

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Castro Prieto, De Urresti, Edwards, Elizalde y Ossandón, sobre peritaje judicial.

El aumento constante y sistemático de la complejidad con la que se organiza nuestra sociedad se refleja consecuentemente en nuevas problemáticas para el Sistema Judicial, que enfrenta el desafío de resolver mediante procesos judiciales que involucran hechos y materias que resultan ser dominio exclusivo de especialistas y expertos, a los cuales deben recurrir los jueces para allanar dudas con miras a establecer resoluciones judiciales.

Esta función, como es sabido, se entrega a los peritos judiciales, cuyo trabajo atraviesa los más variados asuntos, convirtiéndose estos en un factor clave para el resultado de los procesos judiciales, ya la prueba pericial se ha vuelto rápidamente una herramienta relevante para el sistema.

Sin embargo, el marco legal que regula el trabajo pericial, ha dado pie a una serie de críticas, que van desde laxitud de las exigencias impuestas a quienes pueden fungir como peritos judiciales, pasando por la falta de rigurosidad técnica en la elaboración y validación de los informes emitidos por los peritos, el riesgo de transferencia indebida de jurisdicción hacia el perito (al dotársele muchas veces de un poder sin justificación ni precedentes), hasta la posibilidad de que la elaboración del informe pericial pretenda beneficiar a una de las partes, en perjuicio de la otra, cuestión que difícilmente deriva en sanciones, como por ejemplo se puede observar en improcedencia de inhabilitación de los peritos establecida en el artículo 48 de la ley 19.968 de Tribunales de Familia. Esto pareciera contradecir lo establecido por el Código de Procedimiento Civil, que determina la aplicabilidad para con los peritos “de las reglas de inhabilitación de los testigos como causales de implicancia y recusación establecidas para los jueces” (Bulnes y Vial: 2018).

Esta serie de problemas ha sido denunciada abundantemente desde diferentes espacios, entre los que destacan académicos de reconocida trayectoria¹, influyentes organizaciones de mundo económico, como el centro de arbitraje y mediación de la Cámara de Comercio de Santiago², ex ministros de Estado³, organizaciones de la sociedad civil que reúnen a denunciantes de irregularidades en el trabajo pericial⁴ y medios de prensa⁵, cuyos

¹ Mauricio Duce: “Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate” Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Magíster Universidad de Stanford.

² Boletín N° 6, enero 2018. Artículo: “La prueba pericial y el riesgo de transferencia indebida de jurisdicción”.

³ Felipe Bulnes Serrano es co-autor, junto a Gonzalo Vial, del artículo citado arriba.

⁴ Como la ONG “Renace Mujer, Familia y Sociedad”.

⁵ Ciper Chile: Tribunales de familia: las graves deficiencias del sistema de peritos (2016).

<https://www.ciperchile.cl/2016/08/30/tribunales-de-familia-las-graves-deficiencias-del-sistema-de-peritos/>

reportajes e investigaciones entregan valiosos datos a la discusión⁶. En particular, son las denuncias a algunos peritajes en Tribunales de Familia donde su abundancia y gravedad llama levanta alarmas.

Si bien el rango de influencia del trabajo pericial puede abarcar toda la esfera de procesos del Sistema Judicial, es importante hacer hincapié en la especial gravedad que implican sus deficiencias en el marco de los procesos a cargo de los tribunales de familia, pues en estos se determina muchas veces el destino de menores de edad que han atravesado por experiencias traumáticas, donde un fallo judicial basado en información imprecisa, errada o derechamente manipulada, puede profundizar el trauma. De la misma manera, una resolución basada en prueba pericial falsa o imprecisa, puede perjudicar gravemente a personas, generalmente mujeres, que han sido víctima de abuso o agresión por parte de sus parejas, cuando, por ejemplo, en orden a los informes periciales un juez desestima la pertinencia de medidas de alejamiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

A lo largo de la historia de la jurisprudencia occidental, tradición que adscribe el Sistema Judicial chileno, se observa que cada época ha tenido preferencias marcadas por un tipo de medio de prueba. *“Los cristianos de la edad media tenían una preferencia por las ordalías y los juramentos. El Ancien Régime desarrolló a la prueba documental y la confesión por medio de la tortura. Nuestra época tiene una predilección por la evidencia de expertos. Ciertamente la confesión, el testimonio, los documentos o el juramento continúan siendo utilizados, pero el medio de prueba que atrae la atención, responde a nuestras expectativas y levanta discusión es la evidencia experta”*⁷. Esto se debe, obviamente, a la preferencia contemporánea por los criterios de validación técnico científicos y el consecuente estatus de los expertos, que son objeto de una transferencia del valor simbólico que representa este paradigma, lo que deriva en el establecimiento a priori de altos niveles de confianza en sus observaciones.

