al Derecho alemán-“. En *Política Criminal*, 13, (25): 144-174.

Duce, Mauricio (2015). *La prueba pericial*. Buenos Aires: Ediciones Didot.

Langer, Máximo (2004). “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”. En *Harvard International Law Journal*, 45 (1): 1-64.

Meneses, Claudio (2017). *Estudios sobre el proceso civil chileno*. Valparaíso: Prolibros.

Pérez Ragone, Álvaro; Núñez, Raúl (2014). *Manual de Derecho Procesal Civil. Proceso ordinario de mayor cuantía*. Santiago: Thomson Reuters..

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

Vázquez, Carmen (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid- Barcelona: Marcial Pons.

Volk, Klaus (2010). *Grundkurs StPO. 7*. München: Beck.