



Revista de Derecho (Valdivia)

ISSN: 0716-9132

revider@uach.cl

Universidad Austral de Chile

Chile

Duce Julio, Mauricio

Los informes en derecho nacional y su admisibilidad como prueba a juicio en el proceso
penal chileno

Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXIX, núm. 1, junio, 2016, pp. 297-327

Universidad Austral de Chile

Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173746326014>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Los informes en derecho nacional y su admisibilidad como prueba a juicio en el proceso penal chileno

*Mauricio Duce Julio**

RESUMEN

El propósito del trabajo es entregar argumentos acerca del porqué los informes en derecho sobre el derecho nacional no debieran ser admitidos bajo ninguna calidad como prueba a juicio en nuestro sistema procesal penal.

Admisión de evidencia – prueba – peritos – informes en derecho

The admissibility of legal briefs about national law as evidence on trial in the Chilean criminal procedure

ABSTRACT

The article's purpose is to provide arguments that justify the inadmissibility, as evidence on trial, of the legal briefs on national law in any case in our criminal procedure.

Admissibility of evidence – evidence – expert witnesses – legal briefs

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Diego Portales, Abogado, Magister en Ciencias Jurídicas (J.S.M) Universidad de Stanford. Profesor Titular Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. Correo electrónico: mauricio.duce@udp.cl

Artículo recibido el 13 de julio de 2015 y aceptado para su publicación el 21 de enero de 2016.

I. INTRODUCCIÓN¹

En el funcionamiento de nuestro sistema procesal penal acusatorio se ha presentado una situación que calificaría a lo menos de “curiosa” en relación con la admisibilidad de evidencia a juicio². Se trata de la aceptación como prueba (en distintas calidades) de informes en derecho sobre el derecho nacional (regularmente sobre derecho penal sustantivo). En la mayoría de los casos que conozco en la materia, los litigantes han intentado introducir a los autores de dichos informes en calidad de peritos a juicio. Además, en otras ocasiones se ha procurado introducir sus informes escritos como prueba documental³. Aparentemente más excepcional ha sido el intento por llevar a quienes confeccionan estos informes como testigos (expertos) a los juicios respectivos.

Lo más sorprendente no es que los fiscales, querellantes y defensores hayan intentado obtener la admisión a juicio de prueba de este tipo. En un sistema acusatorio de rasgos adversariales como el nuestro, es de esperar que los litigantes intenten maximizar sus posibilidades de ganar los casos. En esta dirección, no es raro entonces que su ingenio y creatividad los lleve a tratar de ampliar los márgenes respecto de la prueba que pretenden hacer valer en juicio. Lo que a mí me parece sorprendente es que dichos informes efectivamente hayan sido admitidos como prueba por los jueces de garantía en la Audiencia de Preparación de Juicio Oral (en adelante APJO)⁴ y luego se transformaran en evidencia

¹ El presente trabajo se ha estructurado sobre la base de un informe en derecho que el autor elaboró en septiembre de 2012 y que fue solicitado por el Estudio Jurídico “Puga Ortiz Abogados” en la causa RUC Nº 090028281513-0 y RIT Nº 7483-2009, seguida ante el 7º Juzgado de Garantía de Santiago. Agradezco especialmente al abogado Cristián Muga la autorización para utilizar los contenidos de dicho informe para construir este artículo. En todo caso, es factible mencionar que esta versión contiene cambios sustanciales en la estructura y contenidos del texto original, agregando, entre otras cosas, temas y nuevas fuentes no consideradas previamente, como a su vez eliminando partes que no eran pertinentes para este texto.

² No pretendo con esto hacer una afirmación acerca de la frecuencia o magnitud estadística con la que se presenta esta práctica en el funcionamiento de nuestro sistema de justicia penal, sino solo constatar, a partir del conocimiento de diversas causas en donde esto se ha producido, que se trata de un fenómeno que está ocurriendo con cierta habitualidad en casos de determinado perfil (varios serán citados a continuación).

³ Un ejemplo en que se solicitó su ingreso en estas dos calidades puede verse en el escrito de acusación presentado por el Ministerio Público en el conocido como “Caso Farmacias” en donde se acusa a un grupo de ejecutivos de diversas cadenas de farmacias por colusión. En específico, de haber cometido el delito previsto en el artículo 285 del Código Penal. Se trata de la acusación presentada en causa RUC Nº 090028281513-0 y RIT Nº 7483-2009, seguida ante el 7º Juzgado de Garantía de Santiago (documento en formato electrónico en poder del autor). En dicho escrito el Ministerio Público solicitó la incorporación –en calidad de prueba documental– de los informes en derecho “Prueba de la colusión” elaborado por Jorge Grunberg P. y Santiago Montt O. (sección 6.B Nº 88 de su acusación) e “Informe en derecho relativo a los alcances de los artículos 285 y 286 del Código Penal”, elaborado por Héctor Hernández B. (sección 6.B Nº 89 de su acusación). Además, el Ministerio Público solicitó la inclusión –en calidad de peritos– en dicho juicio de los autores de dichos informes: Jorge Grunberg P. (sección 6.C Nº 10 de la acusación), Santiago Montt O. (sección 6.C Nº 11 de la acusación) y Héctor Hernández B. (sección 6.C Nº 12 de la acusación), todos ellos para deponer acerca de sus respectivos informes.

⁴ En el auto de apertura de juicio oral del mismo “Caso Farmacias” no fueron admitidos los informes en derecho escritos presentados por la fiscalía en calidad de prueba documental, pero sí a sus autores como peritos. Véase Auto de Apertura de Juicio Oral de de 15 de septiembre de 2014 en causa RUC Nº 090028281513-0 y

presentada en el juicio⁵ que, por lo mismo, debió ser valorada por los tribunales orales en lo penal al momento de tomar sus decisiones en los casos respectivos⁶.

RIT N° 7483-2009, seguida ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, considerando quinto III (numerales 10, 11 y 12) (documento en formato electrónico en poder del autor). A ello se agregó que, por petición de varias de las defensas, se incorporaron además en calidad de peritos varios autores de informes en derecho. Ellos fueron: Antonio Bascuñán R. (informe denominado “Inaplicabilidad del art. 285 del Código Penal al acuerdo de precios entre competidores que constituye ilícito monopólico conforme al art. 3° del Decreto Ley N° 211”); Juan Ignacio Piña R. (“Informe en derecho que trata sobre el contenido y alcance del tipo penal consagrado en el artículo 285 del Código Penal”); Jean Pierre Matus A. (informes denominados “Acerca de la punibilidad en Chile de los acuerdos de precios, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 285 y 473 del Código Penal”; “Acerca de la actual falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios” y “De nuevo sobre la falta de punibilidad de los atentados contra la libre competencia, de conformidad con el art. 285 del Código Penal. Algunos aspectos de la discusión con Héctor Hernández en Política Criminal”); y, Alfredo Etcheberry O. (informe en derecho de fecha 23 de julio de 2009). En consecuencia, en este caso fueron admitidos siete peritos cuyo aporte era informar sobre aspectos diversos del derecho penal sustantivo nacional.

⁵ El caso que me parece más paradigmático sobre este problema –ya que en él se admitieron informes en derecho en las tres calidades identificadas (como peritajes, como prueba documental y como prueba testimonial)– es el conocido en la opinión pública como “Caso Yarur”, RUC N° 1.110.012.155-9 y RIT N° 262-2013 del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. En lo sustancial en este caso el Ministerio Público acusó a Daniel Yarur E. por apropiación indebida en contra de Jorge Yarur B. El tribunal oral dictó sentencia absolutoria el 6 de mayo de 2014. *Ministerio Público con Yarur* (2014). En este caso el Ministerio Público introdujo como prueba documental a juicio: informe en derecho de Pablo Rodríguez G. de febrero del 2011 (considerando sexto I. C N° 13); informe en derecho del 21 de julio de 2011 suscrito por Héctor Hernández B. (considerando sexto I. C N° 28); informe en derecho “Acerca de la naturaleza y alcances en relación con la administración y gestión del patrimonio de don Jorge Yarur Bascuñán que usted llevó a cabo por espacio de aproximadamente 10 años entre el 30 de noviembre de 1999 y el mes de febrero del 2010” (considerando sexto I. C N° 29); informe en derecho “Sobre ciertos aspectos relacionados al poder general otorgado por él (también mandante) a Daniel Yarur Elsaca el 30 de noviembre de 1999” suscrito por Juan Ignacio Correa y Matías Larraín (considerando sexto I. C N° 36). El querellante, por su parte, presentó como prueba pericial a juicio las declaraciones de los autores de informes en derecho Héctor Hernández B. (considerando sexto II. B N° 1) y Juan Ignacio Correa (considerando sexto II. B N° 3). Finalmente, la defensa presentó en juicio en calidad de testigos a los autores de informes en derecho: Jean Pierre Matus A. (considerando sexto III. A N° 1) y Jaime Náquira (considerando sexto III. A N° 8). Además se ingresaron en calidad de prueba documental: el informe elaborado por Jaime Náquira R. denominado: “Informe en derecho sobre si un administrador de un patrimonio ajeno, sobre la base de un contrato de mandato amplio y general, podría cometer el delito de apropiación indebida del art. 470 N° 1 del CP” (considerando sexto III. C N° 15); e, informe elaborado por Jean Pierre Matus A. titulado: “Sobre la inexistencia de un delito de apropiación indebida en el pago de las remuneraciones del mandatario con facultades de administración y expresas de autocontratación”, de fecha 9 de noviembre de 2012 (considerando sexto III. C N° 23).

⁶ En el “Caso Farmacias” a la fecha de conclusión de este trabajo se encontraba pendiente la sentencia definitiva, lo que impide conocer en detalle la valoración de los peritos que fueron admitidos. Con todo, en el considerando octavo del veredicto de 23 de junio de 2015 del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago (causa RUC N° 0900281513-0 y RIT N° 531-2014) se puede apreciar que el voto de mayoría expresamente considera la opinión del perito Antonio Bascuñán al momento de justificar su decisión de absolución de los acusados. Otros ejemplos se pueden ver en el caso RUC N° 0610005734-2 y RIT N° 69-2007 del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en el que se dictó sentencia condenatoria el 14 de mayo de 2007 y en la que declaró en calidad de perito por una de las partes querellantes Héctor Hernández B. sobre un informe en derecho realizado en el que se le pidió un “juicio jurídico en base a sus conocimientos, tanto de derecho nacional como comparado y de doctrina y jurisprudencia sobre la calificación jurídica que merece determinado supuesto de hecho que fue convencionalmente definido por

Estimo que la admisión de estos informes como prueba en juicio en distintas calidades da cuenta de problemas profundos de comprensión del sistema probatorio que rige en nuestro ordenamiento procesal penal. Con todo, no se trata de un problema puramente teórico o dogmático, sino con enormes implicancias a un conjunto de valores del sistema y que, además, genera riesgos importantes para su funcionamiento. El primero y más obvio de los problemas tiene que ver con el impacto de esta práctica en el alargamiento innecesario en el desarrollo de los juicios orales, afectando la eficiencia y uso racional de los recursos siempre escasos que dispone el sistema. En efecto, la introducción de prueba que no es requerida por el tribunal para resolver los casos que conoce produce el efecto de extender temporalmente y hacer más complejo el desarrollo de los juicios orales⁷. De la mano de lo anterior, se pueden generar problemas serios con la igualdad entre los litigantes producto de las diferencias de recursos disponibles. Un litigante poderoso podrá contar con un ejército de expertos que “reconstruya” el derecho para el tribunal de una forma que sea compatible con sus intereses, lo que pone a litigantes más débiles en una situación de desventaja evidente. Si no tiene los recursos que se necesitan para contratar este tipo de informes, estará en una posición más débil que su contraparte. Por otro lado, prácticas de este tipo generan riesgos que las decisiones de los tribunales tengan distorsiones producto de la influencia indebida que se le entregue a la opinión de alguno de estos expertos debido a su reconocimiento en la comunidad legal, más no basado en la calidad de sus opiniones concretas para el caso⁸. Como se puede apreciar, se trata de riesgos importantes.

En este contexto, el objetivo del trabajo será entregar argumentos de orden dogmático y legales acerca del porqué los informes de derecho sobre derecho nacional no debieran ser admitidos bajo ninguna calidad como prueba a juicio en nuestro sistema procesal penal. Debido a que todos los argumentos que presentaré giran en torno a comprender adecuadamente la lógica de nuestro sistema probatorio es que dedicaré el próximo capítulo a explicar algunas cuestiones básicas acerca del alcance de este. En

su mandante” (considerando decimoquinto II.C) (documento en formato electrónico en poder del autor). También puede verse caso RUC Nº 1000533544-8 y RIT Nº 6542-2010 del Segundo Juzgado de Garantía de Santiago en el que la declaración del perito de la defensa Héctor Hernández B. se recibió como prueba anticipada el 9 de octubre de 2012.