Aunque el modelo técnico-científico opera guiado por sofisticados diseños procedimentales, cuyo objetivo, en este caso, es establecer la completa veracidad de la prueba, en la práctica se ha constatado con regularidad su carácter falible. Al respecto, Bulnes y Vial (2018) utilizan una tipología que describe los casos más comunes que pueden llevar a

⁶ Reportajes T13: Peritos judiciales sin regulación: Niños en peligro.
https://www.youtube.com/watch?v=cmailLxkCTCM&ab_channel=T13

⁷ Emmanuel Jeuland, citado por Mauricio Duce.

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000200223#fn5

la consagración de pruebas periciales deficientes: (i) **El error humano**, que puede acontecer por variadas circunstancias, como una equivocación en el levantamiento de datos, vacíos de conocimiento respecto del asunto del peritaje que son sustituidos por suposiciones falsas, o que, bajo la influencia de un estado afectivo intenso, tienda a registrar ciertas variables y a omitir otras. (ii) **Falta de objetividad del perito**, que puede estar determinada por prejuicios instalados por experiencias biográficas o su pertenencia a una organización que defienda determinados puntos de vista, entre otros. (iii) **Los sesgos**, que según la psicología pueden ser de orden consciente, inconsciente y selectivos. El sesgo inconsciente opera cuando un perito hace suyos intencionalmente las ideas de quien lo contrató. El inconsciente, en cambio, resultaría de la predisposición natural a ser diligente y servicial con quien lo contrata. Es sesgo de selección, ocurriría en los casos en que el perito es contratado no por sus conocimientos o experiencia, sino porque el marco teórico que defiende en su trabajo favorece el caso de quien lo contrata. (iv) **Abuso o infracción de los límites del encargo**, que ocurre el experto cuenta con una visión propia sobre el asunto procesal que le es consultado, pudiendo llegar a inclinarse en defensa de una de las partes a pesar de los antecedentes o pronunciándose sobre materias ajenas a su competencia.

Según indican recientes investigaciones que abordan los factores que conducen a errores del sistema de justicia, la incidencia del uso inadecuado de la prueba pericial resulta significativa, constituyendo, un área de riesgo que merece atención urgente. Lo anterior se sostendría en el hecho de que mientras aumenta la demanda de expertos que realicen pruebas periciales, y mientras no se actualice regularmente la normativa, aumenta la probabilidad de decisiones erróneas⁸.

En Chile, existe un debate sobre el error resolutorio a causa de la prueba pericial que se desarrolló incluso durante el régimen militar de facto. Señala Rafael Fontecilla: *“Un error pericial puede torcer los dictados del juez. Y es por eso que el magistrado debe obrar con la debida cautela antes de aceptar sus dictámenes”*. *“...y así, en la historia judicial se registran numerosos casos en que la justicia se ha desviado debido sólo a la ayuda de un cuerpo de peritos indoctos”*⁹. En la actualidad, autores como Castillo (2013), denuncian que la libertad para presentar peritajes en Chile, la incipiente fiscalización y control por parte de los intervinientes y jueces, así como la cultura institucional que opera como marco constituyente del hábito social dentro del sistema en que los peritos realizan su actividad, son elementos que hacen cuestionable su imparcialidad¹⁰. Al respecto, Duce sostiene que, a pesar de aquello, el problema no ha sido objeto de investigación empírica ni tampoco ha constituido una

⁸ Mauricio Duce, 2018: “Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate” Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Magíster Universidad de Stanford.

⁹ Fontecilla, Rafael (1978), p. 286

¹⁰ Castillo (2013), pp. 290-293

agenda sistemática con miras a una actualización regulatoria. Por ellos se recurre a fuentes de información diversas, con el fin de reconstruir un marco que permita visibilizar los errores comunes en el uso de la prueba pericial.

Proyecto Inocentes, de la Defensoría Penal Pública de Chile

Siguiendo la argumentación de Duce (2018) constatamos que existe abundante documentación sobre de resoluciones erradas, orientadas al menos en parte, por el uso de pruebas periciales.

La iniciativa “Proyecto Inocentes”¹¹ creada por la Defensoría Penal Pública de Chile en 2013, e inspirada en trabajos como el *Innocence Project* de Estados Unidos, busca sensibilizar sobre la ocurrencia de errores en procesos del sistema de justicia penal, además de instalar “nuevos desafíos para el sistema, mejorar prácticas, hábitos y rutinas de trabajo de los principales actores del sistema de justicia”¹². Para ello, se exponen casos concretos ocurridos en tribunales chilenos, constatando los errores cometidos y sugiriendo mejoras en situaciones puntuales de los procesos investigativos.

