

**Mauricio Duce J.**

Profesor Titular, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales  
Correo electrónico: mauricio.duce@udp.cl

# Condena de inocentes y litigación en juicio oral:

## Resultados de una investigación empírica sobre reconocimientos oculares y prueba pericial

Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto Fondecyt Regular N° 1150073 “Errores de la justicia penal: investigación empírica y dogmática sobre sus causas en nuestro país y recomendaciones para evitarlos”; Investigador Responsable: Mauricio Duce. El autor agradece el valioso apoyo realizado en la edición final de este texto por el ayudante del proyecto Ricardo Lillo.

### Resumen

La investigación sobre factores que explican la condena de inocentes muestra que los reconocimientos oculares erróneos y el uso de prueba pericial de baja calidad tienen una incidencia importante en los mismos. Una estrategia para prevenir y disminuir esos riesgos es mejorar la calidad de litigación en juicio sobre dicha prueba de manera que el tribunal pueda resolver con más y mejor información. El trabajo presenta los resultados de una investigación empírica exploratoria sobre las prácticas en los juicios orales en la región metropolitana de Santiago de Chile, que muestran que aún estamos lejos de un óptimo y sugiriendo la necesidad de reforzar procesos de capacitación en la materia.

### Introducción

Es probable que no haya ningún sistema de justicia criminal en el mundo que pueda impedir que en algunos casos se cometan errores o se condenen a personas inocentes. Pretender lo contrario sería ilusorio. La justicia criminal forma parte de un sistema muy complejo, en el que los factores que podrían explicar problemas de funcionamiento son diversos. Además, todos los sistemas judiciales suelen presentar limitaciones estructurales para el esclarecimiento de la verdad. Por lo mismo, la posibilidad de equivocarse es una variable con la que se debe convivir.

Hoy sabemos que estos errores son más frecuentes que lo que intuitivamente se cree. Esto ha hecho que el estudio del problema de un tipo de error, tal vez el más grave como es el de la condenas de inocentes, haya adquirido una enorme relevancia en el ámbito comparado. En efecto, tanto en el mundo anglosajón como en el europeo continental el tema es objeto de creciente investigación académica<sup>1</sup>. Uno de

<sup>1</sup> La literatura que da cuenta acerca de la investigación académica en la materia es muy extensa. Cito a modo ejemplar dos libros recientes que contienen capítulos con

los aspectos que ha generado un mayor número de estudios ha sido la identificación de los factores que aumentan la probabilidad de generar condenas de personas inocentes<sup>2</sup>. En la literatura más tradicional, construida sobre el análisis de casos de condenas erróneas acreditadas, parece haber un acuerdo importante en que los principales factores que incidirían en su producción serían seis. Estos incluirían: (1) problemas con la identificación ocular de imputados por parte de víctimas y testigos; (2) uso de prueba pericial de baja confiabilidad y calidad; (3) uso de confesiones falsas; (4) uso de testigos mentirosos o poco confiables; (5) mal trabajo de las agencias de persecución penal; (6) inadecuada representación legal de la persona condenada.

La literatura más reciente en los Estados Unidos plantea como un problema de esta investigación tradicional un potencial sesgo al establecer vínculos de causalidad a partir de estudios de casos en que hubo exoneración. Con todo, nuevas metodologías de análisis ratifican que los seis factores mencionados aumentan la probabilidad de error del sistema<sup>3</sup>,

.....  
 investigación y análisis comparado del problema, incluyendo países como Alemania, Canadá, España, Estados Unidos, Holanda, Inglaterra, Italia, Israel, Polonia y Suiza. Véase: Huff, R., Killias, M. (Ed.) (2010). *Wrongful conviction: international perspectives on miscarriages of justice*. Philadelphia: Temple University Press; Huff, R., Killias, M. (Ed.) (2013). *Wrongful convictions and miscarriages of justice: causes and remedies in North American and European criminal justice systems*. New York: Routledge. Esta preocupación ha llegado a latitudes lejanas como es el caso de China. Véase: Jiahong, H. (2016). *Back from the dead: Criminal justice and wrongful convictions in China*. Honolulu: University of Hawai'i Press. Como se puede apreciar, estos trabajos muestran que se trata de una preocupación que va mucho más allá de los sistemas de la tradición anglosajona.

- 2 La literatura con investigación empírica en la materia es muy extensa. Uno de los textos que más recomiendo para quienes quieran iniciar el estudio de este tema y que realiza un estudio detallado de casos, incluyendo el estudio de los antecedentes y transcripciones de los primeros 250 casos exonerados por el *Innocence Project* de los Estados Unidos, es: Garret, B. (2011). *Convicting the innocent*. Cambridge: Harvard University Press.
- 3 A partir de esta crítica se ha desarrollado una interesante línea de investigación empírica en la que se ha trabajado en forma paralela con casos de condenas erróneas y casos denominados "near misses" (que podrían ser traducidos como casos cerca de errores o en los que casi se produce un error). La

pero han agregado nuevos elementos a considerar que también tendrían un peso relevante tales como: la cultura punitiva del Estado respecto en donde se condena al inocente o la existencia de antecedentes penales previos del condenado, entre otros.<sup>4</sup>

Más allá de estos matices, pareciera existir un acuerdo importante que en los casos de condenas erróneas se da la concurrencia de varios factores al mismo tiempo y no sólo uno. En esta dirección, Simon (2012) sostiene que las condenas de inocentes se explicarían como consecuencia o conjunción de problemas que se presentan de manera simultánea. Además, dentro de los factores, todas las investigaciones destacan la enorme incidencia que tendrían los reconocimientos oculares y el uso inadecuado de prueba pericial en la condena de inocentes.

Conocer mejor la dinámica y los factores que llevan a la condena de inocentes es importante para diseñar estrategias de prevención y minimización de los errores, lo que sí parece un objetivo razonable de alcanzar para cualquier sistema de justicia penal. En este contexto, el trabajo se propone identificar las prácticas de litigación en juicio oral en materia de reconocimientos oculares y prueba pericial para

.....  
 particularidad de estos últimos es que el sistema fue capaz de discriminar, antes de la condena, la inocencia del imputado. La idea de estas investigaciones es verificar qué ocurre en casos donde los sistemas de justicia criminal tuvieron la posibilidad de darse cuenta de los errores antes de una condena y compararlos con aquellos en que eso no ocurrió.