⁷ Piénsese, por ejemplo, en la enorme cantidad de tiempo de juicio que significó en el “Caso Yarur” la declaración de los peritos presentados o los que tomó en el “Caso Farmacias”. Pero no solo esto, su presencia en juicio genera la obligación del tribunal de hacerse cargo de ellos en la deliberación y redacción de su sentencia. Todo esto en un contexto en donde la programación de juicios orales dentro de los plazos legales es cada vez más difícil en nuestro sistema. En esta dirección, de acuerdo con los datos que proporciona el Ministerio Público en sus informes estadísticos anuales el plazo promedio de duración de casos que se resuelven mediante juicio oral se ha incrementado de 326 días promedio el 2006 a 478 días el 2014. Véase Ministerio Público, Boletín Estadístico 2006, p. 39 (tabla 10) y Ministerio Público, Boletín Estadístico 2014, p. 56 (tabla 10).

⁸ Se trata de un problema que ha sido identificado en el ámbito comparado y nacional en materia de la admisión de prueba pericial. En este punto véase Duce, M., La admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales: un modelo para armar en la jurisprudencia nacional”, en Accatino, D. (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, pp. 63-64.

primer lugar, revisaré el significado que tiene haber adoptado un sistema de libertad probatoria y luego me referiré a si el derecho nacional puede ser un objeto de prueba en los juicios orales. En mi opinión, si estos aspectos fueran comprendidos adecuadamente con ellos bastaría para entender que los informes en derecho no deben ingresar como prueba en nuestros juicios orales. Lamentablemente ello no ha ocurrido en nuestro país.

Como consecuencia de lo anterior, en lo que sigue del trabajo me haré cargo de las estrategias que en concreto han sido seguidas por los litigantes para la introducción de estos informes. Para esta labor, idealmente debiera considerar los argumentos esgrimidos por nuestros tribunales al admitirlos como prueba en distintas calidades y sobre esa base construir mi análisis crítico. Lamentablemente, las razones que los jueces consideran para la admisibilidad de esta prueba no son registradas en las resoluciones judiciales en que ello ocurre. En efecto, los Autos de Apertura de Juicio Oral en los casos revisados no desarrollan las razones por las que se admite la evidencia, lo que es una cuestión común en el funcionamiento del sistema tratándose de todo tipo de prueba. Los jueces de garantía operan en la lógica que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 276 inciso cuarto del CPP, la regla general del sistema es que toda prueba presentada debe ser admitida si no concurre una causal de exclusión, lo que justifica que no haya necesidad de elaborar un fundamento adicional⁹. Tampoco existe doctrina en la materia que me permita hacer este trabajo de identificar los argumentos a favor de la admisibilidad en las distintas categorías en que se ha intentado introducir. En este contexto, mi análisis se desarrolla a partir de las diversas formas en que los informes en derecho han intentado ser introducidos a juicio y luego admitidos en la práctica. Así, el capítulo tercero estará destinado a analizar la posibilidad de admitir a los autores de estos informes en calidad de peritos. Sostendré que estas personas no deben ser admitidas en esa calidad como prueba a juicio por no cumplir con el requisito básico exigido a este tipo de evidencia. A saber, que sea necesaria para resolver el asunto en disputa, ya que recae sobre una materia que está más allá del conocimiento del tribunal o en donde se requieran conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio. El capítulo cuarto analizará la posibilidad de introducir estos informes en calidad de prueba documental. Sostendré que un informe en derecho no puede ser considerado prueba documental en la legislación procesal penal nacional. En el capítulo quinto me referiré a la posibilidad de admitir a los autores de informes en derecho en calidad de testigos expertos o testigos peritos. Como el lector podrá anticipar, también considero que esto es improcedente en nuestra legislación procesal penal.

Dedicaré el capítulo sexto a revisar brevemente cuáles debieran ser los mecanismos por medio del cual los litigantes o jueces debieran declarar la improcedencia de esta prueba, en cualquiera de las tres calidades, en la APJO. Finalmente, concluiré el trabajo con una

⁹ Hay acuerdo en nuestra doctrina en entender que esta norma establece la regla general en materia de admisión de prueba a juicio. Entre otros véase, Blanco, R. *et al.*, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, LexisNexis, Santiago, 2005, p. 123 y Bofill, J., "Preparación del juicio oral", en *Revista Chilena de Derecho*, 2002, Vol. 29 N° 2, p. 278.

breve reflexión acerca de lo problemático que resulta la práctica de admitir informes en derecho nacional como prueba en cualquier calidad en nuestro sistema procesal penal.

Debo cualificar los alcances de este trabajo. Un primer punto es precisar los alcances de mi posición respecto de las etapas del proceso. Este trabajo solo pone foco en el uso de los informes en derecho nacional como prueba en el juicio oral. Por tanto, los argumentos que formularé para justificar su no admisibilidad en esta etapa no son extensibles a otras instancias procesales, por ejemplo, en sede de recurso de nulidad. Las lógicas de estas otras etapas del proceso y las funciones que cumplen los informes en derecho en ellas hacen que los argumentos que expondré cambien de manera significativa. Por lo mismo, la intención de este trabajo no es extender a estas otras etapas los criterios que desarrollaré, en las que es necesario plantear otros debates distintos que podrían arrojar una solución diversa a la que estoy planteando.

Una segunda limitación de los alcances del trabajo es que, al sostener que los informes en derecho y sus autores no deben ingresar como prueba de ningún tipo al juicio oral, no estoy negando la importancia que un conocimiento especializado del derecho aplicable tiene en la resolución de los casos, especialmente cuando estos presentan problemas jurídicos complejos. Mi punto es que la introducción de este tipo de prueba no es el canal adecuado para hacer presente a los jueces estos elementos jurídicos. Para ello los litigantes disponen de otras herramientas, como por ejemplo, los alegatos de apertura y clausura, en donde pueden explicar y fundar sus posiciones jurídicas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia relevante. Ello podría ser reforzado incluso en diversas actuaciones escritas, como la presentación de la acusación del fiscal, la querella por parte de la víctima y la contestación a la acusación escrita por parte de la defensa, entre otras. No obstante esto, me parece posible sostener que puede haber algunos vacíos en legislación procesal penal nacional que hagan necesario estudiar la introducción de mayores y mejores espacios en nuestro sistema para que los litigantes puedan presentar y explicar estas cuestiones jurídicas a los jueces en casos particularmente complejos. Se trata de un tema poco debatido en el desarrollo del nuevo proceso penal y la doctrina y, por cierto, muy interesante de indagar. Con todo, se trata de una cuestión diferente a la que me propongo en este texto, que por su extensión e importancia no puede ser tratado sin hacerme perder el foco del mismo¹⁰. El punto que me interesa destacar en este trabajo es que la eventual falta de canales para la argumentación de derecho no puede traducirse en que transformemos los informes en derecho nacional en prueba en nuestros juicios penales como está ocurriendo en la actualidad.

¹⁰ En general me parece que el uso del derecho como una cuestión argumentativa en nuestros procesos judiciales es un tema muy poco abordado por nuestra doctrina, especialmente en el contexto de transformación de sistemas escritos a sistemas por audiencias que es un fenómeno que no solo ha ocurrido en materia penal, sino también en la laboral, en el proceso de familia y en un futuro eventualmente en el ámbito civil. Por lo mismo, el tratamiento de este tema requiere una reflexión bastante cuidadosa, ya que la introducción de cambios normativos podría generar problemas de compatibilidad importantes con la lógica de los procesos orales que se han intentado implementar en nuestro país en los últimos años. .

II. ASPECTOS PRELIMINARES: LA LIBERTAD PROBATORIA Y EL DERECHO COMO OBJETO DE PRUEBA

Como señalé en la introducción, como primer punto resulta necesario que dedique un breve espacio para identificar un par de aspectos preliminares que son indispensables de tener presente. Se trata de revisar algunos de los alcances que tiene la idea de contar con un sistema de libertad probatoria en nuestro ordenamiento procesal penal y responder a la pregunta acerca de si el derecho nacional es objeto de prueba en nuestro sistema procesal.

1. *La libertad probatoria y sus alcances*

La instalación de un modelo de enjuiciamiento acusatorio en nuestro país basado en audiencias orales ha tenido un impacto profundo en la regulación de los aspectos probatorios del sistema. Es así como se ha abandonado un sistema de prueba legal o tasada como el que regía en el contexto de funcionamiento del sistema inquisitivo en donde la ley establecía en forma categórica los medios de prueba que podían ser utilizados. En su reemplazo, el proceso acusatorio ha establecido un sistema de libertad probatoria, según la cual se permite la introducción de cualquier medio apto para producir fe sin necesidad que esté regulado de manera específica en la ley en forma previa. Así, el artículo 295 del Código Procesal Penal (en adelante el CPP) señala: *Libertad de prueba. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley*¹¹.

Se trata de un cambio muy profundo en la forma de entender la lógica de la prueba y que muchas veces ha sido comprendida de manera superficial, generando diversos problemas interpretativos¹². Uno de estos problemas ha sido el entender que la libertad probatoria flexibiliza a tal punto la introducción de prueba que permite el ingreso de todo tipo de fuente de información de cualquier manera, lo que impediría a los jueces de garantía rechazar prueba por fuera de los casos de exclusión contemplados en el artículo 276 del CPP¹³. La lógica de este razonamiento es sencilla: si hay libertad probatoria,

¹¹ La instalación de sistemas de libertad probatoria ha sido una tendencia marcada en el contexto de los procesos de reforma a la justicia penal en América Latina. De esta forma es posible identificar normas muy parecidas al artículo 295 del CPP en casi todos códigos de la región. Por ejemplo, en los artículos 170 del Código Procesal Penal de la República Dominicana; 157.1 del Código Procesal Penal peruano; 373 del Código de Procedimiento Penal colombiano; 182 del Código Procesal Penal de Guatemala; 182 del Código Procesal Penal de Costa Rica; 376 del Código Procesal de Panamá; y, 209 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

¹² En esta dirección me parecen apuntan Coloma, R. y Agüero C., "Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41 N° 2, 2014, pp. 673-703.

¹³ La Corte de Apelaciones de Valdivia parece inclinarse en esta dirección. C. Valdivia, 21 de abril de 2014, rol N° 203-2014, "Ministerio Público con Juzgado de Garantía de Osorno".

se debiera aceptar como prueba a juicio cualquier medio apto para producir fe que no caiga dentro de las causales de exclusión previstas en nuestro sistema procesal penal¹⁴.

Esta versión de los alcances de la libertad probatoria es incorrecta. Me parece que existen buenos argumentos para sostener esto. El primero de ellos tiene que ver con el tenor literal de la norma que la consagra en nuestro país. En efecto, si se revisa nuestra legislación procesal penal, la libertad probatoria está cualificada a que el medio que se intenta presentar cumpla con ciertos requisitos legales básicos. Así, el artículo 295 del CPP señala específicamente que para que los hechos relevantes puedan ser probados se requiere de los medios de prueba que sean *producidos e incorporados en conformidad a la ley*. Esto quiere decir que nuestro legislador no ha querido que cualquier fuente de información sea presentada de cualquier manera, sino en la medida que ello se haga respetando un marco de reglas que el propio CPP ha establecido en relación con distintos medios de prueba¹⁵. En segundo lugar, probablemente más importante que el puro análisis del tenor literal, es la razón de fondo detrás de esta regla. Me parece que ella existe para el logro de dos objetivos centrales en la configuración de los sistemas probatorios: resguardar la protección del debido proceso y favorecer la introducción de información de la más alta calidad para favorecer la toma de decisiones judiciales más acertadas¹⁶. Lo que el legislador consideró, entonces, es que dejar completamente a la voluntad de los litigantes el tipo y forma de introducir prueba a juicio generaba riesgos significativos que debían ser controlados, como por ejemplo, condenar a inocentes o vulnerar derechos fundamentales.

¹⁴ Se trata de un tipo de interpretación que como lo señala Jordi Ferrer se inscribiría en una cierta tradición dogmática abolicionista respecto del derecho probatorio. Ferrer, J., "La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana", en Accatino, D. (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, p. 5.