Según los datos entregados en su página web, en 2020 se contaban más de 33 mil casos de personas inocentes que estuvieron en prisión preventiva en los últimos 18 años. Por ejemplo, en 2020, el Tercer Juzgado Civil de Santiago ordenó la indemnización de dos jóvenes que en 20015 fueron detenidos en Tiltil, imputados por el robo con intimidación a una joyería, por lo que fueron internados provisoriamente en un centro de SENAME. Aquí, la resolución judicial determinó que hubo errores en la persecución penal que realizó el Ministerio Público.

Si bien se identifican varias causantes de errores en los procesos penales, pondremos el foco en el análisis en lo que el Proyecto Inocentes denomina Error Pericial o ciencia limitada, y que define así: “Esto se refiere a pericias que carecen de validación con estándares científicos o que no permiten la posibilidad de ser objeto de controles de calidad, a conclusiones de peritos que exceden las limitaciones de la técnica o a peritajes que establecen conclusiones basadas en errores técnicos¹³”. Aquí se plantean como ejemplos, tres tipos de casos; (1) Peritajes psicológicos que establecen la certeza de conclusiones sin base científica. (2) Peritajes de criminalística que establecen conclusiones sin estudios clínicos o de laboratorios comprobables. (3) Peritajes que omitieron protocolos de procedimiento o que

¹¹ <http://www.proyectoinocentes.cl/>

¹² <http://www.proyectoinocentes.cl/pag/5/353/introduccion>

¹³ http://www.proyectoinocentes.cl/pag/17/344/error_pericial_o_ciencia_limitada

omitieron análisis para establecer la validez de los resultados, cuestión que se explica por la falta de preparación técnica de los peritos.

Otro caso paradigmático de error pericial es el de Fernando Vásquez Mamani, quien en 2003 estuvo 60 días en prisión preventiva, acusado de tráfico de estupefacientes, lo que se justificó tras el análisis por parte de la policía de un polvo de talco para pies, que determinó que se trataba de pasta base de cocaína¹⁴.

Otro caso descrito, citado por Duce, es el de Alonso Etecheverría, quien estuvo en prisión preventiva durante 123 días, imputado como autor de abuso sexual contra un menor de edad. La acusación de la fiscalía se sostuvo en un peritaje psicológico de credibilidad respecto del relato de la víctima. Las pruebas presentadas durante el proceso permitieron desacreditar la versión del peritaje, que el tribunal consideró especialmente poco fiable, por contar con escaso rigor metodológico y ser “altamente incompleto y ambiguo¹⁵”.

Destaca también el caso de C.P.P.F, quien estuvo 220 días en prisión preventiva, como presunto autor de violación en contra de la hija de su pareja. La persecución de la fiscalía se basó en buena parte en el examen de un médico general que dijo haber encontrado signos que probaban la existencia del delito, cuestión contradicha por peritajes de especialistas, realizados dos días después del primero, lo que junto a la evidencia presentada durante el proceso llevó al tribunal a absolver al acusado, dejando constancia del procedimiento deficiente en el primer peritaje¹⁶.

El Proyecto Inocentes, además de recopilar y analizar casos, ha desarrollado una serie de propuestas para inyectar mejoras al sistema, algunas de las cuales pasan por llevar a la práctica nuevos procedimientos, mientras otras, requieren de reformas legales. En particular, son cuatro las mejoras propuestas: Crear un **registro de confesiones**, por medios electrónicos, cuyo objeto es contar con un control posterior, y así evitar que las interrogaciones a sospechosos permitan la obtención y uso de confesiones falsas, pues se considera que el artículo 91 del Código Procesal Penal, es insuficiente para impedir la obtención de confesiones falsas. **Modificación de procesos de identificación**, que se refiere al reconocimiento visual de los imputados por parte de testigos o víctimas. Se considera, que en Chile el riesgo de reconocimiento errado es alto, sin que exista previsión legal que garantice el respeto de los derechos y garantías del imputado. Por ello, se propone la creación de un Protocolo Interinstitucional de Reconocimiento de Imputados y la modificación del Código Procesal Penal, para reforzar la protección de víctimas, fortalecer la función del Ministerio Público y la acción policial y la operatividad del sistema de justicia penal¹⁷. En

¹⁴ http://www.proyectoinocentes.cl/casos/detalle/10/fernando_vasquez-mamani

¹⁵ http://www.proyectoinocentes.cl/casos/detalle/8/alonso-etcheverria_martinez

¹⁶ http://www.proyectoinocentes.cl/casos/detalle/26/c-p_p-f

¹⁷ http://www.proyectoinocentes.cl/pag/9/349/modificacion_a_procesos_de_identificacion

un sentido similar, se propone establecer el **Acceso y preservación de la evidencia**, establecer **mecanismos de corrección de errores judiciales** y **mecanismos de compensación en casos de error**.