- 4 La investigación principal en esta nueva línea de trabajo es un estudio financiado con fondos del National Institute of Justice de los Estados Unidos cuyos resultados fueron publicados en marzo de 2013. El estudio involucró el análisis de 460 casos (260 de condena de inocentes y 200 de cerca de error) producidos entre los años 1980 y 2012. Los resultados pueden verse en: Gould, J., Carrano, J., Leo, R., Young, J. (2013). *Predicting erroneous convictions: a social science approach to miscarriages of justice*. Recuperado el día 22 de junio de 2017, <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/241389.pdf>. Una versión reducida producida como un texto académico en: Gould, J., Carrano, J., Leo, R., Hail-Jares, K. (2014). *Innocent defendants: divergent cases outcomes and what they teach us*. En: Zalman, M., Carrano, J. (Ed.), *Wrongful Conviction and Criminal Justice Reform* (pp. 73-89). New York: Routledge.

determinar la influencia que ellas podrían tener en favorecer decisiones erradas de los tribunales. Para estos efectos, presento brevemente la evidencia que existe en el ámbito comparado sobre estos factores y luego los resultados de una investigación empírica que he realizado en Chile destinada a indagar si las prácticas de litigación en juicio oral en ambas materias permiten hacer un control de calidad intenso de esa prueba que minimice los riesgos de decisiones equivocadas de parte de los tribunales.

Esta última se trata de una investigación de corte empírico cualitativo basado centralmente en la opinión de un número importante de informantes expertos del sistema procesal penal chileno. Estas opiniones fueron obtenidas por medio de entrevistas semi-estructuradas efectuadas a un total de 62 actores del sistema de justicia penal de la región metropolitana de Santiago realizadas entre los meses de mayo de 2015 y noviembre de 2016, incluyendo a abogados privados (6), defensores penales públicos (8), fiscales del Ministerio Público (13), jueces de garantía (9), jueces de tribunales orales en lo penal (9), policías (10) y peritos (7). Además, esa información ha sido complementada al recurrir a otros estudios empíricos exploratorios realizados por estudiantes de magíster cuyas tesis han sido dirigidas por mí precisamente en apoyo a mi investigación central y que citaré en su oportunidad. Como el lector podrá apreciar, los resultados de estas investigaciones dan cuenta de importantes problemas y defectos de litigación que muestran que en Chile nos exponemos más de lo que creemos a la posibilidad de condenas erróneas.

Para el logro de los objetivos planteados, divido el presente trabajo en dos capítulos además de esta introducción y unas breves conclusiones. En el capítulo primero analizo la información referida a la prueba de reconocimientos oculares. En el segundo incluyo el análisis de la prueba pericial. Finalizo con breves reflexiones orientadas a proponer soluciones al problema identificado.

## 1. Los reconocimientos oculares y su litigación en juicio oral<sup>5</sup>

### 1.1. La investigación comparada

Los estudios científicos comparados dan cuenta de un importante consenso en que la confiabilidad y precisión de los reconocimientos es mucho más limitado que lo que intuitivamente se pudiera pensar, tanto en ruedas de personas, fotografías, como en exhibiciones<sup>6</sup>. Así, la investigación empírica disponible da cuenta de que un porcentaje importante de identificaciones que se realizan son erróneas y, por lo mismo, eso lleva tanto a los órganos de persecución penal como a los tribunales a tomar decisiones equivocadas. Por ejemplo, un análisis de estudios realizados en Estados Unidos e Inglaterra sobre la base de la revisión de una cantidad significativa de procedimientos de reconocimiento en rueda, da cuenta de resultados muy consistentes donde, en promedio, en un 21% de los casos se escoge a una persona que integra la rueda en calidad de “cebo” o “relleno”, es decir, que se sabe es inocente (lo que se denomina como un “falso positivo”)<sup>7</sup>. De acuerdo a Simon (2012), similares datos arrojan estudios que incluyen no

5 Un análisis detallado y en extenso sobre esta materia con los resultados de mi investigación en otras etapas de desarrollo de funcionamiento del sistema de justicia penal puede verse en: Duce, M. (2017). Reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora. *Revista Política Criminal*, vol. 12 (23), pp. 291-379.

6 Un resumen excelente de la investigación científica en la materia puede ver se en: National Research Council (2014), *Identifying the culprit: assessing eyewitness identification*. Washington D.C.: The National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine.

7 De acuerdo a Wells, Greathouse y Smalarz (2012), en estas mismas investigaciones un promedio de 33% no escoge a un sospechoso de la rueda. Dicho comportamiento no puede estimarse como error ya que no es posible determinar si no se escogió a alguien porque el verdadero autor no estaba en la rueda o simplemente debido a que estando ahí no fue reconocido. Eliminados estos de la muestra, el porcentaje de elección de personas inocentes (cebos o rellenos) se eleva a 33%, es decir, uno de cada tres casos. El porcentaje promedio de elección de la persona sospechosa en estos mismos estudios es de 47%, aún cuando eso no significa que la persona identificada sea necesariamente el verdadero autor.

sólo reconocimientos reales sino que también meta análisis de estudios experimentales. En este último contexto se ha podido ensayar la composición de ruedas donde el autor no se encuentra presente, de manera de simular lo que ocurre con muchos procedimientos reales del sistema de justicia criminal. Según Simon (2012), los resultados en este escenario arrojan que en un 48% de los casos las víctimas o testigos igualmente escogen a alguien que por definición se sabe es una persona inocente. En consecuencia, considerando que en la práctica un porcentaje de las ruedas se estructuran sin los verdaderos autores del delito, el margen de falsos positivos (escoger a un inocente) es aún superior a dicha proporción.