¹⁵ Un análisis en esta dirección en la literatura nacional es realizado por Hermosilla quien al analizar la regla del artículo 295 del CPP destaca como elemento central las palabras de "producción e incorporación de la prueba", a lo que dedica mayor parte de su análisis. Hermosilla, F., *Apuntes sobre la prueba en el Código Procesal Penal*, Librotecnia, Santiago, 2006 p. 272. En la misma dirección Correa ha sostenido "La libertad de prueba implica poder recurrir a cualquier medio para probar un hecho relevante, pero ello, no puede hacerse de cualquier manera, sino que el Código establece reglas, condiciones, requisitos y procedimientos, que deben cumplirse en cada caso para estimar, que la práctica y la incorporación de la prueba, fue efectuada por medios autorizados". Correa, J., *La prueba en el proceso penal*, Thomson Reuters, Santiago, 2011, p. 53.

¹⁶ Se trata de una cuestión ampliamente recogida en la doctrina. A nivel comparado, entre otros, Jordi Ferrer identifica estos valores como elementos centrales de la prueba. Ferrer, J., "La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana", en Accatino, D. (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, p. 6. Con mayor detalle, enfatizando el desarrollo histórico de distintas tradiciones procesales puede verse Jackson, J. y Summers, S., *The internationalisation of criminal evidence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 14-29. En la doctrina en América Latina ha sido Binder quien especialmente ha destacado el rol de protección de garantías que cumplen las reglas de la prueba. Binder, A., *El incumplimiento de las formas procesales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 76-84. En el caso chileno, reconociendo estos valores y otros adicionales, puede verse Coloma, R. "Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno" en Coloma, R., (edit.), *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, LexisNexis, Santiago, 2003, pp. 12-18.

Esta lógica ha sido ampliamente reconocida por la doctrina procesal comparada desde hace tiempo. Por ejemplo, en Argentina Cafferata y Hairabedián han sostenido –refiriéndose al principio de libertad probatoria– que *Esto no significa que se haga prueba de cualquier modo –ya que hay que respetar las regulaciones procesales de los medios de prueba–, ni a cualquier precio, pues el orden jurídico impone limitaciones derivadas de la dignidad humana y otros intereses*¹⁷. Binder, sobre el mismo punto, ha señalado que *Esto significa que la información no puede ingresar al juicio por otras vías que las previstas legalmente. Esta norma es el producto de la experiencia histórica y de aquellas vías de acceso a la información que el tiempo ha seleccionado como más confiables*¹⁸. Maier sostiene sobre el punto, por su parte, que *...solo merece el nombre de prueba legítima aquel conocimiento obtenido durante el debate por intermedio de un medio de prueba legítimo, en el sentido de no ser prohibido e incorporado de conformidad con su regulación jurídica*¹⁹. Daniel González de Costa Rica ha sostenido, refiriéndose a la libertad probatoria y la libre valoración, que *Estos dos principios básicos, rectores de toda la actividad probatoria que se realiza en el proceso penal, no implican ausencia de regulaciones, requisitos y formalidades en el ofrecimiento, la recepción y la valoración de la prueba... Existen claras limitaciones que provienen del ordenamiento jurídico... que establecen las condiciones de admisibilidad (oportunidad y pertinencia), regulan el procedimiento para introducir las pruebas en el proceso, señalan las limitaciones en ese sentido, así como establecen las prohibiciones relativas a la valoración de la prueba, complementando un cuadro garantístico cuyo objetivo principal lo constituye el respeto a los derechos básicos de los ciudadanos...*²⁰.

Saliendo de la tradición procesal penal latinoamericana también es posible encontrar opiniones en la misma dirección. Así, Jackson y Summers hacen un análisis histórico y comparado del desarrollo de la tradición continental en la materia y concluyen que *...la doctrina de la libertad de prueba no le entrega al juez completa discreción para determinar los cargos; en cambio, le concede libertad respecto al anterior sistema restrictivo y jerárquico de reglas de evidencia*²¹. Taruffo, por su parte, ha sostenido que *...el principio de free proof no puede encontrar aplicación absoluta en los ordenamientos jurídicos concretos y opera, por tanto, únicamente de forma tendencial, dado que debe ser ponderado con otros principios y valores cuya ejecución se produce a través de las normas que integran la reglamentación jurídica de la prueba*²².

¹⁷ Cafferata, J. y Hairabedián, M., *La prueba en el proceso penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 45. En una dirección similar Maier, refiriéndose al principio de libertad probatoria, señala que este “...reconoce variadas excepciones” dentro de las cuales están las prohibiciones o limitaciones relativas respecto de las cuales señala “...son innumerables pues toda norma regulatoria del medio u órgano de prueba, regulatoria de su admisibilidad, del método elegido para la incorporación del conocimiento o, incluso la posibilidad de su valoración entra en consideración con este aspecto de la cuestión”. Maier, J., *Derecho procesal penal tomo III*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, pp. 103-104.

¹⁸ Binder, A., *El incumplimiento de las formas procesales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 80-81.

¹⁹ Maier, J., *Derecho procesal penal tomo III*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 102.

²⁰ Texto citado por Correa, J., *La prueba en el proceso penal*, Thomson Reuters, Santiago, 2011, p. 50.

²¹ Jackson, J. y Summers, S., *The internationalisation of criminal evidence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 76. (La traducción es del autor).

²² Taruffo, M., *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002, p. 358.

Como se puede apreciar, todas estas opiniones son coincidentes en identificar que la libertad probatoria debe tener como límite natural la afectación a valores relevantes de los sistemas procesales. Por lo mismo, si se intenta presentar una fuente de información a juicio que comprometa la vigencia de estos valores (por ejemplo comprometa la calidad de la decisión o los derechos de una de las partes) el sistema no debe admitirla. Dicho de otra forma, la libertad probatoria no confiere a los intervinientes en un proceso el derecho ilimitado a presentar cualquier cosa como prueba a juicio de la manera que ellos estimen es más conveniente a sus intereses. Lo anterior explica el porqué, no obstante nuestro CPP consagra un sistema de libertad probatoria, a su vez regula en forma detallada varios medios de prueba²³. Si la libertad probatoria fuera sinónimo de libertad completa a las partes, no habría razón alguna para este conjunto importante de reglas. Uno de los objetivos centrales de esta regulación es precisamente establecer las condiciones de producción e incorporación que el legislador estima salvaguardarán los diversos valores del sistema que se ponen en juego y, por lo mismo, que hacen admisibles a esos medios de prueba, más allá de la existencia de causales de exclusión de carácter general y común para todo tipo de pruebas. Sin el cumplimiento de aquellas condiciones no es posible pensar que el medio sea admitido a juicio.

Un ejemplo puede clarificar el punto. Supongamos que una parte pretende ingresar a juicio una declaración jurada ante notario de un testigo clave para su teoría del caso en vez de solicitar su comparecencia personal. En un escenario de ese tipo me parece bastante pacífico sostener que dicha prueba no debiera ser admisible para nuestra legislación procesal penal y, por lo mismo, salvo excepciones muy raras, normalmente no sería aceptada como prueba a juicio oral²⁴. La razón de esto no sería por la concurrencia de una causal regulada en el artículo 276 del CPP (eventualmente no es aplicable con claridad ninguna), sino porque con ello no se respetarían reglas básicas que constituyen la esencia de la prueba testimonial, como lo es la regla de comparecencia personal del artículo 329 del CPP²⁵. Detrás de esta regla se pretende resguardar el derecho de la contraparte de quien presenta la prueba de realizar un contraexamen, lo que no solo sirve para el propósito de asegurar el derecho a defensa, sino que establecer un sistema de mayor control de calidad de la información que se presenta a juicio.

²³ Por ejemplo, el CPP dedica los párrafos 5º a 8º del Título III del Libro II a la regulación de la prueba en juicio oral (artículos 298 a 324).

²⁴ En esta dirección, entre otros, Baytelman, A. "El juicio oral", en Carocca, Alex *et al.*, *Nuevo proceso penal*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 2000, p. 283; Cerda, R., *Manual del nuevo sistema de justicia criminal*, Librotecnia, Santiago, 2005, pp. 374-375; Chahuán, S., *Manual de procedimiento penal*, LexisNexis, Santiago, 2007, p. 29; Correa, J., *La prueba en el proceso penal*, Thomson Reuters, Santiago, 2011, p. 49; y, Horvitz, M. y López, J., *Derecho procesal penal chileno tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 272-273.

²⁵ En el caso argentino Fabricio Guariglia utiliza el mismo ejemplo sosteniendo la inadmisibilidad de esta prueba por infringir la prohibición de incorporación por lectura del artículo 391 del Código Procesal Penal de la Nación de Argentina. Guariglia, F., *Concepto, fin y alcances de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 27.

En consecuencia, para concluir esta sección, el sistema de libertad probatoria consagrado en nuestro sistema procesal penal igualmente establece exigencias para que los distintos medios de prueba puedan ser considerados admisibles a juicio. La consecuencia lógica de esto es que, en caso que dichas exigencias no sean cumplidas, el respectivo medio no debiera ingresar a juicio, no como consecuencia de invocar una causal de exclusión prevista en el artículo 276 del CPP, sino simplemente por constatarse que ese medio no satisface las exigencias previstas en el artículo 295 del mismo cuerpo legal²⁶. Sostener lo contrario no solo desconoce los valores que se han pretendido proteger con las reglas probatorias, sino que expone al sistema a graves riesgos.

2. ¿Es el derecho nacional objeto de prueba?

Un segundo punto que me interesa aclarar de manera previa se refiere a lo que considero una confusión base en buena parte de las decisiones que han admitido los informes de derecho como prueba en nuestro sistema procesal penal. Se trata de determinar si el derecho nacional es o no objeto de prueba en nuestro sistema jurídico. Si nuestra afirmación es que no es objeto de prueba, todo medio que se intente introducir concerniente a lo mismo carecería de sentido. Si la respuesta es afirmativa, por el contrario, esto debiera traducirse en una práctica tolerante a la admisibilidad de medios destinados a dicho objeto.

La respuesta a esta interrogante es bastante pacífica en nuestra doctrina procesal. Por de pronto, se trata de la posición dominante en el ámbito procesal civil. Así, por ejemplo, refiriéndose al objeto de la prueba Casarino ha señalado que *La controversia sobre una regla jurídica no necesita prueba, pues las cuestiones de derecho no requieren de demostración material, sino intelectual a base de razonamientos o argumentaciones. La ley se presume conocida de todos y, con mayor razón, de parte del juez ante quien se la hace valer*²⁷. En forma más enfática Rodríguez Papic señala *La prueba debe recaer siempre sobre los hechos. Jamás va a referirse directamente al derecho*²⁸. Paillás, por su parte, sostiene que *Las normas jurídicas deben ser conocidas por el juez y no son objeto de prueba, como expresa el aforismo: "iura novit curia"*²⁹.

²⁶ En esta misma dirección se pronuncia Moreno a propósito del análisis de un tema análogo. Moreno, L., "Algunas consideraciones sobre el funcionamiento de la reforma procesal penal", en Decap, M. et al., *El modelo adversarial en Chile*, LegalPublishing, Santiago, 2013, p. 143.

²⁷ Casarino, M., *Manual de derecho procesal: derecho procesal civil tomo IV*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 46.

²⁸ Rodríguez, I., *Procedimiento civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 93.

²⁹ Esto siempre entendiendo como excepción al derecho extranjero y la prueba de la costumbre. Paillás, E., *Estudios de derecho probatorio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997 p. 13. Doctrina nacional más contemporánea en materia procesal civil discute si lo que efectivamente es necesario probar son hechos o más bien las proposiciones o enunciados acerca de los hechos formulados por las partes. En ambos casos el acuerdo básico es que la prueba no recae en el derecho. Véase Fuchs, A., *Proceso, prueba y verdad*, Editorial Metropolitana; Santiago, 2011 pp. 102-103 y Carrasco, F., *La prueba en el nuevo proceso civil*, El Jurista Ediciones Jurídicas, Santiago, 2012, pp. 64-71.

Se trata, por lo demás, de una respuesta con marcado fundamento en la tradición jurídica continental. Así, en el ámbito comparado puede verse a Taruffo quien sostiene que *...la prueba sirve para establecer la verdad de uno o más hechos relevantes para la decisión*. A partir de esta afirmación concluye que esta noción *...sirve para delimitar el ámbito de lo que puede constituir objeto de la actividad probatoria, ya que se excluye, salvo pocas excepciones, que las pruebas puedan versar sobre normas jurídicas*³⁰. Alvarado Velloso, por su parte, señala haciendo alusión a la prueba en todo tipo de procesos, que *...el objeto de confirmación siempre será un hecho susceptible de ser confirmado*, lo que lo lleva a afirmar luego que *...queda fuera del campo confirmatorio todo lo que sea ley en sentido formal y a partir de la fecha de su vigencia*³¹.