Al respecto, cabría destacar la relevancia de la propuesta sobre el **mecanismo de revisión de errores judiciales**, pues actualmente, la Corte Suprema puede revisar las sentencias, con el fin de anularlas, siempre y cuando se den los requisitos en que la condena en cuestión se haya producida de forma fraudulenta o injusta, por lo cual el recurso de revisión es aplicable solo en determinados casos en que la nueva prueba determine por si sola la inocencia del imputado, haciendo sumamente restrictivo el uso del recurso.

Formación, certificación e institucionalidad de los peritos judiciales

Como ya se ha dicho, el marco regulatorio sobre la actividad pericial ha venido siendo flanco de numerosas observaciones críticas por parte de expertos y actores vinculados al Poder Judicial. En particular, son objeto de estas observaciones los requisitos exigidos a quienes fungen en funciones periciales, tanto para aquellos en las nóminas del Poder Judicial, como para aquellos que prestan servicios desde el ámbito privado.

Se suma a lo anterior, la dispersión existente en la administración de los registros de peritos, donde cada órgano del Poder Judicial mantiene un registro independiente, sin existir, por lo tanto, un registro unificado.

En cuanto a la robustez institucional, no existen instancias de fiscalización de la actividad pericial.

Para los peritos judiciales que, siendo contratados ejercen funciones en los distintos organismos pertenecientes al Poder Judicial, el modelo de reclutamiento se realiza por medio de postulaciones abiertas o licitaciones. En el caso de las **postulaciones abiertas por Las Cortes de Apelaciones** en las distintas especialidades para el periodo bienio 2020-2021, los requerimientos básicos fueron *“contar con una experiencia mínima de 5 años para las especialidades de carreras profesionales, y una experiencia de 3 años para las carreras técnicas”*¹⁸, además de la documentación que acredita su formación profesional e identidad, complementado por un currículum vitae ordinario.

En el caso de los registros de **peritos independientes que prestan servicios al Poder Judicial**, existen portales online, en los cuales basta con ingresar los datos y la documentación básica requerida. De esta forma, los inscritos son susceptibles de ser llamados

¹⁸ Poder Judicial, <https://www.pjud.cl/post/peritos>

para efectos de contratación o comparecencia en tribunales, como es el caso de la **Defensoría Penal Pública**, que modificó su portal de registro para personas naturales y jurídicas el año 2021, expresando: *“El portal está abierto a quienes de forma voluntaria manifiesten su interés y disposición para pertenecer a este registro y, eventualmente, si se cumplen los presupuestos que la Defensoría determine, ser contratados para la prestación de servicios de peritajes.”*¹⁹

Finalmente, para el caso de **quienes cumplen funciones periciales en procesos judiciales ejerciendo la práctica privada**, estos son contratados directamente por una de las partes, previa entrega de los antecedentes mínimos ya mencionados que dan fe de su formación disciplinaria. Así, en el **artículo 45 de la ley 19.968** se expresa sobre la procedencia de la prueba pericial, que: *“Las partes podrán recabar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar que éstos sean citados a declarar a la audiencia de juicio, acompañando los antecedentes que acrediten la idoneidad profesional del perito.”*

En cuanto a la **administración del registro** de las personas naturales autorizadas para fungir como peritos judiciales, tanto públicos como privados, estos se encuentran repartidos en los distintos órganos del poder judicial, generalmente separados por región en cada uno de ellos. El actual modelo administrativo, sí cumple con la función exigida por la ley de transparentar el registro, pero no ofrece las herramientas necesarias para ejercer, por lo menos, el monitoreo y la fiscalización del correcto trabajo de los peritos.

Responsabilidad individual de los peritos: actualmente, la sociedad es cociente de la enorme responsabilidad que cae sobre los encargados de realizar el peritaje judicial y de la prueba pericial que se deriva de ello, instrumento que otorga al juez el conocimiento especializado, objetivo e imparcial, sobre el que sustenta el dictamen. De esta forma, la responsabilidad del fallo, no recae exclusivamente en el juez, sino también en el especialista consultado en la materia atinente al proceso.

Es por ello que algunos países, en la vanguardia legislativa internacional, han establecido **mecanismos jurídicos para realizar reclamaciones por la responsabilidad de los peritos en errores judiciales**. Es así que Francia y Estados Unidos, por ejemplo, contemplan en su jurisprudencia la posibilidad de establecer reclamos por daños causados a razón de un dictamen pericial incompleto, inadecuado, insuficiente o parcial en favor de una de las partes²⁰.