Esta falta de confiabilidad se traduce en un alto impacto en el uso de esta prueba en la condena de inocentes. Estados Unidos es por lejos el país que cuenta con mayor información empírica en esta materia. Registros elaborados por diferentes instituciones en dicho país dan cuenta consistentemente que la errada identificación ocular de los acusados es el principal o, al menos, uno de los principales factores que explican las condenas de inocentes. Así, en la base de datos que dispone el Innocence Project al mes de junio de 2017, de un total de 350 exoneraciones obtenidas por la institución, en un 71% de los casos hubo un problema con el reconocimiento del condenado, siendo por lejos el factor de mayor incidencia<sup>8</sup>. Por su parte, en la base de datos del National Registry of Exonerations (NRE), el cual —a diferencia del *Innocence Project*— registra todos los casos en los que se ha producido una exoneración en los Estados Unidos desde 1989 (2048 a junio de 2017), en el 29% de ellos hubo un problema con la identificación, constituyendo la tercera causal en importancia<sup>9</sup>.

8 Recuperado el día 22 de junio de 2017, <https://www.innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>

9 Recuperado el día 22 de junio de 2017, <http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/ExonerationsContribFactorsByCrime.aspx>. Las diferencias porcentuales con la base del *Innocent Project* se explica por los distintos tipos

Una consecuencia natural que surge de la investigación es que el examen que se debiera realizar en juicio oral de la evidencia, a través de la cual se introducen los reconocimientos oculares, debiera estar sometida a un cuidadoso proceso de presentación y escrutinio. En esta dirección, el correcto examen y contraexamen de la misma es un elemento indispensable para ayudar al tribunal a identificar cuándo se está en presencia de reconocimientos de calidad y cuando, en cambio, de otros de baja confiabilidad que no debieran ser considerados para formar convicción.

## 1.2. La realidad nacional

Mi investigación empírica da cuenta de que los procedimientos de reconocimiento son frecuentemente utilizados en el proceso penal chileno y de que su ejecución presenta deficiencias serias para asegurar la confiabilidad de sus resultados. Así, pude detectar que aquél más utilizado es la exhibición individual que las policías llevan a cabo del sospechoso en contextos normalmente sugestivos y con bajos niveles de control de calidad. También, pude establecer que los reconocimientos en set fotográficos son realizados frecuentemente y con problemas importantes en relación a la cantidad y calidad de las fotografías usadas, la rigurosidad de los métodos empleados (incluyendo los sistemas de registros), entre otros inconvenientes. En definitiva, se identificaron prácticas que de acuerdo a la literatura científica disponible darían cuenta de procedimientos de baja confiabilidad<sup>10</sup>.

de casos cubiertos por ellas. Dado a que esta última contabiliza los casos de exoneración fundamentalmente obtenida gracias al uso de evidencia de ADN exculpatoria, tiende a presentar una mayor concentración de delitos sexuales en donde es posible encontrar esa evidencia y en los que aparentemente es más frecuente el error de identificación ocular. Si en la base de datos del NRE se estudian los factores sólo en los delitos de asalto sexual los problemas de identificación ocular están presentes en el 69% de los casos.

10 El análisis detallado de esto puede verse en: Duce, M. (2017). Reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora. *Revista Política Criminal*, vol. 12 (23), pp. 291-379.

En un contexto de este tipo, sería esperable que en juicio hubiese un debate intenso respecto de los reconocimientos. Por lo mismo indagué sobre las prácticas de litigación en juicio oral de estas pruebas, intentando identificar el nivel de debate o contradicción que genera su uso en juicio. Se investigó preferentemente sobre el comportamiento de las y los defensores y su capacidad de cuestionar en juicio diligencias de reconocimiento realizadas sin cumplir los parámetros básicos establecidos por la literatura especializada o por el Protocolo Interinstitucional de Reconocimiento de Imputados publicado por el Ministerio Público en 2013 (en adelante “el Protocolo”).

Antes de entrar a las prácticas de litigación, debe señalarse que, de acuerdo a las propias personas entrevistadas, el formato tradicional para la incorporación de los reconocimientos en la audiencia de juicio es por medio de la declaración de los funcionarios policiales a cargo de la diligencia, así como de las declaraciones de víctimas y testigos. En consecuencia, la capacidad de cuestionamiento de esas diligencias pasa centralmente por la posibilidad de contraexaminar dichas pruebas y, eventualmente, presentar alguna evidencia autónoma sobre la materia.

Las visiones sobre cuán activas son las defensas en el cuestionamiento de los reconocimientos en juicio varían de manera significativa según el rol que cumplen los entrevistados. Las fiscales y jueces orales tienen una apreciación mixta en la materia. Un grupo sostiene que los defensores y defensoras cuestionan con frecuencia la calidad de los reconocimientos en juicio<sup>11</sup>, y otro equivalente sostiene que estos no son tan habituales o tienden a concentrarse

11 Entrevista Fiscal N°5, 4 de septiembre de 2015; Entrevista Fiscal N°6, 11 de septiembre de 2015; Entrevista Fiscal N°10, 6 de enero de 2016; Entrevista Fiscal N°13, 29 de enero de 2016; Entrevista Juez TOP N°2, 15 de junio de 2015; Entrevista Juez TOP N°3, 2 de julio de 2015; Entrevista Juez TOP N°5, 8 de julio de 2015; Entrevista Juez TOP N°7, 5 de octubre de 2015; y, Entrevista Juez TOP N°8.

en algunos casos precisos y particularmente cuestionables<sup>12</sup>. Las defensoras, por su parte, manifiestan en forma unánime cuestionar de manera frecuente la calidad de los reconocimientos<sup>13</sup>. Con todo, varias reconocen que es difícil hacerlo y eso mismo los obliga a seleccionar con mucho cuidado en qué casos se podría hacer. De esta forma asumen que efectivamente no cuestionan en todos los casos<sup>14</sup>.

Estas impresiones se verían ratificadas por los resultados arrojados por un estudio empírico exploratorio realizado sobre la base de revisión de sentencias dictadas en 2015 por tres Tribunales Orales en lo Penal de la ciudad de Santiago (en adelante “*Estudio sentencias TOP*”) realizado por Catalán (2016)<sup>15</sup>, que muestra que en un 53,7% de los casos hubo cuestionamientos de defensores a los reconocimientos en juicio y que, por el contrario, en un 46,3% no fue así.