Este mismo consenso parece existir en nuestra doctrina procesal penal producida al alero del sistema acusatorio³². Así, Horvitz y López plantean, al referirse al objeto de prueba, que *...son los hechos el objeto de la prueba... La afirmación permite, desde luego, excluir al derecho como objeto de prueba...*³³. En la misma línea Carocca, al referirse al tema, señala *Recordemos que el que se trate de “hechos”, excluye de la cuestión controvertida la determinación del “derecho”, que no corresponde a las partes, ni, por ende, puede ser objeto de pruebas, sino que forma parte de las funciones esenciales del juez*³⁴. Afirmaciones similares pueden encontrarse también en la doctrina nacional que se manifiesta acerca del punto³⁵.

Se trata también de una regla similar reconocida en el ámbito comparado tanto en la tradición continental como en el mundo anglosajón con aplicación específica a la materia penal. Por ejemplo, Cafferata y Hairabedián sostienen que la prueba puede recaer sobre hechos naturales, existencia y cualidades de personas, cosas, lugares, calidades jurídicas (como por ejemplo el estado civil de una persona) e incluso normas de experiencia común y derecho no vigente, pero no se puede probar el derecho vigente³⁶. En el mundo anglosajón, un ejemplo de esto está constituido por la regla 202 de las Nuevas Reglas de Evidencia de Puerto Rico del año 2010, la que regula de manera explícita la idea que

³⁰ Taruffo, M., *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002, p. 89.

³¹ Alvarado, A., *La prueba judicial*, Librotecnia, Santiago, 2009, p. 47.

³² También parece ser el consenso existente durante la vigencia del sistema inquisitivo. En esta dirección véase, por ejemplo, a Quezada quien sostiene que “En principio la prueba recae sobre los hechos o sobre las afirmaciones que las partes formulen con respecto de ellos”. Quezada, J., *Tratado de derecho procesal penal*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1994, p. 307. Luego sostiene “El derecho no es objeto de prueba”, p. 308.

³³ Horvitz, M. y López, J., *Derecho procesal penal chileno tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 131. En la nota a pie de página que acompaña a las frases citadas (nota 137) los autores explican que esto no se hace extensivo al derecho extranjero.

³⁴ Carocca, A., *Manual del nuevo sistema procesal penal chileno*, LegalPublishing, Santiago, 2008, p. 147.

³⁵ Entre otros véase Cerda, R., *Manual del nuevo sistema de justicia criminal*, Librotecnia, Santiago, 2005, p. 368 y Correa, J., *La prueba en el proceso penal*, Thomson Reuters, Santiago, 2011, p. 5. Sin abordar directamente el tema, pero asumiendo esta posición véase Chahuán, S., *Manual de procedimiento penal*, LexisNexis, Santiago, 2007, p. 297.

³⁶ Cafferata, J. y Hairabedián, M., *La prueba en el proceso penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 44.

los jueces tienen conocimiento del derecho nacional (el cual no requiere ser probado), pero admitiéndose que no ocurre lo mismo con el derecho extranjero³⁷.

Como se puede observar, parece haber un consenso importante acerca de que el derecho nacional no es ser objeto de prueba en nuestra legislación procesal, salvo excepciones (por ejemplo la costumbre). El efecto obvio es que cuando un interviniente intenta introducir un medio de prueba destinado a acreditar el derecho nacional, este no debiera ingresar al juicio ya que recaería sobre algo que no debe ser probado. Este solo argumento en mi opinión debiera ser suficiente para poner término a la práctica actual de admitir informes en derecho nacional en distintas calidades. Con todo, como hasta el momento parece no haber sido suficiente para lograr tal resultado, en lo que sigue desarrollaré argumentos adicionales respecto de la admisibilidad de estos informes en cada una de las tres formas en que se han introducido en la práctica³⁸.

III. LOS INFORMES EN DERECHO SOBRE DERECHO NACIONAL COMO PRUEBA PERICIAL

La principal vía por medio de la cual se han admitido los informes en derecho nacional como prueba en nuestro sistema ha sido la de presentar a sus autores como peritos a juicio. En esta sección revisaré las razones por las cuales en mi opinión dichos informes no debieran ser admitidos en tal calidad. El desarrollo de mi argumentación se realizará en tres partes. En la primera explicaré brevemente el cambio de paradigma y la noción que el sistema procesal penal acusatorio ha impuesto en materia de prueba pericial. En segundo término explicaré que nuestra legislación procesal penal exige como un requisito esencial para la procedencia de la prueba pericial que exista la “necesidad” de un conocimiento experto. Finalmente, mostraré cómo el conocimiento del derecho nacional es un caso típico en donde nuestro legislador ha asumido que no es necesario un conocimiento experto.

³⁷ Un análisis detallado de esta regla puede verse en Jiménez, R., *Prontuario de derecho probatorio puertorriqueño*, Ediciones Situm, San Juan, 2010, pp. 150-154. Estas ideas incluso pueden encontrarse en autores clásicos de dicha tradición como Bentham, para quien los hechos son “la cuestión” de las pruebas. Véase Bentham, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, Valetta Ediciones, Buenos Aires, 2002, p. 13.

³⁸ Una excepción a esto está constituida por el voto de minoría expresado en el veredicto del “Caso Farmacias”, claro que eso se produce al momento de valorar la prueba en no en sede de admisibilidad de la misma. En este voto el magistrado Flores desecha valorar a los peritos que declararán sobre informes en derecho siguiendo un argumento similar al expresado en este punto pero con algunos matices en su línea argumental. Así, señala en el numeral 2 de su voto *Que desestimará la prueba pericial presentada tanto por el Ministerio Público como por las defensas, referida a los informes en derecho evacuados por los señores Hernández, Bascuñán, Piña y Matus, de conformidad a lo que disponen los artículo 7 y 14 del Código Civil, de los que se extrae como principio que el derecho nacional no es objeto en el cual deba recaer la prueba, pues el conocimiento de la norma jurídica se encuentra amparada por la ficción legal que contiene el primer artículo citado y cuya aplicación es obligatoria para el tribunal, según se dispone en el artículo 14 del cuerpo legal citado. La ley vigente se presume conocida por todos y particularmente por el tribunal, de modo que entrar a valorar como prueba pericial los informes antes mencionados, que precisamente recaen en aspectos de derecho y respecto de cuál es la ley vigente aplicable al caso, sería desconocer el principio básico que todos los abogados conocemos*. Veredicto de 23 de junio de 2015 del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago (causa RUC N° 0900281513-0 y RIT N° 531-2014).

1. *El cambio de paradigma y noción de la prueba pericial en nuestro proceso penal acusatorio*³⁹

Al regular a la prueba pericial el CPP ha instalado un nuevo paradigma respecto de su comprensión. En el sistema acusatorio los peritos son concebidos como “peritos de confianza de las partes” y no como “auxiliares del tribunal”⁴⁰. 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. Desde este punto de vista, 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 presentan⁴¹. Ello es una consecuencia natural del carácter acusatorio del nuevo proceso, de acuerdo al cual los jueces dejan de tener iniciativa en relación con la producción de información y rendición de prueba, la que queda entregada exclusivamente a las partes. Esto no significa que los peritos son serviles a quienes los presentan, sino que la decisión de presentarlo estará asociada al hecho que lo que el perito está dispuesto a afirmar en juicio, producto de su mejor ciencia o disciplina, es consistente con la teoría del caso o la versión de quien lo presenta⁴². Tampoco significa que todo perito que las partes intenten presentar a juicio deba ser admitido por el juez de garantía en la audiencia de preparación de juicio oral.

No obstante este cambio de lógica, el sistema mantiene la definición básica de lo que siempre se ha entendido en nuestro país en qué constituye la prueba pericial. En términos generales, 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 del ejercicio de un determinado oficio. Lo que distingue al perito de un testigo cualquiera es que el perito 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

³⁹ Un desarrollo de este tema con mayor detenimiento puede verse en Duce, M., “La admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales: un modelo para armar en la jurisprudencia nacional”, en Accatino, D. (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, pp. 53-58.

⁴⁰ En esta concepción la idea era que los expertos ponían su conocimiento especializado al servicio de las necesidades de convicción del tribunal, sin considerar para nada los intereses de las partes o comportándose en forma completamente neutral o imparcial respecto de ellas. Esta misma lógica es la que se ha mantenido en nuestra legislación procesal civil. Por ejemplo, en este contexto Aguirrezabal describe al perito como “...un auxiliar de la administración de justicia, que actuando en la etapa de prueba, a través de la pericia, contribuye a mejorar el entendimiento que sobre los hechos controvertidos debe allegar el órgano jurisdiccional”. Aguirrezabal, M., “La imparcialidad del dictamen pericial como elemento del debido proceso”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 38 Nº 2, 2011, p. 373. Esta misma concepción, pero referida a la regulación del proceso penal inquisitivo puede verse en Quezada, J., *Tratado de derecho procesal penal*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1994, pp. 360-369.

⁴¹ El cambio de lógica en este punto es radical respecto del sistema inquisitivo. Por ejemplo, el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal señala que en los delitos de acción pública el nombramiento del perito corresponde al juez, el que incluso puede oponerse a la designación de un perito asociado de algunas de las partes si en su opinión ello perjudica el éxito de la investigación.

⁴² Aquí suele haber una confusión en la doctrina nacional al entender que un perito de confianza es sinónimo a la idea de un “pistolero a sueldo”, es decir, sin deberes de imparcialidad y rigurosidad técnica. En esta dirección para la materia civil véase Aguirrezabal, M., “La imparcialidad del dictamen pericial como elemento del debido proceso”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 38 Nº 2, p. 372 quien en este punto cita a Taruffo.

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 general⁴³. El CPP recoge esta misma noción 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* (el destacado es mío). Como se puede apreciar, de acuerdo con esta norma el énfasis de lo que caracteriza a un perito está puesto en dos elementos principales. En primer término, el perito es requerido cuando es necesario apreciar *un hecho o circunstancia relevante* para decidir un caso, lo que parece excluir como objeto de pericias una opinión acerca del derecho (volveré sobre este punto un poco más adelante). En segundo término, la norma enfatiza que para apreciar correctamente ese hecho o circunstancia relevante del caso es necesario el conocimiento especializado.

Esta forma de comprender la prueba pericial ha sido ampliamente aceptada por la doctrina nacional generada a propósito del sistema procesal penal acusatorio⁴⁴.

2. *La necesidad de conocimiento experto como requisito central para la admisibilidad de la prueba pericial*⁴⁵

Como ya señala, un elemento básico para la procedencia de la prueba pericial está constituido por la *necesidad* de contar con conocimiento experto para poder resolver el asunto sometido a debate en juicio. Se trata de una exigencia que surge como consecuencia natural de la función que cumple la prueba pericial en los procesos judiciales

⁴³ Como señalaba, esta es la noción que generalmente ha sido aceptada en nuestro país en la materia, recogida incluso en el Código de Procedimiento Civil (artículos 409 y siguientes) y en la doctrina procesal más clásica que, en general, no ha tenido grandes discrepancias respecto del tema. Véase, por ejemplo, Casarino, M., *Manual de derecho procesal: derecho procesal civil tomo IV*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 111-112; Rodríguez, I., *Procedimiento civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 234-235. La jurisprudencia nacional desarrollada en torno a esta noción también ha sido consistente. Véase Riosco, E., *La prueba ante la jurisprudencia tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 327-340.

⁴⁴ Entre otros véase: Baytelman, A., "El juicio oral", en Carocca, A., *et al.*, *Nuevo proceso penal*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 2000, p. 264; Blanco, R. *et al.*, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 187-188; Castro, J., *Introducción al derecho procesal penal chileno*, LegalPublishing, Santiago, 2008, p. 475; Carocca, A., *Manual del nuevo sistema procesal penal chileno*, LegalPublishing, Santiago, 2008, p. 162; Cerda, R., *Manual del nuevo sistema de justicia criminal*, Librotecnia, Santiago, 2005, p. 391; Chahuán, S., *Manual de procedimiento penal*, LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 307-308; Correa, J., *La prueba en el proceso penal*, Thomson Reuters, Santiago, 2011, pp. 127-128; Duce, M. y Riego, C., *Proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 415-419; Horvitz, M. y López, J., *Derecho procesal penal chileno tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 295; y, Maturana, C. y Montero, R., *Derecho procesal penal tomo II*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, pp. 1030-1031.

⁴⁵ Con más detalle acerca de este mismo tema puede verse Duce, M., "La admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales: un modelo para armar en la jurisprudencia nacional", en Accatino, D. (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, pp. 64-76.

y, por lo mismo, es solo exigible para este tipo en particular de prueba. Aun cuando por su obviedad no sería necesario reconocimiento normativo expreso para predicar su existencia, nuestro CPP se refiere de manera explícita al mismo al señalar en el artículo 314 que procede este tipo de prueba *...siempre que para apreciar un hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio* (el destacado es mío). Tampoco pareciera existir discrepancia acerca de la exigencia de este requisito en la doctrina nacional el que suele ser incorporado en la propia definición de la idea de perito⁴⁶.