Normativa de la República Federal de México:

¹⁹ http://www.dpp.cl/sala_prensa/noticias_detalle/11125/defensoria-presenta-nuevo-portal-de-registro-de-peritos

²⁰ http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-00992018000300206

Abraham Amiud Dávila Rodríguez, Cir. gen vol.40 no.3 Ciudad de México jul./sep. 2018

Según el recién citado, Abraham Dávila, Asesor Legal de la AMCG. Abogado, Director de la firma Medical Legal Center, existen dos **tipos de responsabilidad** atribuibles al trabajo judicial de los peritos.

La **responsabilidad civil**: *“el perito será responsable de los daños, materiales y morales, y los perjuicios que su actuación cause a las partes o a terceros por la falta de la diligencia que le es exigible en la realización de un peritaje. Se trata de los supuestos en que los daños y perjuicios sean consecuencia de la culpa, negligencia o ignorancia inexcusable en el reconocimiento o en el acto de emisión del dictamen. Estamos pensando en la pérdida del objeto confiado para el examen o el deterioro del mismo, la realización del reconocimiento sin el debido cuidado o la elaboración del dictamen incurriendo en error manifiesto o inexcusable”*.

Este tipo de responsabilidad implica la generación de un daño, lo cual está establecido en la normativa mexicana de la siguiente forma:

*“**Artículo 1910.** El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.*

***Artículo 1915.** La reparación del daño debe consistir, a elección del ofendido, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios (...)*

***Artículo 1916.** Por daño moral, se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien, en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código. La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida (...)*

***Artículo 1916 Bis.** No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información en los términos y con las limitaciones de los artículos 6. o y 7. o de la Constitución General de la República.*

En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta. En ningún caso se considerarán ofensas al honor las opiniones desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional. Tampoco se considerarán ofensivas las opiniones desfavorables realizadas en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho cuando el modo de proceder o la falta de reserva no tenga un propósito ofensivo.”²¹

Responsabilidad penal: Podemos definir la responsabilidad penal del perito como la obligación de responder penalmente al cometer conductas delictivas en el ejercicio de su profesión, que se van a traducir en una sanción penal consistente con los delitos en que se haya incurrido, derivada en una multa, una pena privativa de la libertad y la suspensión o inhabilitación para su ejercicio profesional.”²². Así, el **Artículo 228 del Código Penal Federal** de México lo establece de la siguiente forma:

“Artículo 228. Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso:

I. Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia; y

II. Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos.”²³

De forma complementaria, el Código Penal Federal en los Artículos 178, 222, 247 y 247 bis, establece las **conductas delictivas que el perito puede cometer en el ejercicio de su trabajo** y se tipifican como desobediencia y resistencia de particulares, cohecho y falsedad en declaraciones judiciales, respectivamente.

Sobre el peritaje psicológico

²¹ Código Civil Federal de México

²² Abraham Amiud Dávila Rodríguez, Cir. gen vol.40 no.3 Ciudad de México jul./sep. 2018

²³ Código Penal Federal de México

Un estudio publicado el 2005²⁴, donde se evaluó el sistema acusatorio en procesos de delitos sexuales, permitió dar cuenta de las partes en la audiencia de un juicio oral cuentan generalmente con una escasa capacidad para cuestionar debidamente la metodología utilizada en los peritajes, al igual que la idoneidad de los expertos, así como sus opiniones y conclusiones. Cuestión similar se concluyó sobre la capacidad de los jueces para analizar el contenido de los peritajes.

Se suma a lo anterior las deficiencias detectadas en la formación técnica de los peritos psicológicos, especialmente en delitos sexuales, la falta de estandarización procedimental y metodológica, cuestión que lleva al uso de instrumentos de análisis sin validación legal y a la elaboración recurrente de informes deficientes.

Otros estudios posteriores dan cuenta de mejoras al sistema, también evidencian la persistencia de los problemas mencionados, cuestión que puede explicarse por la tendencia poco clara en la jurisprudencia para establecer controles estrictos sobre la prueba pericial.

Desde el mundo académico, se ha desarrollado una posición sobre la evaluación psicológica forense²⁵, que establece que incluso los mejores instrumentos de evaluación disponibles no son propiamente pruebas estandarizadas, sino guías estructuradas de análisis, siendo que no constituyen reglas de decisión claras ni factores determinantes que determinen la veracidad de una declaración o la correcta proyección de la probabilidad de incidencia. Menos aún, “existe una ponderación de cada uno de los criterios en el valor total de la prueba²⁶”. Ahora bien, para que el sistema responda con éxito a ésta dificultad, en parte metodológica y en parte epistemológica, es necesario que los peritos y evaluadores estén convenientemente formados y que operen sobre una plataforma procedimental que establezca certezas mínimas, al mismo tiempo que evite sesgos y manipulaciones.