En este contexto, parece existir coincidencia entre los entrevistados en que los principales temas de cuestionamiento están en la sugestividad de los procedimientos y en los

12 Entrevista Fiscal N°2, 9 de junio de 2015; Entrevista Fiscal N°3, 10 de julio de 2015; Entrevista Fiscal N°4, 28 de julio de 2015; Entrevista Fiscal N°8, 28 de diciembre de 2015; Entrevista Fiscal N°11, 7 de enero de 2016; Entrevista Juez TOP N°1, 9 de junio de 2015; Entrevista Juez TOP N°4, 6 de julio de 2015; y, Entrevista Juez TOP N°6, 14 de julio de 2015. Se suma a esto Entrevista Abogado N°1, 4 de mayo de 2015.

13 Entrevista Defensor N°1, 11 de junio de 2015; Entrevista Defensor N°3, 2 de julio de 2015; Entrevista Defensor N°4, 2 de julio de 2015; Entrevista Defensor N°5, 4 de septiembre de 2015; y, Entrevista Defensor N°6.

14 Entrevista Defensor N°2, 17 de junio de 2015; Entrevista Defensor N°8, 11 de mayo de 2016.

15 Como señalé en la introducción se trata de una investigación de magíster dirigida por mí con el apoyo del proyecto de investigación. Se trata de un trabajo concluido y que ya se encuentra aprobado (nota final 6,2). Este trabajo no se encuentra publicado pero su versión electrónica está en poder del autor. Este estudio revisó las primeras 200 sentencias dictadas por cada uno los TOP N°1, N°2 y N°3 de Santiago durante el año 2015. Estas representan el 47% del total de sentencias dictadas el año 2015 en dichos tribunales (600 de 1.275). Las sentencias seleccionadas para el análisis, ya que en ellas se constató que en el juicio hubo algún tipo de reconocimiento ocular, fueron finalmente 67 (20 del TOP N°1, 23 del TOP N°2 y 24 del TOP N°3).



apartamentos del Protocolo. Por ejemplo, en la falta de una descripción física previa del sospechoso o la similitud de las fotografías empleadas en los set fotográficos. Tratándose de las exhibiciones, los cuestionamientos más comunes tienden a apuntar a la falta de espontaneidad de dichos procedimientos. La investigación empírica sobre sentencias TOP también arroja información interesante acerca de los argumentos que son utilizados con mayor frecuencia por la defensa para cuestionar a los reconocimientos en juicio oral. Dentro de estos se señalan: el set fotográfico o rueda de imputados está mal confeccionada (25%); existen inconsistencias en el relato de testigos (25%); existen diferencias entre descripción previa y el imputado (22%); transcurso del tiempo entre hecho y el reconocimiento (19%); el estrés que tenía la víctima al momento de los hechos (19%); la falta de una descripción previa de la persona reconocida (19%); la caracterización muy general del imputado (19%); el no uso de doble ciego (16%); las malas condiciones de percepción (14%); y, la inexistencia de datos sobre cómo fue llevado el reconocimiento en la carpeta investigativa (11%) (Catalán, 2016)<sup>16</sup>.

Aquellos entrevistados y entrevistadas pertenecientes a las policías tienen una visión diferente a la revisada respecto al trabajo de las y los defensores. La mayoría de funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile (en adelante PDI) afirman que “nunca” han sido cuestionados en juicio por la defensa a propósito de declarar sobre las diligencias de reconocimiento que han practicado<sup>17</sup>. A ellos se suma una entrevistada que señala que han intentado cuestionarla, pero que el nivel de

preparación de la defensa era de muy mala calidad<sup>18</sup>. Sólo dos de las y los funcionarios reconocen un cierto nivel de cuestionamiento de parte de la defensa<sup>19</sup>.

En todas las categorías de entrevistados hay acuerdo que cuando se producen cuestionamientos, éstos son fundamentalmente realizados a través de preguntas de contraexamen o como parte de alegatos de clausura. No es en cambio una práctica instalada el uso de otra evidencia, especialmente la prueba pericial, para atacar la credibilidad y confiabilidad de los reconocimientos.

Las entrevistas a las y los funcionarios policiales también arrojaron información interesante sobre cómo perciben la calidad del litigio de las y los fiscales en la materia. Su punto de vista es bastante crítico. Varios señalan que el problema central sería que estos llegan mal preparados a juicio y no conocen adecuadamente la investigación de manera que eso les impide sacar completo provecho a la información que las y los policías podrían aportar sobre estas diligencias. Un funcionario relata de la siguiente forma su experiencia en la materia e intenta explicar sus causas al señalar: “El fiscal pregunta qué hicimos y nosotros contamos que participamos en el reconocimiento y cómo fue, qué pasó, etc. A veces no hacen buenas preguntas, de hecho el fiscal nos dice ‘cuente lo que hizo’, no dirigen las preguntas. Además, generalmente no están preparados, los que más saben son los que vienen y participan de manera conjunta con nosotros en la investigación, pero eso es excepcional. Creo que los fiscales tienen muy mala capacitación”<sup>20</sup>. Sobre este mismo tema,

<sup>16</sup> La base se construye sobre las 36 sentencias en las que se identificó que los defensores presentaron cuestionamientos a la confiabilidad de los reconocimientos, que corresponde a un 53,7% del total de la muestra.

<sup>17</sup> Entrevista PDI N°2, 20 de enero de 2016; Entrevista PDI N°3, 20 de enero de 2016; Entrevista PDI N°4, 4 de febrero de 2016; Entrevista PDI N°5, 4 de febrero de 2016; y, Entrevista PDI N°7, 4 de febrero de 2016.

<sup>18</sup> Entrevista PDI N° 8, 4 de febrero de 2016.

<sup>19</sup> Entrevista PDI N° 6, 4 de febrero de 2016. También relata haber sido objeto de cuestionamientos. Entrevista PDI N°1, 20 de enero de 2016.

<sup>20</sup> Entrevista PDI N°6, 4 de febrero de 2016. Otro matiza esto señalando que hay diferencias importantes entre los fiscales en donde “(...) hay algunos muy bien preparados y otros que no”. Entrevista PDI N°4, 4 de febrero de 2016.

se encuentra una explicación algo distinta al sostener: “Yo no tengo dudas en la capacitación de los fiscales, sino del tiempo con que cuentan para prepararse y tener un conocimiento acabado de una carpeta o de la forma en que se plantea en juicio”<sup>21</sup>. A su vez, otro entrevistado pone acento en la falta de trabajo conjunto previo como forma de preparar el juicio, lo que se traduciría en el desaprovechamiento de la información disponible. Así, indica que “Hay preparación pero es a medias....Te preguntan cuánto lleva en el área, si sabe por qué está aquí, ‘cuénteme qué fue lo que hizo’ y sería todo. Ahí sigo yo. No hay preparación, de todos los juicios que he ido, solamente en un juicio la preparación fue buena ya que me reuní con el fiscal”<sup>22</sup>. Estas opiniones entregan una imagen bastante fuerte de cómo perciben el trabajo de las y los fiscales, que debiera ser objeto de una reflexión importante, especialmente considerando los hallazgos que analizaré en la sección siguiente.