La exigencia de *necesidad* también ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte Suprema en el ámbito de funcionamiento del sistema procesal penal acusatorio. Así, la Corte no dio lugar a un recurso de nulidad presentado por la defensa en un caso en que, entre otras causales, se invocó violación de garantías debido a la exclusión de un peritaje fotográfico de la defensa por un juez de garantía en la etapa de preparación de juicio oral⁴⁷. En su considerando sexto, la Corte señala: *En tanto, que en lo que atañe al informe pericial y set fotográfico, aparece de modo evidente de lo ya analizado precedentemente, que no se persigue por el mismo el desarrollo de un trabajo relativo a un conocimiento determinado del que los jueces no poseen, ya que como la propia defensa lo sostiene, se pretende demostrar que el testigo presencial no pudo observar lo que asegura haber visto, punto que claramente puede ser percibido y resuelto por los sentenciadores, tarea que en ningún caso requiere de una pericia, e igualmente puede ser manifestado a través de los medios legales en la audiencia del juicio oral, razones suficientes para desestimar el primer recurso de nulidad*⁴⁸. También se trata de un criterio recogido a nivel de corte de apelaciones. Así, la Corte de Rancagua, en un caso de 2013, al ratificar la exclusión de un peritaje por el juez de garantía por falta de necesidad de conocimiento experto señaló *Que en el caso del peritaje solicitado por el Ministerio Público, tiene la defensa razón en cuanto a que para decretarlo o aceptarlo como prueba se requiere una necesidad de apreciar hechos relevantes sujetos al conocimiento de una ciencia o arte, como lo dice el artículo 314 del Código del Ramo*⁴⁹, criterio que le llevó a confirmar la exclusión de pericias de credibilidad practicadas a una víctima mayor de 14 años.

⁴⁶ No repetiré la cita a los autores ya incluidos en referencias previas ya que existe coincidencia absoluta en el punto. Me interesa agregar la opinión de Jorge Bofill, quien de manera explícita se pronuncia sobre este tema señalando que "...la admisión o no de la prueba pericial siempre está sometida a una calificación previa acerca de su necesidad y pertinencia, sea por el legislador, sea por el juez". Bofill, J., "Preparación del juicio oral", en *Revista Chilena de Derecho*, 2002, Vol. 29 Nº 2, p. 280. Esta unanimidad proviene de los textos más clásicos de derecho comparado sobre la materia, los que presentan niveles de acuerdo muy significativos en la descripción de qué es lo que constituye prueba pericial, por ejemplo, en la obra de Mittermaier de 1848 y Pietro Ellero de 1875. Véase Mittermaier, K., *Tratado de prueba en materia criminal*, Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2011, p. 191 y Ellero, P., *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1994, pp. 191-192.

⁴⁷ Corte Suprema, 12 de junio de 2007, rol Nº 1646-2007, "Ortiz con Ministerio Público".

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ C. Rancagua, 23 de mayo de 2013, rol Nº 199-2013, "Ministerio Público con Juez de Garantía de Rancagua".

Esta jurisprudencia no debiera sorprender, ya que desde antiguo nuestros tribunales superiores han fallado en el mismo sentido en el ámbito procesal civil⁵⁰.

En este contexto, en donde parece que claramente se ha asentado la exigencia de este requisito de la prueba pericial, surge la interrogante de determinar sus alcances. La respuesta supone un análisis en distintos niveles, de los cuales me detendré solo en el primero de ellos que es el que resulta relevante para sustentar el punto de mi argumento. En el primer nivel y más obvio de análisis, 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 solo se justifica cuando el tribunal por sí solo no estaría en condiciones de apreciar un hecho o circunstancia del caso, ya sea debido a que se encuentra fuera de la experiencia común, fuera de su conocimiento o no es susceptible de ser comprendido con claridad sin la ayuda de un especialista. Por el contrario, si el tribunal está en condiciones de comprender un hecho, hacer juicios, sacar inferencias o arribar a conclusiones sin que deba para ello escuchar previamente a un experto, estamos en un caso de falta de necesidad y en donde no debiera admitirse este tipo de prueba⁵¹.

En este primer nivel se busca, por una parte, evitar la presentación de prueba superflua o redundante, pero por otra, impedir que el trabajo de los peritos sustituya la función propia del juzgador al pronunciarse sobre cuestiones que son de competencia de quien decide el caso y sin que sea necesario para tal función la ayuda de expertos. Debe destacarse que en este nivel no basta simplemente que la introducción del peritaje sea “útil” para el juzgador, sino que debe ser necesario. Esto impone un estándar exigente. Para determinar la necesidad de una prueba pericial el juez debiera preguntarse ¿es posible resolver el caso sin una pericia? Si la respuesta es afirmativa, la consecuencia sería la falta de necesidad de esta prueba.

En este contexto es indispensable analizar la frase del artículo 314 del CPP que señala que para que proceda esta prueba son *...necesarios o convenientes conocimientos especiales...* Es decir, en donde aparentemente el CPP reduciría el estándar de necesidad en análisis por medio de hacer admisible este tipo de prueba en casos de *conveniencia*. La *conveniencia* no puede ser leída como una cláusula que otorga al juez discrecionalidad amplia para determinar la admisibilidad de los peritajes, ya que ello significaría hacer perder sentido a la idea de necesidad y el objetivo básico que existe detrás de admitir la prueba pericial. ¿Qué sentido tendría que el CPP exigiera necesidad y luego simplemente

⁵⁰ Rioseco, E., *La prueba ante la jurisprudencia tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 327, quien cita, entre otros, a un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 12 de marzo de 1980 (REV., T. 77, SEC 4ª, p. 22) en el que la Corte establece que el objeto de la prueba pericial es auxiliar al juez en la apreciación de cuestiones que requieren de conocimientos especiales.

⁵¹ Este criterio es también ampliamente reconocido en el derecho comparado continental. Así, por ejemplo, en Alemania la declaración de un perito puede ser rechazada cuando el tribunal tiene la erudición necesaria para apreciar el hecho respectivo sin necesidad de escuchar al perito, no siendo incluso necesario que todos los miembros del tribunal, en caso de ser colegiado, tengan ese nivel de erudición. Roxin, C., *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 390.

permitiera la introducción de cualquier peritaje “conveniente”? La respuesta a esta interrogante debe ser contestada pesando los valores y principios en juego. En mi opinión, la conveniencia abre un cierto espacio de discrecionalidad para los jueces, pero restringida. Esa discrecionalidad debe estar centralmente entregada en casos límite o en los que existan dudas acerca de la necesidad y no simplemente cuando se perciba que el peritaje es útil, aun cuando no necesario. Por lo mismo, en el caso de dudas, la cláusula de conveniencia puede jugar a favor de la admisibilidad, pero no en casos claros. Por decirlo así, la *conveniencia* es un complemento y no un sustituto del criterio básico de necesidad. Me parece que otra interpretación de la misma es completamente inconsistente con la lógica básica detrás de la regulación de la prueba pericial y con las reglas más obvias de interpretación de la ley.

3. *Las pericias en derecho nacional (informes en derecho): un caso paradigmático de falta de necesidad ampliamente reconocido en Chile*

Establecido que la *necesidad* del conocimiento experto es un requisito básico para la procedencia de la prueba pericial, corresponde analizar si los informes en derecho nacional satisfacen esta exigencia. Lo que sostengo es que este tipo de informes no incluyen información que sea necesaria para el juzgador y, por el contrario, se trata de un caso paradigmático en el que nuestra legislación y doctrina han entendido no procede la prueba pericial.

Parto en primer lugar por señalar que en nuestra legislación procesal ha existido históricamente una norma específica que ha excluido la posibilidad de presentar informes en derecho nacional como prueba pericial. Se trata del artículo 411 N° 2 del Código de Procedimiento Civil que regula que también podrá oírse el informe de peritos 2° *Sobre puntos de derecho referentes a una legislación extranjera*. A partir de esta disposición es fácilmente posible colegir que el único caso en que un juez podría estar habilitado para admitir prueba pericial sobre el derecho es tratándose de la legislación extranjera. Así lo ha entendido siempre nuestra doctrina procesal. Por ejemplo, refiriéndose a esta norma Casarino señala: *Por excepción vemos que el derecho puede ser objeto de prueba, pero siempre y cuando se trate de acreditar algún punto de derecho referente a la legislación extranjera*⁵².

Esto también ha sido objeto de desarrollo en materia penal en el derecho comparado. Por ejemplo, en Alemania, Roxin señala –al destacar la importancia de la prueba pericial– que *...la aclaración científica de cuestiones que no son jurídicas juega cada vez un rol más importante...*⁵³, dando cuenta claramente que no es parte del trabajo pericial el

⁵² Casarino, M., *Manual de derecho procesal: derecho procesal civil tomo IV*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 112. En el mismo sentido Rodríguez, I., *Procedimiento civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 239 (quien hace notar una excepción en el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil aplicable solo al ámbito de la apelación, lo que refuerza el punto que he venido sosteniendo sobre la no admisibilidad de este tipo de informes a juicio).

⁵³ Roxin, C., *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 240 (el destacado es mío). Esta opinión queda clara también cuando Roxin revisa las funciones del perito en donde en forma

pronunciamiento sobre el derecho. En Argentina, Cafferata y Hairabedián sostienen que *Se podrá requerir el auxilio del perito sobre cuestiones de hecho, nunca sobre cuestiones jurídicas*⁵⁴. Incluso en países de la tradición anglosajona se sostiene algo similar. Así, en los Estados Unidos, a partir de la interpretación de la Regla Federal de Evidencia 704 se ha llegado a la conclusión que no son admisibles las opiniones de expertos en derecho que están reservadas exclusivamente a la Corte⁵⁵. Según se puede observar en esta revisión, aun superficial del derecho comparado, el principio que el derecho nacional no debe ser probado y que para ello, en todo caso, no es requerido prueba pericial, está de manera notoria asentado en este nivel.

Nuestro CPP no contempla una norma expresa acerca de la materia. En mi opinión esto se explica como consecuencia que los informes en derecho no cumplen con los requisitos generales de procedencia de la prueba pericial que ya he examinado (la necesidad de conocimiento experto) y por eso el legislador no estimó que fuese necesario hacerse cargo de este caso en concreto, como tampoco de los múltiples ejemplos en que una situación de este tipo podría producirse. Ello especialmente en una situación tan evidente como esta. Por otra parte, complementa mi argumento la manera en que el legislador procesal penal definió el objeto de la prueba pericial. Se recordará que la regla que regula la procedencia de la prueba pericial contenida en el artículo 314 inciso segundo del CPP enfatiza como un componente central el hecho de que esta prueba procede cuando ello sea necesario para apreciar algún *hecho o circunstancia relevante*. Esto apunta de manera bastante unívoca a que el legislador comprendía que la prueba pericial no era procedente para pronunciarse sobre el derecho.

Este diseño se basa en buena medida en que nuestro sistema jurídico reconoce experticia a los jueces en materias legales de carácter nacional y eso constituye una de las razones de contar con un sistema judicial compuesto por jueces letrados profesionales. Con mayor razón esto ocurre cuando, además de profesionales del derecho, se trata hoy de un sistema especializado en materia penal. Esta concepción se refleja en múltiples disposiciones legales, como por ejemplo, en el artículo 341 inciso segundo del CPP, en el que se le permite al tribunal de juicio oral cambiar de oficio la calificación jurídica propuestas por las partes, asumiendo que la palabra final sobre el derecho siempre está en los jueces.

El que los jueces conocen el derecho y no requieren prueba sobre el mismo es una idea ampliamente reconocida también en la doctrina nacional según ya he visto anteriormente a propósito del tema del objeto de la prueba. Solo agregó una opinión que me parece específicamente focalizada en el punto que sostengo. Maturana y Montero señalan que *El ordenamiento jurídico presupone que el juzgador conoce el derecho objetivo, pero admite que en casos excepcionales no puede imponer ese deber a todos los jueces, como ocurre, por ejemplo con*

específica se excluye el pronunciamiento de cuestiones de derecho. Roxin, C., *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 238.

⁵⁴ Cafferata, J. y Hairabedián, M., *La prueba en el proceso penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 7.

⁵⁵ Weinstein, J. y Berger, M., *Weinstein's evidence manual, student edition*, LexisNexis, Newark, 2003, p. 13.02 (2).