Sin embargo, la poca regulación en torno a la labor pericial, y en particular sobre la labor de los peritos psicológicos, hace improbable subsanar las actuales limitaciones, sin que se discuta en profundidad la normativa y se ejecuten modificaciones oportunas.

En cuanto a la práctica pericial privada, se asume que el riesgo de parcialidad es mayor que en la práctica dentro del sistema público, pues son seleccionados y pagados por una de las partes involucradas en el proceso, sin mediar un criterio objetivo (más allá de la opinión del juez) que permita establecer la calificación técnica del perito. Tal limitación se refleja en las instituciones privadas que imparten capacitación, que al no deber responder a

²⁴ Casas y Mera (2004), pp. 140-165

²⁵ Echeburúa, Muños y Loinaz, 2011 “la evaluación psicológica forense frente a la evaluación clínica: propuestas y retos de futuro”

²⁶ IDEM.

normas de acreditación ni a un programa formativo determinado, operan, muchas veces, muy por debajo del mínimo deseable, aportando escasamente al mejoramiento del sistema.

Problemas similares se han identificado en las agencias del sistema público, como el SML, donde se ha podido observar importantes falencias en los peritajes, derivadas muy probablemente de la falta de especialización de parte de los expertos en las materias sobre las que se les consulta, la sobrecarga de trabajo, falta de estandarización en los procesos formativos y las consecuentes dilación en la producción de informes²⁷.

Un problema relevante, que se atribuye al modelo procedimental, recae sobre los menores que son eventuales víctimas en denuncias de abuso sexual. El actual sistema, con el fin de evitar acusaciones falsas por su parte motivados por la influencia de un adulto, es sometido a exámenes físicos y psicológicos reiterados y agotadores. Tras lo cual, una vez en el juicio oral, es posible que deba enfrentar a los peritos contratados por la parte acusada, su posible agresor, reactivando el trauma. Casos de este tenor son comunes en Tribunales de Familia.

Sobre el peritaje en Tribunales de Familia

Tras la implementación de la ley que crea los Tribunales de Familia en 2005²⁸, la demanda del sistema por peritajes psicológicos ha ido en alza, mientras estos profesionales han adquirido un rol central en el funcionamiento de dichos tribunales, siendo sus opiniones un factor clave para la determinación de los jueces, ya sea para determinar la idoneidad de los padres para convivir con los hijos, como para indicar la existencia de abuso o violencia.

Tal como se ha venido diciendo en el marco general, la regulación de los peritos que intervienen en casos de familia es débil, y para algunos casos, inexistente. Como resultado de la alta demanda por esta clase de peritos, el sistema público se ha visto ampliamente sobrepasado, debiendo recurrir cada vez con mayor frecuencia a peritos privados. El mercado ha respondido a esa demanda por medio de la creación de centros de capacitación ajenos a la exigencia de certificaciones, produciendo técnicos cuya formación resulta cuestionable, pero que acceden a buenas remuneraciones. Esto se refleja en la detección de varias irregularidades que incluso burlan la escasa normativa.

Sobre este asunto, destaca la investigación del medio electrónico CIPER (2016) que arrojó resultados que dan cuenta de la debilidad y permeabilidad del sistema, identificando

²⁷ <https://www.ciperchile.cl/2013/10/28/la-dolorosa-ruta-judicial-que-recorren-los-ninos-abusados-sexualmente/>

²⁸ Ley n° 19.968.

falsificación de antecedentes académicos y malas prácticas recurrentes en empresas dedicadas a proveer de peritos psicológicos a Tribunales de Familia.

Una de ellas es el Centro de Diagnóstico y Tratamiento Nova Sum, sobre el que pesan reclamos recurrentes que es utilizado como ejemplo por litigantes y peritos judiciales para dar cuenta de las falencias del sistema. Llama la atención que uno de sus socios fundadores, Andrés Aldunate, figure en el registro de peritos de la Corte de Apelaciones como psicólogo y candidato a magíster, siendo que, según la investigación de CIPER, había cursado solo tres ramos del posgrado y antes de postulación como perito ya había sido eliminado del registro académico del magister. Los reclamos en su contra se suman: no graba las entrevistas y recomienda los tratamientos que ofrece su empresa. En sus informes sobre distintas causas se detectan párrafos íntegramente copiados.