Los datos del estudio empírico sobre sentencias TOP tienden a ratificar en parte el cuadro descrito por las y los funcionarios policiales en materia del trabajo de fiscales. Así, en el trabajo de Catalán (2016) se muestra que quienes pertenecen a la fiscalía justificaban la confiabilidad del reconocimiento en juicio usando argumentos de diversa especie en un 55,2% de los casos, en tanto que no realizaron tal labor en un 44,7%. Como se puede apreciar, este dato efectivamente reflejaría que en cerca de la mitad de los casos los miembros de la fiscalía no harían ejercicios de litigación o argumentación destinados a sustentar la confiabilidad de las diligencias de reconocimiento.

Evaluados en su conjunto, los datos muestran que en la práctica existen algunos problemas importantes tanto en la presentación de los reconocimientos en juicio como luego en su

contraexamen. A pesar de que se trata de un área en donde se presentan cuestionamientos de parte de las y los defensores en temas que parecen adecuados, lo que sorprende es que no sean tan frecuentes como se podría esperar. Esto sugiere que un porcentaje importante de evidencia asociada a reconocimientos que es presentada a juicio oral no es objeto de escrutinio fuerte y podría influir indebidamente en la decisión del tribunal.

## 2. Los peritos y su litigación en el juicio oral

### 2.1. La evidencia comparada

Los estudios disponibles en el ámbito comparado sobre condena de inocentes suelen enfatizar que el uso inadecuado de prueba pericial constituye uno de los principales factores que explican los errores del sistema. El país donde más se ha investigado este tema desde una perspectiva empírica nuevamente es Estados Unidos. De acuerdo a los datos provenientes del Innocence Project a junio de 2017, se trataba de un factor presente en el 46% de los casos, tan solo por debajo de los reconocimientos oculares errados<sup>23</sup>. Por su parte, los datos del NRE a la misma fecha muestran que se trataría del cuarto factor en términos de frecuencia estadística, estando presente en un 24% de los casos<sup>24</sup>. Más allá de la evidencia disponible en los Estados Unidos, el debate en regiones y tradiciones jurídicas diversas da cuenta que se trata de un fenómeno bastante general en la justicia criminal contemporánea, por ejemplo, en países tan diversos como Inglaterra y

<sup>21</sup> Entrevista PDI N°1, 20 de enero de 2016.

<sup>22</sup> Entrevista PDI N°8, 4 de febrero de 2016.

<sup>23</sup> Recuperado el día 22 de junio de 2017, <https://www.innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>

<sup>24</sup> Recuperado el día 22 de junio de 2017, <http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/ExonerationsContribFactorsByCrime.aspx>

Gales<sup>25</sup>, Canadá<sup>26</sup>, Alemania<sup>27</sup> y China<sup>28</sup>. La evidencia comparada también ha permitido identificar una serie de problemas en el uso de la prueba pericial que explicarían los riesgos de producir condenas a inocentes, tales como una tendencia de los sistemas a ocupar prueba pericial de baja confiabilidad o de las y los peritos a declarar en juicio por fuera de lo que su disciplina permite. Además, hoy día también existe una literatura importante que da cuenta de algunas dificultades específicas que presenta la evaluación de esta prueba que aumenta sus riesgos. Me detengo muy brevemente en este último punto ya que luego esto permitirá comprender los alcances de los hallazgos de la investigación empírica de la realidad nacional.

En la actualidad existe una preocupación relevante en la doctrina y jurisprudencia

.....

25 Aún cuando en estos países no se cuenta con iniciativas que hayan sistematizado casos de manera similar a los Estados Unidos, que permitan dimensionar la escala probable o magnitud estadística del problema, se trata de un tema que ha sido fuertemente discutido por la doctrina e incluso ha generado diversas investigaciones y propuestas de reforma legal por organismos oficiales. Una visión general puede verse en: Naughton, M. (2013). *The innocent and the criminal justice system. A sociological analysis of miscarriages of justice*. United Kingdom: Palgrave Macmillan.

26 El impacto de la prueba pericial en la producción de condenas erróneas en Canadá ha sido tan alto que desde las propias agencias de persecución penal se ha abordado como uno de los problemas más relevantes, en dos informes realizados por grupos de trabajo de fiscales que han elaborado sendos reportes (2004 y 2011) con el objetivo de prevenirlas. Véase: FPT Heads of Prosecutions Committee Working Group (2004). *Report on the prevention of miscarriages of justice*. Canadá: Department of Justice, pp. 115-132; FPT Heads of Prosecutions Committee (2011). *The path to justice: Preventing wrongful convictions*, Canadá: FPT Heads Of Prosecutions Committee, pp. 133-159.

27 La preocupación por este tema ha sido recogida en la doctrina hace más de cincuenta años en este país. En esta dirección, Hirschberg analiza varios casos de condenas erróneas producidos en Alemania que ubica bajo el concepto de “valoración no crítica de los dictámenes periciales” señalando que numerosas sentencias erróneas tienen su principal causa en “...esa fe ciega de los tribunales en el perito, sobretodo en el dictaminador oficial, y en la deficiente instrucción de la mayoría de los jueces y defensores...” Véase: Hirschberg, M. (1969). *La sentencia errónea en el proceso penal*. Trad.: Banzhaf, T.A. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, pp. 69-92.