*la costumbre o con el derecho extranjero.*⁵⁶ Esto les lleva a concluir que *...es posible sostener como regla general que no es necesario probar el derecho, por cuanto este se encuentra incorporado al acervo cultural de la comunidad, en virtud de la ficción establecida por el legislador y particularmente del juez, para quien es obligatorio darle aplicación para la solución del conflicto*⁵⁷. Me interesa destacar especialmente que estos autores precisamente identifican que se trata de un problema de “falta de necesidad” de conocimiento experto en materias de derecho nacional.

En consecuencia, los informes en derecho relativos a aspectos de la legislación local constituyen para nuestro sistema jurídico información que no es desconocida por los jueces y, por lo mismo, en la que no se requiere prueba pericial para poder resolver el asunto sometido a su decisión. Al no tratarse de un conocimiento que se encuentra fuera del alcance de los juzgadores, no se cumple con el requisito básico exigido para constituir prueba pericial en el sentido que esta ha sido definida en nuestro ordenamiento jurídico.

IV. LOS INFORMES EN DERECHO SOBRE DERECHO NACIONAL COMO PRUEBA DOCUMENTAL

Una de las vías que mencioné se ha utilizado para obtener el ingreso en calidad de prueba de los informes en derecho nacional ha sido la de presentar el informe escrito o dictamen elaborado por los expertos como un documento a juicio. En esta sección me haré cargo de si debieran ser admitidos estos informes en esta calidad. Como ya adelanté, mi respuesta es que no lo debieran.

Una primera cuestión que hay que esclarecer para justificar mi respuesta es lo que podría considerarse como la “naturaleza jurídica” del documento que contiene el informe en derecho nacional. Lo que sostengo es que –para los efectos del sistema procesal penal– dicho informe no puede constituir jamás prueba documental autónoma. En efecto, esos informes lo que hacen es contener la opinión de expertos (en este caso en materias legales de derecho nacional) acerca de un punto que alguno de los intervinientes considera podría ser relevante para el caso. De esta forma, el documento en donde se registra la opinión corresponde a la versión escrita de una opinión de un especialista. Esto es lo que constituye típicamente lo que en nuestra tradición procesal siempre ha considerado es un informe de peritos. Por lo mismo, en el actual sistema dicho informe nunca puede constituir una fuente de información autónoma que pueda ser admitida en una calidad diversa que la de servir de apoyo a la prueba pericial que se debe producir en el juicio oral (salvo excepciones legales del artículo 331 del CPP). La confusión se produce ya que la prueba pericial es una evidencia compleja que está integrada por dos elementos: el informe escrito y la posterior declaración del perito en juicio⁵⁸. En este

⁵⁶ Maturana, C. y Montero, R., *Derecho procesal penal tomo II*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, p. 839.

⁵⁷ *Ídem* (el destacado es mío).

⁵⁸ Reconociendo estas dos dimensiones en la conceptualización de la prueba pericial en nuestro país puede verse, entre otros, Carocca, A., *Manual del nuevo sistema procesal penal chileno*, LegalPublishing, Santiago,

contexto, intentar pasar el informe pericial como una prueba documental autónoma es simplemente realizar un fraude de etiquetas con consecuencias potencialmente muy nocivas para el sistema.

La evidencia más patente que estos informes son parte de una prueba pericial es que normalmente, por ejemplo así ocurrió en varios de los casos citados al inicio de este trabajo, la parte que solicita su incorporación a juicio requiere en forma paralela la comparecencia de los autores de los mismos pero en calidad de peritos. Con esto hay un reconocimiento explícito que los documentos en análisis corresponden al informe escrito exigido por el CPP (en su artículo 315) para la procedencia de la prueba pericial.

Me parece que el punto que he planteado es una cuestión bastante pacífica tanto en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, incluso en el contexto del sistema procesal civil general⁵⁹. Así, el documento que contiene la opinión o conclusión de un experto aparece regulado de manera explícita y con algún detalle en el CPP en su artículo 315 y varias otras disposiciones hacen referencia al mismo (por ejemplo los artículos 314 y 316 del CPP). Todas estas normas dan cuenta que el “informe escrito” (documento en donde se registra la opinión del experto si se quiere poner en este lenguaje) es un elemento que forma parte de la prueba pericial, pero no una fuente de información distinta a dicha prueba. Se trata, en consecuencia, de un componente de esta prueba y no un medio de prueba autónomo que pueda ingresar a juicio por su propio mérito.

La doctrina nacional también se manifiesta en la misma dirección. Así, por ejemplo, Horvitz y López sostienen de manera explícita que no se puede admitir a juicio como prueba documental un informe pericial. Así, sostienen que *Los peritos declaran para explicar su informe, no para leer o ratificar su contenido. De allí que no quepa ofrecer el informe pericial como prueba documental, pues esta última se produce –como se verá– mediante la lectura del respectivo documento...*⁶⁰. Desde el punto de vista de los elementos que conforman a la prueba pericial Maturana y Montero han sostenido que *...la prueba pericial está constituida por un conjunto, que consiste primeramente en la declaración del perito, pero también con el informe pericial...*⁶¹. Como se puede apreciar, se trata de manifestaciones exactamente en el mismo sentido que he sostenido. A ello se debe agregar que todo el resto de la doctrina nacional tiende a coincidir en el punto aun sin manifestarse en forma explícita del problema en análisis, ya que se asume como un supuesto más o menos obvio que el informe es parte de la prueba pericial y no una prueba documental distinta o autónoma⁶².

2008, p. 162; y, Maturana, C. y Montero, R., *Derecho procesal penal tomo II*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, pp. 1030-1031. Acerca de las funciones claves que cumple el informe escrito en los sistemas acusatorios véase Duce, M., *La prueba pericial*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2013, pp. 148-155.

⁵⁹ Por ejemplo, el artículo 411 N° 2 del Código de Procedimiento Civil regula de manera explícita a los informes en derecho dentro del contexto de la prueba pericial, claro que como sostuve solo lo hace admisible en caso que recaigan sobre derecho extranjero.

⁶⁰ Horvitz, M. y López, J., *Derecho procesal penal chileno tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 301.

⁶¹ Maturana, C. y Montero, R., *Derecho procesal penal tomo II*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, p. 1042.

⁶² Así, por ejemplo, Baytelman, A., “El juicio oral”, en Carocca, A., *et al.*, *Nuevo proceso penal*, Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago, 2000, pp. 264-265; Carocca, A., *Manual del nuevo sistema procesal penal*

En la misma dirección se ha pronunciado la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores. Un caso paradigmático está constituido por una decisión de la Corte de Apelaciones de Valdivia del año 2005⁶³. En este caso la Corte anula un procedimiento simplificado en el que se incorporó como prueba mediante su lectura los informes escritos del SIAT y del Servicio Médico Legal. La Corte afirmó que se trataba de opiniones que requerían conocimientos especiales de medicina y de tránsito, por lo que típicamente constituían informes periciales y no podían acompañarse ni introducirse a juicio por su lectura como documentos autónomos (en este caso se intentaba sostener eran otros medios de prueba regulados en el artículo 323 del CPP que se incorporaban por vía de su lectura). La Corte de Apelaciones de Iquique, en la misma lógica, ha señalado que *...la prueba pericial consta de dos etapas, la primera consistente en el documento que contiene el informe y la segunda en la declaración del perito durante la audiencia correspondiente del juicio oral*⁶⁴.

Como se puede observar, a partir de estas decisiones hay una clara reticencia de nuestra jurisprudencia de admitir a los informes periciales como una prueba autónoma ya que eso constituye saltarse la lógica básica sobre la cual el sistema se ha configurado. Esto ha sido reforzado por una jurisprudencia consistente en nuestros tribunales superiores en un tema algo distinto pero que apunta en su aspecto de fondo al mismo punto que he venido planteando. Se trata de la posibilidad de reemplazar la declaración del perito en juicio por la lectura de su informe escrito. El punto es relevante para mi análisis, ya que en la medida en que se admitiera el informe pericial como una prueba documental autónoma, el litigante tendría derecho a que dicha prueba se incorporara por vía de la lectura del informe (documento) de conformidad a lo que dispone el artículo 333 del CPP. Ello obviamente podría llevar a los intervinientes a prescindir de la comparecencia del perito debido a que lo central de sus declaraciones podría introducirse por vía lectura. Se trataría de una forma burda de saltarse los valores básicos de nuestro sistema acusatorio (como por ejemplo el derecho a confrontación de la prueba) y reglas tan firmes como la de obligación de comparecencia prevista en el artículo 329 del CPP. Es por esta razón que nuestros tribunales superiores han asentado con fuerza que no es admisible en juicio la sustitución de la comparecencia de los peritos por la introducción del informe escrito (salvo los casos de excepción especialmente previstos en la ley como son los regulados en los artículos 331 y 315 inciso final del CPP).

La Corte Suprema ha señalado que confundir la prueba pericial con la introducción del dictamen escrito a juicio es un *error que se aparta ostensiblemente de la lógica que gobierna la rendición de prueba que impone el sistema acusatorio y los principios que lo guían*⁶⁵, por lo que ha señalado que no es procedente admitir la incorporación del informe pericial como

chileno, LegalPublishing, Santiago, 2008, pp. 162-164; Castro, J., *Introducción al derecho procesal penal chileno*, LegalPublishing, Santiago, 2008, pp. 476-477; Chahuán, S., *Manual de procedimiento penal*, LexisNexis, Santiago, 2007, p. 308; Cerda, R., *Manual del nuevo sistema de justicia criminal*, Librotecnia, Santiago, 2005, pp. 392-393; y, Duce, M. y Riego, C., *Proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 419-423.

⁶³ C. Valdivia, 3 de enero de 2005, rol N° 263-2004, "Ministerio Público con Huanuqueo".

⁶⁴ C. Iquique, 26 de noviembre de 2004, rol N° 78-2004, "Ministerio Público con Contreras y Vicencio".

⁶⁵ Corte Suprema, 2 de noviembre de 2009, rol N° 5579-2009, "Caldera y Villalobos con Cangas".

prueba en juicio sin la comparecencia del perito. En ese caso, además, la Corte Suprema ha señalado que el medio que legítimamente puede formar convicción del tribunal es la declaración del perito prestada en juicio. El informe escrito, en cambio, ...*puede ser utilizado legítimamente durante su transcurso para refrescar memoria del experto y manifestar inconsistencias relevantes entre las declaraciones actuales y el informe, según lo regula de manera expresa en artículo 332*⁶⁶. En una dirección idéntica se han pronunciado también las Cortes de Apelaciones de Iquique⁶⁷, Valdivia⁶⁸ y Valparaíso⁶⁹. Así, se ha asentado que la regla fundamental respecto de la prueba pericial es que, de acuerdo al artículo 329, el perito debe comparecer y someterse al examen y contraexamen y su declaración no puede ser sustituida o reemplazada por la introducción del informe pericial escrito. La doctrina nacional también se ha uniformado en el mismo sentido, admitiendo como las únicas excepciones válidas las previstas en los artículos 315 inciso final (que claramente no sería aplicable al caso de los informes en derecho nacional) y 331 del CPP⁷⁰.

Lo anterior se ve reforzado con otra norma contemplada en el CPP que de manera explícita regula la manera en que legítimamente puede ser ocupado el informe pericial escrito en el juicio como lo es el artículo 332 del CPP. De acuerdo con el inciso segundo de esta disposición, el informe que el perito hubiere elaborado cumple la función de ser una declaración previa, por lo que la forma de ser utilizada en juicio es para refrescar memoria o manifestar contradicciones de un perito que declara en juicio y no como forma de sustituir o reemplazar dicha declaración en la audiencia⁷¹.

En esta lógica, la Corte Suprema también ha considerado en forma reiterada en el último tiempo que el perito que comparece a juicio y en su declaración en la audiencia agrega elementos relevantes no contenidos en su informe escrito, generan un problema al ejercicio del derecho a confrontar (contraexaminar) a dicho perito que da lugar a la nulidad del juicio⁷². Con esto remarca la relevancia que tiene el informe previo, pero deja en claro que este no puede sustituir la declaración en juicio.

En este contexto, la única forma de comprender el porqué se siguen presentando y admitiendo informes en derecho nacional como prueba documental podría deberse a una confusión respecto del momento y el objetivo para el que nuestro CPP exige acompañar los informes periciales escritos. Se trata de un tema en el que la legislación actual ofrece pocos espacios para la confusión. Así, hoy resulta claro que nuestro CPP exige acompañar el informe escrito en la audiencia de preparación de juicio oral con el objetivo de favorecer

⁶⁶ Corte Suprema, 2 de noviembre de 2009, rol N° 5579-2009, "Caldera y Villalobos con Cangas".

⁶⁷ C. Iquique, 26 de noviembre de 2004, rol N° 78-2004, "Ministerio Público con Contreras y Vicencio".