Otro perito cuestionado, identificado por CIPER, es Carolina Alarcón, quien figura en el registro como psicóloga clínica. Alarcón cursó estudios de en México y nunca los acreditó en Chile. Información obtenida desde la Secretaría de Educación del Estado de Colima, en México, da cuenta, de hecho, que no llegó a titularse.

Francisco Maffioletti, académico del magíster de Psicología Jurídica y Forense de la Universidad Diego Portales, también perito, relata las debilidades del sistema: “Hoy día un perito puede realizar un trabajo para el tribunal sólo por el hecho de ser profesional del área. Cualquier psicólogo puede ser llamado a un juicio como perito. No se lo puede inhabilitar, pero, ¿cuál es la formación necesaria, además del título de pregrado, desde el punto de vista legal? Ninguna²⁹”.

Si bien la norma indica que no puede inhabilitarse un perito, si permite que durante la audiencia se pueda interrogar al perito para determinar su conocimiento e idoneidad, entre otros factores clave³⁰. Aunque esta herramienta podría actuar como filtro, en la práctica ocurre de forma excepcional. Un Informe encargado por Centro de Estudios de Justicia de las Américas (2010) estableció que en ninguna de las audiencias observadas se discutió la idoneidad de los peritos intervinientes³¹.

Dentro de las inconsistencias que más llaman la atención en la práctica pericial psicológica en Tribunales de Familia se encuentra el uso de categorías de diagnóstico sin validación médica ni judicial, asunto en que destaca la polémica en torno al **Síndrome de Alienación Parental**, que se define como la conducta de denigración por parte de uno de los

²⁹ <https://www.ciperchile.cl/2016/08/30/tribunales-de-familia-las-graves-deficiencias-del-sistema-de-peritos/>

³⁰ Ley de Tribunales de Familia y la Resolución Exenta N° 8.083 del SML

³¹ abogados Claudio Fuentes Maureira, Felipe Marín y Erick Ríos, de la Universidad Diego Portales (2010)

padres sobre la opinión que tiene el hijo sobre el otro progenitor, con el objetivo de obstaculizar la relación directa y regular entre ellos.

Se ha pretendido, en Chile y en otros países, incorporar éste concepto bajo la categoría de “síndrome”, con el objetivo de darle un status médico-jurídico, e influenciar de esta manera la toma de decisiones en las disputas por custodia de los hijos en los procesos llevados en tribunales de familia.

Existe actualmente una controversia internacional en el campo médico-jurídico en torno al uso del fenómeno de “alienación paterna” como objeto de peritaje psicológico en procesos de disputa por la custodia de menores, la cual, observamos, está lejos de estar resuelta. Muy por el contrario, levanta polémicas en todos los países donde se ha discutido su incorporación como medio probatorio.

Teniendo en cuenta lo anterior, llama la atención de que, en Chile, su uso en procesos judiciales como los mencionados, por parte de los especialistas en peritajes psicológicos, se realice sin haber abordado la discusión legislativa que merece previamente a su incorporación en esta delicada etapa de los procesos que determinan la custodia de los hijos.

En 2017, Ciudad de México derogó el Artículo 323 de su código civil que incluía el estatus jurídico del Síndrome de Alienación Parental, argumentando la comisión investigadora que es inapropiado llamar síndrome a ésta conducta “síndrome”, ya que carece de sustento científico, además de tal figura jurídica desconoce a los menores como sujetos plenos de derecho, y por afectar desproporcionadamente a las mujeres, considerándose una forma indirecta de discriminación.

Al día de hoy, las organizaciones internacionales especializadas en el tema insisten en que el Síndrome de Alienación Parental no constituye una entidad médica ni clínica. Entre tales organizaciones están: Organización Mundial de la Salud, Asociación Americana de Psiquiatría, Asociación Mundial de Psiquiatría y la Asociación médica americana.

Por otro lado, las recientes reafirmaciones del concepto resultan espurias. Es así como la Real Academia de Medicina lo incluyó en su diccionario de maltrato infantil. A similares conclusiones llegaron las Cortes Supremas de Chile, junto a Brasil, Colombia, Países Bajos, Finlandia y Nueva Zelanda, mientras que Estado argentino ha cuestionado recientemente su utilización.

A pesar de que Chile no reconoce la jurisprudencia del Síndrome de Alienación Parental, desde 2007 se viene considerando extra oficialmente a la hora de dictar sentencias, quedando la decisión a criterio del Juez.

De esta forma, el uso actual del concepto violaría el principio de precautorio al utilizar una figura que carece de consenso científico y jurídico.

Con todo lo expresado, es coherente advertir sobre el riesgo que corre sobre la premisa del interés superior de menores y adolescentes, quienes se ven sometidos a una larga lista de acciones que profundizan su experiencia traumática.