28 Jiahong (2012) ha llamado recientemente la atención acerca de cómo el incorrecto uso e interpretación de la evidencia científica en dicho país ha sido la causa de condenas erróneas en una serie de casos que analiza en su texto.

comparada, que cuenta además con respaldo empírico, acerca del riesgo de que jueces y jurados sobrevaloren a la prueba pericial<sup>29</sup>. Esta consistiría, entonces, en que se otorgue un peso más decisivo en la práctica a la prueba pericial sobre el resto de la evidencia, aún cuando no lo merezca. Eso se produciría, entre otros factores, por el aura especial que tiene las opiniones al provenir de expertos o por las dificultades que en ciertas materias se pueden producir para comprender adecuadamente los alcances de esta evidencia<sup>30</sup>. Por lo mismo, el riesgo es que ella pueda influir indebidamente en decisiones de condenas más allá del valor real que debiera otorgársele<sup>31</sup>.

A ello se suma otro hallazgo en el que pareciera existir consenso en la literatura comparada. De acuerdo a ella, las y los abogados litigantes tienen baja capacidad para someter a un control intenso de la calidad del trabajo de los peritos y sus declaraciones por vía de la ejecución de contraexámenes<sup>32</sup>. Por ejemplo, un estudio de Garret y Naulfeld (2009) concluye que las y los defensores raramente cuestionan

.....

29 Para Schauer y Spellman (2013), el riesgo de sobre evaluación de la prueba pericial sería una de las bases que explicaría, según algunos, el tratamiento especial que tiene la admisibilidad de esta prueba en países como los Estados Unidos.

30 En esta dirección Appazov (2016) da cuenta que las preocupaciones por este problema pueden incluso encontrarse en la literatura especializada desde mediados del siglo XIX y se traducen en una delegación de facto de las facultades de establecimiento de los hechos en los expertos.

31 Así, por ejemplo, un estudio empírico reciente sobre el comportamiento de los jurados muestra que la credibilidad de un peritaje se construye tanto considerando el contenido de la pericia como en las características del experto. Además, que en la ponderación de ambas cuestiones existe mucho margen para considerar elementos que no son los más confiables y relevantes, lo que abre riesgos importantes de llegar a decisiones equivocadas basadas en una incorrecta valoración de esta prueba (Freckelton, Goodman-Delahunty, Horan, McKimmie, 2016). Por otra parte, existe también evidencia que muestra que los jueces profesionales no presentan diferencias significativas de comprensión de la evidencia que los jurados y, por lo mismo, que lo hacen tan bien o mal como ellos (Saks, Spellman, 2016).

32 Citando diversos estudios sobre la capacidad real de cuestionar prueba pericial por medio de contraexámenes, Edmond (2011, p. 184) concluye: “Más que un vehículo o motor capaz de exponer las debilidades y descubrir la verdad, los efectos de los contraexámenes son inconsistentes y a menudo mundanos.”



el testimonio inválido presentado por peritos en juicio y en muy pocas ocasiones realizan contraexámenes exitosos a esos expertos. También encuentran que la defensa presenta fallas al momento de hacerse cargo de esa prueba en los alegatos de apertura y, además, que sólo en un porcentaje menor (19 de 137 casos) se incorporan expertos que pudieran cuestionar a los de la fiscalía, lo que hace que en la práctica la presentación de prueba pericial sea solamente de una parte<sup>33</sup>.

Por otra parte, también existe bastante información que muestra los límites que tiene la presentación de peritajes de refutación como mecanismo de control de la prueba pericial de incriminación<sup>34</sup>.

La suma de los fenómenos descritos: mayor peso en la práctica de este tipo de prueba y menor capacidad de control de su calidad por parte de abogados y actores del sistema legal, genera un riesgo de resolver erróneamente si se ha presentado prueba pericial poco confiable,

.....

<sup>33</sup> En el estudio de Garret (2011) se repiten hallazgos similares. Por ejemplo, en un 50% del total de casos en donde se prestó un testimonio inválido de parte del perito, los defensores ni siquiera realizaron una pregunta en el área en donde hubo testimonio erróneo. Esto lo lleva a concluir que no se puede depender exclusivamente del proceso adversarial como forma de impedir los errores generados por el uso de la prueba pericial. En una dirección similar el reporte del National Research Council (2009) de los Estados Unidos ha concluido que debido a las serias falencias que presentan jueces y abogados para lidiar con la presentación y evaluación de evidencia forense, los controles del sistema legal no son suficientes para corregir todos los problemas. En Australia, una reciente investigación empírica sobre juicios orales llevados ante jurados (Freckelton, Goodman-Delahunty, Horan, McKimmie, 2016, p. 198) concluye, respecto a las prácticas de los abogados en casos de presentación de evidencia de ADN, que: “El hecho que expertos de la fiscalía presentando perfiles de ADN sean raramente cuestionados con éxito por defensores hábiles en los contraexámenes sirve para reforzar la percepción que este tipo de expertizaje es inviolable.” (Traducción del autor).

<sup>34</sup> De acuerdo a Edmond (2011), estos límites tienen que ver con las dificultades que normalmente enfrentan las defensas para conseguir en ciertas áreas expertos de calidad dispuestos a dar testimonios que contradigan a los de la contraparte; con sesgos en los jueces al valorar esta prueba; y, finalmente, con las dificultades que tiene cuestionar efectivamente evidencia experta de dudosa calidad cuando ella se inserta a una narrativa coherente y más compleja como la que suelen presentar los fiscales en juicio.

si las y los peritos prestan testimonio inválido, o si se comportan derechamente mal. Teniendo presente estos aportes provenientes de la literatura y experiencia comparada propongo que revisemos a continuación la realidad nacional.

## 2.2. La práctica nacional

Un punto central a indagar en la investigación fueron las prácticas de los intervinientes. Ello, con el objeto de examinar si en el contexto de la audiencia de juicio hacían un esfuerzo por presentar la información que aportan los peritos de manera clara y, especialmente, si desarrollaban una práctica de confrontación intensa de manera de presentar cuestionamientos acerca de su calidad al tribunal de juicio oral.

Sobre la presentación de la prueba, las entrevistas entregaron alguna información de interés. Lo que se aprecia es una visión crítica a la forma en que se rinde esta prueba en el juicio. Así, pudo percibirse que las y los jueces de juicio oral entrevistados manifestaban un cierto nivel de insatisfacción acerca del trabajo realizado por los litigantes en la materia. Un entrevistado señaló:

*“ (...) muchos fiscales y defensores se quedan con la palabra del perito y no son capaces de explicarle al tribunal cuál es la importancia de la información. Ahora, yo creo que en esto influye también cómo se ha interpretado la norma de rendición de la prueba pericial. Esto ya que en general los tribunales lo que hacen es cumplirla a raja tabla y dejar que el perito hable. Entonces el perito se aprende un discurso de memoria antes de entrar a la sala de audiencias, da un largo discurso, y luego así no te queda un espacio para preguntas. Lo que nos impide saber de acreditación, metodología, y si las conclusiones se apegan al método.”<sup>35</sup>*

.....