⁶⁸ C. Valdivia, 3 de enero de 2005, rol N° 263-2004, "Ministerio Público con Huanuqueo".

⁶⁹ C. Valparaíso, 8 de octubre de 2010, rol N° 865-2010, "Sanhueza con Ministerio Público".

⁷⁰ Por ejemplo se puede ver Hermosilla, F., *Apuntes sobre la prueba en el Código Procesal Penal*, Librotecnia, Santiago, 2006, pp. 329-331; y, Cerda, R., "¿En qué casos se puede ofrecer e incorporar informes periciales escritos?", en Miranda, M., *et al.*, *Práctica de la prueba en el juicio oral*, Librotecnia, Santiago, 2012, pp. 213-214.

⁷¹ Una visión general sobre el rol que cumplen las declaraciones previas previstas en el artículo 332 del CPP puede verse en Duce, M., *La prueba pericial*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2013, pp. 131-137.

⁷² Corte Suprema, 17 de junio de 2013, rol N° 2866-2012, "Orellana con Ministerio Público" y, 11 de marzo de 2015, rol N° 448-2015, "López con Ministerio Público".

el debate de admisibilidad de la misma y permitir que los litigantes puedan prepararse adecuadamente. Así, el artículo 314 señala explícitamente que *El Ministerio Público y los demás intervinientes podrán presentar los informes elaborados por los peritos de su confianza y solicitar en la audiencia de preparación de juicio oral que éstos fueren citados a declarar a dicho juicio*. El artículo 316, por su parte, señala que *El juez de garantía admitirá los informes y citará a los peritos cuando...* En consecuencia, estas normas indican claramente que el informe pericial no se acompaña para ser llevado a juicio oral como prueba, sino para servir a las funciones propias de la preparación del juicio. A partir de la Ley Nº 20.074 (publicada en el Diario Oficial el 14 de noviembre del 2005), que estableció la actual redacción de estas disposiciones del CPP, es evidente que esta exigencia de entregar el informe escrito es para los efectos del examen de admisibilidad que debe hacer el juez de garantía y no para ser presentado ante el tribunal oral. Así se ha uniformado la doctrina en el punto⁷³. Por lo mismo, sostener que el informe de los peritos debiera ser admitido como prueba documental carece de sustento en nuestra legislación actual⁷⁴.

En conclusión, en el documento del informe en derecho en el que se registra la opinión de sus autores no puede ser admitido bajo ninguna excepción a juicio como una prueba documental. Admitirlos sería fallar contra texto expreso en nuestra legislación, contra los principios básicos que guían a nuestro sistema acusatorio y desconocer la doctrina y jurisprudencia consolidada en la materia.

V. LOS AUTORES DE INFORMES EN DERECHO SOBRE DERECHO NACIONAL COMO TESTIGOS EXPERTOS

Una tercera vía por medio de la cual se ha intentado la introducción de los informes en derecho, aun cuando de manera más excepcional, ha sido la de incluir a sus autores a juicio en calidad de testigos expertos, es decir, testigos que van a aportar al juicio una opinión fundada en un conocimiento o experiencia especial que tienen sobre una materia determinada.

Los testigos expertos son una prueba no regulada de manera explícita en nuestra legislación procesal penal, por lo que se requiere una breve explicación acerca de este punto. Para esto es útil la doctrina y el derecho comparado, ya que se trata de una evidencia que sí ha tenido un reconocimiento en ese ámbito, en donde se la identifica indistintamente con el nombre de testigos expertos o testigos peritos. Uno de los problemas que tiene

⁷³ Blanco, R. et al., *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, LexisNexis, Santiago, 2005, p. 12; Carocca, A., *Manual del nuevo sistema procesal penal chileno*, LegalPublishing, Santiago, 2008, p. 162; Chahuán, S., *Manual de procedimiento penal*, LexisNexis, Santiago, 2007, p. 309; Cerda, R., *Manual del nuevo sistema de justicia criminal*, Librotecnia, Santiago, 2005, p. 392 y p. 395; Duce, M. y Riego, C., *Proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 455-477; y, Horvitz, M. y López, J., *Derecho procesal penal chileno tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 296.

⁷⁴ Se trataba de una interpretación que tenía algún sustento como consecuencia de un error de técnica legislativa del código original. Con todo, como ya señalé, este error ha sido claramente subsanado por vía de las modificaciones introducidas por la Ley Nº 20.074.

este tipo de prueba es su confusión con la prueba pericial, ya que en ambos casos se está en presencia de una persona que tiene un conocimiento experto que utilizará para prestar declaración. Autores como Maier y Cafferata y Hairabedián ayudan a distinguir entre estas dos categorías. Para ellos el elemento central que caracteriza a un perito no es tanto su conocimiento experto acerca de una materia (el que podría tener un testigo eventualmente), sino más bien que el conocimiento que ha tomado se ha producido como consecuencia de ser convocado por el sistema de justicia penal y no en la percepción espontánea del fenómeno sobre el que se prestará declaración. Entonces, cuando la persona que cuenta con un conocimiento especializado ha adquirido o presenciado de manera espontánea (como lo haría cualquier testigo) los hechos o fenómenos sobre los cuales va a declarar, se estará en presencia de un testigo experto o testigo perito. En cambio, si el sistema de justicia (en cualquiera de sus eslabones) le ha solicitado conocer dichos hechos o fenómenos con el objetivo de tener una opinión especializada sobre ellos, estaríamos en presencia de un perito⁷⁵.

Estas mismas ideas han tenido consagración normativa en varios códigos procesales penales de la región que han establecido sistemas acusatorios de la misma orientación que el chileno. Uno de ellos es el Código Procesal Penal de Guatemala. En su artículo 225 inciso segundo dicho cuerpo legal señala que *No rigen las reglas de la prueba pericial para quien declare sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente, sin haber sido requerido por la autoridad competente, aunque para informar utilice las aptitudes especiales que posea. En este caso, rigen las reglas de la prueba testimonial*⁷⁶.

A la luz del derecho comparado (al menos en los códigos que pertenecen a la misma tradición que el nacional), pareciera entonces haber un consenso en entender que un testigo experto sería quien se presenta a juicio como testigo (no como perito), ya que tomó conocimiento del hecho en forma espontánea, es decir, como cualquier testigo lo haría, pero que tiene sin embargo un conocimiento de cierta especialización en una determinada materia que es relevante para un punto sobre el que prestará declaración. Esta misma idea parece estar recogida en la escasa doctrina nacional que se ha referido al tema⁷⁷.

⁷⁵ Véase Maier, J., *Derecho procesal penal tomo III*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, pp. 147-148; y, Cafferata, J. y Hairabedián, M., *La prueba en el proceso penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 76. En la misma dirección véase para el caso alemán Roxin, C., *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 239-240.

⁷⁶ Algo similar plantea el artículo 172.3 del Código Procesal Penal de Perú que establece *No regirán las reglas de la prueba pericial para quien declare sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente aunque utilice para informar las aptitudes especiales que posee en una ciencia, arte o técnica. En este caso regirán las reglas de la prueba pericial*. Una norma casi idéntica está contenida también en el artículo 214 inciso segundo del Código Procesal Penal de Costa Rica.

⁷⁷ El problema, en mi opinión, es que lo han hecho de manera bastante confusa. Véase Cerda, R., *Manual del nuevo sistema de justicia criminal*, Librotecnia, Santiago, 2005, p. 390; Horvitz, M. y López, J., *Derecho procesal penal chileno tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 294; y, Maturana, C. y Montero, R., *Derecho procesal penal tomo II*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, pp. 1032-1033; Lo mismo ocurre con la doctrina desarrollada a propósito del sistema procesal penal inquisitivo. Quezada, J., *Tratado de derecho procesal penal*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1994, p. 361.

El problema central que presenta un uso amplio de la categoría de testigos expertos o testigos peritos es la posibilidad que los litigantes intenten evadir los requisitos que debe cumplir la presentación de peritos que suelen ser mucho más estrictas que la de los testigos. En efecto, como se ha visto, la regulación legal de esta prueba suele establecer que el tratamiento jurídico de la misma debiera ser el de la prueba testimonial (incluyendo entonces, entre otros, las reglas referidas a la admisibilidad)⁷⁸. Por lo mismo, el uso del testigo experto debe limitarse a casos en donde, como ya he señalado, el testigo ha tomado conocimiento casual de los hechos sobre los que va a prestar declaración, sin intentar sustituir el trabajo de los peritos a los cuales el sistema en general pone mayores requisitos y exigencias para su admisibilidad (por ejemplo, estableciendo la obligación de realizar un informe escrito en el que conste su opinión). Si nuestros sistemas legales no son estrictos en esto, se corre el riesgo que el conjunto de reglas especiales que rigen la actividad pericial, diseñadas para garantizar un adecuado funcionamiento del sistema y el debido proceso, se vean defraudadas por malas prácticas de litigio y escaso control judicial. En esta dirección han existido pronunciamientos de nuestros tribunales de justicia⁷⁹.

La admisión de los autores de informes en derecho sobre el derecho nacional en calidad de testigos expertos produce efectivamente el problema identificado. De acuerdo con los conceptos revisados en forma previa, me parece claro sostener que los autores de estos informes no pueden ser considerados como testigos expertos. La razón central es que no satisfacen el supuesto básico exigido para caber dentro de esta categoría: el tomar conocimiento de los fenómenos relevantes del caso y construir su opinión experta de manera espontánea. Por el contrario, estos expertos siempre se involucran en los casos a partir de un requerimiento específico del sistema (el abogado defensor, querellante o fiscal que pide la opinión respectiva), que corresponde exactamente a la operatoria de cómo funcionan los peritajes en nuestro sistema legal. Por lo mismo, intentar ocupar esta vía para lograr su admisión a juicio representa un claro fraude de etiquetas que, entre otras cosas, tiene el propósito de intentar saltarse el examen de admisibilidad más estricto propio de la prueba pericial (que ya he visto no se satisfaría en estos casos por falta de necesidad de la opinión experta).

En consecuencia, el intentar introducir a los autores de los informes en derecho sobre derecho nacional como testigos expertos tampoco parece ser una vía idónea de acuerdo con la lógica y principios que inspiran a nuestro sistema legal.

⁷⁸ Horvitz y López sostienen, en mi opinión sin fundamentos muy claros, que el testigo perito debiera sujetarse a la vez a las reglas de los testigos (respecto de la narración de hechos) y de los peritos (cuando se realizan aserciones propiamente técnicas o científicas acerca de los hechos). Horvitz, M. y López, J., *Derecho procesal penal chileno tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 294. Lo sigue en esto de manera casi textual Cerda, R., *Manual del nuevo sistema de justicia criminal*, Librotecnia, Santiago, 2005, p. 390.

⁷⁹ Véase resolución del Primer Juzgado de Garantía de Santiago de 8 de octubre de 2010 en causa RUC Nº 0901050424-1 y RIT Nº 6005-2009 (documento en formato electrónico en poder del autor). En forma algo más indirecta la Corte Suprema se ha pronunciado anulando un juicio al considerar las violaciones al debido proceso que se producen cuando se admite como testigo a una fuente que debió ser un peritaje y, por tanto, producir un informe previo sobre sus opiniones. Corte Suprema, 17 de junio de 2013, rol Nº 2866-2012, "Orellana con Ministerio Público".

VI. LOS MECANISMOS O VÍAS PARA NO ADMITIR A LOS INFORMES EN DERECHO NACIONAL EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL PENAL

Revisadas las razones por las cuáles los informes en derecho nacional no debieran ser admisibles bajo ninguna de las tres categorías que usualmente en nuestra práctica forense se invocan, me interesa dedicar esta sección a revisar en forma breve los mecanismos o vías específicas que dispone nuestro ordenamiento procesal para no admitir la presentación a esta prueba a juicio.

Parto por lo obvio. El momento institucional en que nuestro sistema ha previsto que debe hacerse el control y filtro probatorio es la APJO. Lo que planteo es que en su desarrollo me parece que el juez dispone de dos vías diferentes para resolver este asunto. A continuación revisaré cada una de estas por separado.

1. *La vía tradicional del artículo 276 del CPP*

La vía más tradicional en nuestro actual sistema procesal para obtener que un determinado medio de prueba no ingrese a juicio es lograr su exclusión de conformidad a alguna de las causales previstas en el artículo 276 del CPP.

Estimo que la solicitud de admisión de los informes en derecho nacional en cualquiera de las tres categorías revisadas podría caber dentro de la causal de manifiesta impertinencia prevista en el artículo 276 del CPP. En efecto, si hay acuerdo respecto a que el derecho nacional no puede ser objeto de prueba que, como ya hemos visto, es reconocido ampliamente por la doctrina nacional, la consecuencia lógica es que todo medio de prueba que intente acreditar algo que no puede ser objeto de prueba se transforma en una prueba manifiestamente impertinente en el sentido más básico de la cláusula prevista en el artículo 276 del CPP.