PROYECTO DE LEY

ARTICULO 1

a) Perito: Persona que tiene conocimiento especial y comprobado en una ciencia o arte u oficio y asesora sobre ciertos puntos litigiosos o que son objeto de una investigación.

b) Psicólogo Forense: Todo aquel profesional que en cumplimiento de instrucciones provenientes de un Órgano de la Administración de Justicia o de Investigación emite un informe especializado del área de la salud mental, conforme a la metodología exigida en la ley y los reglamentos pertinentes.

c) Peritaje Salud Mental: Proceso evaluativo que realiza un profesional del área de salud mental, a solicitud de una Institución competente del sistema de justicia, para fines de aclarar alguna materia o hecho que dicha autoridad estima relevante.

d) Peritaje Psicológico: Proceso evaluativo desarrollado según la metodología contenida en esta norma que realiza un psicólogo, a solicitud de una institución competente del sistema de justicia, cuyo objetivo es evaluar estados emocionales, relaciones vinculares, capacidades cognitivas y estructura de personalidad, para fines de aclarar alguna materia o hecho que dicha autoridad estima relevante.

e) Informe Pericial: Documento médico legal desarrollado en función de la metodología contenida en esta norma que contiene los resultados de la evaluación de un perito y la descripción del proceso pericial realizado, como parte de un requerimiento de los órganos jurisdiccionales o de investigación. Texto descriptivo y analítico, consistente y coherente, que de modo racional, permite fundamentar, articular y sustentar en forma clara las conclusiones finales, las que a su vez responderán las preguntas médico-legales del solicitante.

En caso que al solicitante o a una de las partes litigantes le surjan dudas respecto de las conclusiones de un informe pericial, podrá solicitar una ampliación o aclaración de éste. En caso de llegar a comprobarse deficiencias en el Informe Pericial, el solicitante o cualquiera de las partes involucradas podrá exigir la anulación del informe.

f) Instrumentos del peritaje: Metodología y técnicas, indicadas en la actual normativa, de las cuales se debe valer el perito para la realización de las pericias y que deben estar sustentadas en principios científicamente validados, lo cual implica estar a la altura del escrutinio científico, tener un reconocimiento general por la comunidad científica y contar con evidencia empírica que demuestre su potencial rango de precisión y error, cuestiones que deben estar descritas en el informe pericial.

ARTICULO 2

El informe pericial no podrá emitir conclusiones extensivas o no atinentes a lo solicitado.

No podrán ser categóricos en la formulación de las conclusiones médico-legales, ya que la psiquiatría, así como la psicología forense y las ciencias sociales no son ciencias exactas, por lo cual solo se deben emitir conclusiones que cuenten con suficiente respaldo técnico y/o científico a partir de los antecedentes recopilados durante el proceso pericial, los cuales deben estar convenientemente descritos en el informe pericial.

Si dicho informe excede en lo solicitado, no se tendrá en consideración por el juez para efecto de su resolución y fallo.

ARTÍCULO 3

Modifíquese la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, en los siguientes términos:

1) Reemplaza el artículo 45, inciso primero, por el siguiente: “Procedencia de la prueba pericial. Las partes podrán recabar informes elaborados por peritos debidamente certificados y que cuenten con el conocimiento en la especialidad del tema que se somete a peritaje, y solicitar que éstos sean citados a declarar a la audiencia de juicio, acompañando los antecedentes que acrediten la idoneidad profesional del perito los cuales serán sujetos a un examen de admisibilidad efectuado por el juez quien determinará su participación en el proceso judicial.”

2) Reemplaza el artículo 47, inciso primero, por el siguiente: “Admisibilidad de la prueba pericial y remuneración de los peritos. El juez admitirá la prueba pericial cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, establezca que los peritos cumplen con las exigencias descritas en el artículo 45 de esta ley. Con todo, el tribunal podrá limitar el número de peritos, cuando resultaren excesivos o pudieren entorpecer la realización del juicio.”

3) Reemplaza el artículo 48, por el siguiente: “Sobre la inhabilitación de los peritos. Los peritos podrán ser inhabilitados cuando se comprueben deficiencias y/o irregularidades en su peritaje que impacten en lo resolutivo del fallo. Para ello, durante la audiencia el tribunal y las partes debidamente representadas, podrán dirigírseles preguntas orientadas a determinar su objetividad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones. Las partes o el juez podrán requerir al perito información acerca de su remuneración y la adecuación de ésta a los montos usuales para el tipo de trabajo realizado. La inhabilitación

podrá ser requerida por las partes o decretada por el juez, quien determinará si procede. Para ello, se podrá solicitar la asesoría del Servicio Médico Legal, quien emitirá informe al tenor de los antecedentes que le sean aportados.