<sup>35</sup> Entrevista Juez TOP n° 6, 14 de junio de 2015.

Otra opinión dada en la misma dirección describía lo siguiente: “De partida, cuando llega el perito parte exponiendo el peritaje de la página uno hasta el pie de firma final, o sea, se trata de un relato súper estructurado. Como aporte, la forma de incorporarlo, da una soberana lata. Uno no los logra seguir, se pierde en el bosque, porque empiezan a hablar de una cantidad de información...y uno termina mareado.”<sup>36</sup>.

Estas opiniones darían cuenta de un muy bajo aporte de las y los litigantes en la producción de la prueba pericial y ello tendría impacto en la calidad de la información que recibirían las y los jueces para resolver sobre la misma. Peritos entrevistados también comparten que el trabajo de los litigantes en esta materia es pobre. Así, por ejemplo una señala que “ (...) en el 90% de los casos me piden que relate el informe completo, que repita todo.”<sup>37</sup> Otro describe su declaración de la siguiente forma: “Mi experiencia es la siguiente: uno expone todo lo que fue su autopsia, la causa de la muerte, los detalles y luego el fiscal muestra las fotos y me hace preguntas. La mayor parte de las veces me hacen una o dos preguntas.”<sup>38</sup> Todavía, un entrevistado pone acento en el trabajo de los defensores públicos dando cuenta de que: “Tienen un conocimiento pobre del peritaje... llegan a la audiencia preguntando cosas que yo tendría que validar, pero que se las tengo que negar, lo que indica que hay mala preparación, no saben lo que va a decir uno como perito.”<sup>39</sup>.

Este hallazgo se complementa con información recabada en un estudio empírico exploratorio de revisión de todas las sentencias dictadas en el 2015 por tres TOP de la ciudad de Santiago en materia de delitos sexuales (en adelante “estudio sentencias TOP delitos

sexuales”) (Santibáñez, 2016)<sup>40</sup>. Dicha investigación arroja algunos datos preocupantes en relación a la calidad de la información que se aporta en el juicio. Así, la investigación de Santibáñez (2016) da cuenta de que sólo en un 13% de los casos los peritos son interrogados o mencionan su formación o experiencia en juicio, lo que implicaría que la acreditación del perito es entendida en la práctica como una cuestión sin mucha relevancia o, en el mejor de los casos, formal. A ello se suma que en un 32% de los casos no se presentó o explicó la metodología utilizada en el peritaje sino que sólo se expusieron las conclusiones del mismo<sup>41</sup>. A lo anterior, se debe sumar que si bien en todos los casos analizados los peritos expusieron sus conclusiones, en un 63,2% ello fue realizado de manera incompleta. Como se podrá apreciar, elementos esenciales para la valoración de la prueba pericial no serían aportados con la intensidad requerida, lo que daría cuenta de un trabajo de baja calidad de los litigantes.

Respecto a la capacidad de las partes para confrontar la información aportada por peritos presentados por la contraparte, las opiniones de todos los actores entrevistados son bastantes coincidentes: el control de la calidad de la información que se realiza en los contraexámenes es bajo o incluso prácticamente nulo<sup>42</sup>.

<sup>36</sup> Entrevista Juez TOP n° 7, 5 de octubre de 2015.

<sup>37</sup> Entrevista Perito N°7, 18 de noviembre de 2016.

<sup>38</sup> Entrevista Perito N°6, 8 de noviembre de 2016.

<sup>39</sup> Entrevista Perito N°1, 18 de julio de 2016.

<sup>40</sup> Se trató nuevamente de una investigación de magíster dirigida por mí como apoyo a mi investigación principal. La investigación consistió en el análisis de 53 sentencias dictadas por el primer, tercer y séptimo tribunales orales en lo penal de Santiago. Ellas corresponden al total de juicios orales por delitos sexuales conocidos por dichos tribunales en el 2015. Como forma de control de la información, el estudio también implicó la revisión de los registros de audios correspondientes a cinco de esos juicios. Este trabajo no ha sido publicado pero fue aprobado en septiembre de 2016 con nota final 6,3 (documento electrónico en poder del autor).

<sup>41</sup> La investigación realiza también un análisis de corte cualitativo en los casos en donde hubo exposición de la metodología, concluyendo que 73% de ese universo fue incompleta (Santibáñez, 2016).

<sup>42</sup> Entrevista Fiscal N°1, 7 de mayo de 2015; Entrevista Fiscal N°2, 9 de junio de 2015; Entrevista Fiscal N°3, 10 de julio de 2015; Entrevista Fiscal N°4, 28 de julio de 2015; Entrevista Fiscal N°7, 2 de octubre de 2015; Entrevista Fiscal N°9, 4 de enero de 2016; Entrevista Fiscal N°10, 6 de enero de 2016;

Esto quiere decir que las partes regularmente no cuestionan la prueba pericial presentada o si lo intentan hacer, normalmente ello no la controvierte mínimamente. Se trata de uno de los hallazgos más problemáticos de esta investigación, ya que daría cuenta de que los controles de calidad que el sistema ha diseñado no se cumplen en la práctica y ello nos expone a la posibilidad de que errores importantes sean cometidos al momento de evaluar esta prueba. Se trata, además, de un hallazgo coincidente con lo que el estudio sobre sentencias en delitos sexuales encontró en la materia. Según dicho estudio, sólo en un 23% de los casos analizados hubo algún tipo de cuestionamiento de los intervinientes a la calidad de la metodología, las conclusiones u otros elementos de la prueba pericial presentada por la contraparte (Santibáñez, 2016) <sup>43</sup>.

.....