Veamos esto con algo más de detalle. En el nivel más simple y sencillo la pertinencia suele denominarse como pertinencia lógica. Se entiende que una prueba será pertinente en la medida en que exista vinculación del contenido de dicha prueba con los hechos a debatir en juicio. En nuestro país esta ha sido la forma en que tradicionalmente se ha comprendido esta cláusula y, por lo tanto, el contenido mínimo que se le asigna. Así, Bofill ha indicado que una prueba carece de pertinencia cuando *...no es conducente o concerniente a los hechos materia de la acusación o defensa*⁸⁰. Horvitz y López sostienen 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*⁸¹. En consecuencia, si el derecho nacional no puede ser

⁸⁰ Bofill, J., "Preparación del juicio oral", en *Revista Chilena de Derecho*, 2002, Vol. 29 N° 2, p. 274.

⁸¹ Horvitz, M. y López, J., *Derecho procesal penal chileno tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 45. En esta misma dirección se pronuncia prácticamente toda la doctrina nacional que ha escrito sobre el tema. Entre otros véase Cerda, R., *Manual del nuevo sistema de justicia criminal*, Librotecnia, Santiago, 2005, pp. 296-297; Coloma, R., "Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno" en Coloma, R., (edit.), *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, LexisNexis, Santiago, 2003, p. 13; Duce, M. y Riego, C., *Proceso penal*,

considerado un objeto de prueba, todo medio destinado a su prueba es impertinente de manera clara y evidente.

Maturana y Montero sugieren otra línea argumental que incluso parece algo más fuerte. En su trabajo, ellos dan el ejemplo de una prueba pericial consistente en la declaración de un jurista para informar al juez sobre la correcta interpretación de una norma jurídica. Esto es tratado por los autores como un caso paradigmático de prueba inútil. Dicho ejemplo es abordado a propósito del análisis de la causal de exclusión de prueba superabundante o excesiva contemplada en el mismo artículo 276 del CPP⁸². La lectura detenida del argumento de estos autores hace pensar que, por su estructura, ellos apuntan más bien a identificar un problema de manifiesta impertinencia y, por lo mismo, habría un acuerdo sustancial con mi argumento previo.

2. *La no admisibilidad por incumplimiento de los requisitos de la prueba (artículo 295 CPP)*

Además de la vía tradicional, me parece que otra fórmula para no admitir los informes en derecho sobre derecho nacional y a sus autores a juicio oral está en considerar que dicha prueba no puede ingresar por no cumplir las exigencias básicas específicas establecidas en el propio CPP para su admisión en cada una de las tres formas en que he descrito suele intentar introducirse. Como ya señalé en la sección II.1 de este trabajo, nuestra legislación procesal exige una serie de requisitos que deben ser cumplidos por las pruebas para que estos puedan acreditar los hechos para los que se presentan, sin los cuales no pueden ser admitidas a juicio de acuerdo a lo que regula el artículo 295 (los medios deben ser *producidos e incorporados en conformidad a la ley*) en relación al resto de las reglas que rigen la prueba en el CPP (por ejemplo, los párrafos 5° a 8° del Título III del Libro II). La norma, en consecuencia, asume que la ley puede exigir formas y requisitos para que el medio probatorio pueda ser admitido e utilizado por el sistema más allá de la concurrencia de alguna causal de exclusión específica del artículo 276 del CPP. Dicho de otra forma, un primer paso en la discusión sobre la prueba en nuestro ordenamiento procesal en la etapa de preparación de juicio oral es determinar si el medio de prueba que se intenta introducir cumple con las exigencias que la ley ha establecido para su admisión a juicio. Si ellos no se cumplen, el medio propuesto no puede ser aceptado aun antes de discutir si concurre una causal de exclusión del artículo 276 del CPP.

Entiendo se trata de una vía que no es usualmente utilizada por un sector de la jurisprudencia que, frente a la falta de una regulación más explícita en el punto, prefiere recurrir a las causales de exclusión previstas en el artículo 276 del CPP. Esto, entre otras razones, para resguardarse frente al posible ejercicio de mecanismos de impugnación

Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 427-428 (aplicándolo para la prueba pericial en específico); y, Moreno, L., "Algunas consideraciones sobre el funcionamiento de la reforma procesal penal", en Decap, M. et al., *El modelo adversarial en Chile*, Legal Publishing, Santiago, 2013, pp. 137-138.

⁸² Maturana, C. y Montero, R., *Derecho procesal penal tomo II*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, p. 702.

ante tribunales superiores. El problema de esto, en mi opinión, es doble. Por una parte, significa reconocer la calidad de medio válido a toda prueba no obstante no se haya producido cumpliendo con las exigencias legales establecidas para ese medio. Esto deteriora la vigencia de las normas legales y compromete los valores que han estado en vista al momento de su elaboración. En segundo término, obliga a utilizar a las causales del artículo 276 del CPP para resolver problemas algo distintos para los cuales estas fueron establecidas, lo que hace correr el riesgo que una norma tan relevante se desnaturalice. Tomando el ejemplo que di anteriormente sobre el intento de una parte de introducir como prueba documental una declaración ante notario de un testigo, esto se aprecia con claridad. En ese caso no pareciera haber ni problemas de pertinencia, ni de sobreabundancia, ni potencialmente de obtención con infracción de garantías. Por lo tanto, recurrir al artículo 276 del CPP pasa por estirar estas causales a hipótesis que no son las que naturalmente se pensaría ellas cubren.

Volviendo a los informes en derecho sobre derecho nacional, claramente estos no cumplen con las exigencias probatorias establecidas en los tres tipos de evidencia que se han intentado introducir. En primer lugar, es claro que se trata de declaraciones previas y no documentos, por lo que su admisión supondría una infracción directa a la regla establecida en el artículo 329 del CPP, que establece que los testigos deben comparecer a juicio y su declaración personal *...no puede ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que la contuvieren...* En segundo término, la declaración de los autores de estos informes a juicio no cumple en su noción más básica la exigencia de tratarse de un conocimiento experto necesario que exige el artículo 314 del CPP para admitir la prueba pericial. Finalmente, los autores de los informes no tienen calidad de testigos expertos, ya que es el propio sistema (las partes) quienes requieren un pronunciamiento específico de opinión experta.

VII. A MODO DE CIERRE

Como lo demuestran casos de alto interés público recientes, que he citado (vgr. Farmacias, Yarur), la práctica de introducir informes en derecho sobre derecho nacional a juicio oral, ya sea en calidad de prueba documental, pericial o testimonial, poco a poco se está transformando en un comportamiento habitual en nuestro sistema. Las consecuencias de esto no son neutras. En mi opinión, esto presenta riesgos importantes en niveles muy diversos como, por ejemplo, en materia de principios básicos y garantías procesales (vgr., intermediación, contradicción, calidad de las decisiones) y en eficiencia y costos de funcionamiento del sistema.

En este contexto, estimo indispensable que se consolide una jurisprudencia clara de parte de nuestros tribunales de no admitir a juicio la introducción de estos informes en ninguna calidad. De lo contrario, se corre el riesgo de pervertir el sentido de nuestros juicios orales y transformarlos en una instancia sólo de argumentación legal y no prueba. La señal entonces debe ser clara: se trata de una prueba que no se puede utilizar en nuestro sistema jurídico bajo ningún respecto en el juicio oral.

En esta tarea no me parece esperable que sean las partes quienes introduzcan mayores niveles de racionalidad en la materia. Esperaría sí que los distintos intervinientes del sistema pudieran aprovechar argumentos como los que he desarrollado para debatir, pero por otro lado tengo claro desde una perspectiva realista que son ellos quienes han llevado al sistema a admitir estos informes con el propósito de favorecer sus respectivos casos. Es por eso que me parece que los jueces de garantía son quienes debieran cumplir un rol central en evitar que este tipo de informes ingresen a juicio, para lo cual debieran ejercer sin complejos las facultades que el CPP les ha conferido a la hora de filtrar la prueba que se intenta presentar en la APJO. Espero haber aportado en este trabajo con la aclaración de los aspectos jurídicos que les permitan justificar la no admisión de esta prueba.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRREZABAL, Maite, "La imparcialidad del dictamen pericial como elemento del debido proceso", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 38 N° 2, 2011, pp. 371-378.
- ALVARADO, Adolfo, *La prueba judicial*, Librotecnia, Santiago, 2009.
- BAYTELMAN, Andrés, "El juicio oral" en Carocca, Alex *et al.*, *Nuevo proceso penal*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 2000, pp. 227-282.
- BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, Valetta Ediciones, Buenos Aires, 2002.
- BINDER, Alberto, *El incumplimiento de las formas procesales*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- BLANCO, Rafael *et al.*, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, LexisNexis, Santiago, 2005.
- BOFILL, Jorge, "Preparación del Juicio Oral", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29 N° 2, 2002, pp. 273-281.
- CAFFERATA, José y Hairabedián, Maximiliano, *La prueba en el proceso penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.
- CARRASCO, Felipe, *La prueba en el nuevo proceso civil*, El Jurista Ediciones Jurídicas, Santiago, 2012.
- CAROCCA, Alex, *Manual del nuevo sistema procesal penal chileno*, LegalPublishing, Santiago, 2008.
- CASARINO, Mario, *Manual de derecho procesal: derecho procesal civil tomo IV*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- CASTRO, Javier, *Introducción al derecho procesal penal chileno*, LegalPublishing, Santiago, 2008.
- CERDA, Rodrigo, *Manual del nuevo sistema de justicia criminal*, Librotecnia, Santiago, 2005.
- CERDA, Rodrigo, "¿En qué casos se puede ofrecer e incorporar informes periciales escritos?" en Miranda, Manuel *et al.*, *Práctica de la prueba en el juicio oral*, Librotecnia, Santiago, 2012, pp. 213-216.
- CHAHUÁN, Sabas, *Manual de procedimiento penal*, LexisNexis, Santiago, 2007.
- COLOMA, Rodrigo, "Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno" en Coloma, Rodrigo (edit.), *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, LexisNexis, Santiago, 2003, pp. 5-34.
- COLOMA, Rodrigo y Aguero, Claudio, "Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41 N° 2, 2014, pp. 673-703.
- CORREA, Jorge, *La prueba en el proceso penal*, Thomson Reuters Puntotex, Santiago, 2011.
- DUCE, Mauricio, "Admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales: un modelo para armar en la jurisprudencia nacional", en Accatino, Daniela (edit.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, pp. 45-86.
- DUCE, Mauricio, "Derecho a confrontación y uso de declaraciones previas emitidas en un juicio previo anulado", en *Revista Política Criminal*, Vol. 9 N° 17, 2014, pp. 118-146.

- DUCE, Mauricio, *La prueba pericial*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2013.
- DUCE, Mauricio y Riego, Cristián, *Proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- ELLERO, Pietro, *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1994.
- FERRER, Jordi, "La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana" en Accatino, Daniela (edit.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, pp. 4-19.
- FUCHS, Andrés, *Proceso, prueba y verdad*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2011.
- GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcances de las prohibiciones de valoración Probatoria en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- HERMOSILLA, Francisco, *Apuntes sobre la prueba en el Código Procesal Penal*, Librotecnia, Santiago, 2006.
- HORVITZ, María Inés y López, Julián, *Derecho procesal penal chileno tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- JACKSON, John y Summers, Sara, *The internationalisation of criminal evidence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- JIMÉNEZ, Rolando, *Prontuario de derecho probatorio puertorriqueño*, Ediciones Situm, San Juan, 2010.
- MAIER, Julio, *Derecho procesal penal tomo III*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011.
- MATURANA, Cristián y Montero, Raúl, *Derecho procesal penal tomo II*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010.
- MITTERMAIER, Karl, *Tratado de prueba en materia criminal*, Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2011.
- MORENO, L., "Algunas consideraciones sobre el funcionamiento de la reforma procesal penal", en Decap, M. et al., *El modelo adversarial en Chile*, Legal Publishing, Santiago, 2013, pp. 67-218.
- PAILLÁS, Enrique, *Estudios de derecho probatorio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- QUEZADA, José, *Tratado de derecho procesal penal*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1994.
- RODRÍGUEZ, Ignacio, *Procedimiento civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
- RIOSECO, Emilio, *La prueba ante la jurisprudencia tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002.
- WEINSTEIN, Jack y Berger, Margaret, *Weinstein's evidence manual, student edition*, LexisNexis, Newark, 2003.