Entrevista Fiscal N°12, 12 de enero de 2016; Entrevista Juez TOP N°1, 9 de junio de 2015; Entrevista Juez TOP N°3, 2 de julio de 2015; Entrevista Juez TOP N°4, 6 de julio de 2015; Entrevista Juez TOP N°5, 8 de julio de 2015; Entrevista Juez TOP N°6, 14 de julio de 2015; Entrevista Juez TOP N°7, 5 de octubre de 2015; Entrevista Juez TOP N°8, 22 de diciembre de 2015; Entrevista Juez TOP N°9, 19 de agosto de 2016; Entrevista Juez de Garantía N°1, 7 de mayo de 2015; Entrevista Juez de Garantía N°2, 25 de junio de 2015; Entrevista Juez de Garantía N°3, 26 de junio de 2015; Entrevista Juez de Garantía N°7, 14 de septiembre de 2015; Entrevista Juez de Garantía N°8, 4 de enero de 2016; Entrevista Juez de Garantía N°9, 28 de julio de 2016; Entrevista Defensor N°1, 11 de junio de 2015; Entrevista Defensor N°2, 17 de junio de 2015; Entrevista Defensor N°3, 2 de julio de 2015; Entrevista Defensor N°4, 2 de julio de 2015; Entrevista Defensor N°5, 4 de septiembre de 2015; Entrevista Defensor N°6, 1 de abril de 2016; Entrevista Defensor N°7, 19 de abril de 2016; Entrevista Defensor N°8, 11 de mayo de 2016; Entrevista Abogado N°1, 4 de mayo de 2015; Entrevista Abogado N°3, 2 de julio de 2015; Entrevista Abogado N°5, 25 de agosto de 2016; Entrevista Abogado N°6, 25 de agosto de 2016; Entrevista Perito N°1, 18 de julio de 2016; Entrevista Perito N°2, 19 de julio de 2016; Entrevista Perito N°3, 20 de julio de 2016; Entrevista Perito N°4, 4 de agosto de 2016; Entrevista Perito N°5, 15 de septiembre de 2016; Entrevista Perito N°6, 8 de noviembre de 2016; y, Entrevista Perito N°7, 18 de noviembre de 2016.

**43** A este dato debiera sumarse otro adicional. Alguien podría sostener que una estrategia diferente de controvertir la prueba pericial es por vía de presentar a otro perito del área que contradiga al presentado por el otro interviniente, de manera tal que la falta de contraexamen no sería tan grave. El mismo estudio identifica que la defensa presenta prueba pericial sólo en un 22,6% de los casos y que de ellos 2/3 son metapericias, es decir, peritajes que analizan a otros peritajes presentados en juicio. Esto mostraría que tampoco esta vía parece ser una estrategia frecuente para el control de la calidad de la información (Santibáñez, 2016).

En las entrevistas realizadas se ofrecen algunas razones que explicarían el escenario descrito. Una de las que más reiteradas tiene que ver con la falta de formación y destrezas específicas de las y los litigantes para lidiar con los expertos<sup>44</sup>, lo que en palabras de un juez de garantía hace que las y los peritos se les “vayan en collera” a los litigantes<sup>45</sup>. Una segunda explicación es la poca preparación con la que llegan a litigar los casos a las audiencias de juicio, lo cual estaría vinculado a la falta de tiempo o, desde otro punto de vista, con la excesiva carga de trabajo que estarían teniendo fiscales y defensores<sup>46</sup>. Una tercera y última causa que aparece mencionada en las entrevistas, aún cuando con menos frecuencia, es que varios actores identifican un proceso de deterioro en el funcionamiento del sistema o derechamente de “pérdida de calidad” en el trabajo de litigantes, en la medida que los años han pasado desde la puesta en marcha inicial del sistema<sup>47</sup>.

.....

Esto es también coincidente con las opiniones obtenidas en las entrevistas en donde por regla general se señaló que la presentación de metapericias de parte de defensores sólo era común en delitos sexuales.

**44** Entrevista Fiscal N° 2, 9 de junio de 2015; Entrevista Defensor N°1, 11 de junio de 2015; Entrevista Defensor N°2, 17 de junio de 2015; Entrevista Defensor N°3, 2 de julio de 2015; Entrevista Defensor N°6, 1 de abril de 2016; Entrevista Defensor N°8, 11 de mayo de 2016; Entrevista Juez de Garantía N°2, 25 de junio de 2015; Entrevista Juez de Garantía N°7, 14 de septiembre de 2015; Entrevista Juez de Garantía N°9, 28 de julio de 2016; Entrevista Juez TOP N°4, 6 de julio de 2015; Entrevista Juez TOP N°5, 8 de julio de 2015; Entrevista Juez TOP N°7, 5 de octubre de 2015; Entrevista Juez TOP N°8, 22 de diciembre de 2015; Entrevista Abogado N°5, 25 de agosto de 2016; Entrevista Perito N°3, 20 de julio de 2016; Entrevista Perito N°4, 4 de agosto de 2016; Entrevista Perito N°5, 15 de septiembre de 2016; y, Entrevista Perito N°6, 8 de noviembre de 2016.

**45** Entrevista Juez de Garantía N°7, 14 de septiembre de 2015.

**46** Entrevista Defensor N°7, 19 de abril de 2016; Entrevista Juez TOP N°2, 15 de junio de 2015 (quien pone énfasis en el análisis señalando que “*los fiscales están colapsados*”), Entrevista Juez TOP N°3, 2 de julio de 2015; Entrevista Juez TOP N°5, 8 de julio de 2015; Entrevista Juez TOP N°9, 19 de agosto de 2016; Entrevista Abogado n° 1, 4 de mayo de 2015; Entrevista Abogado N°5, 25 de agosto de 2016; Entrevista Abogado N°6, 25 de agosto de 2016; Entrevista Perito N°4, 4 de agosto de 2016; Entrevista Perito N°5, 15 de septiembre de 2016; y, Entrevista Perito N°7, 18 de noviembre de 2016 (quien señala se da cuenta que los litigantes “no logran un estudio del peritaje con profundidad”).

**47** En esta dirección un juez de garantía describe el escenario señalando que los litigantes “se han achanchado”. Entrevista Juez de Garantía N°3, 26 de junio de 2015. Un abogado,

La excepción a este escenario general negativo se daría en dos hipótesis. La primera es que varias entrevistas coinciden en que en la medida que el o la litigante tengan una mayor especialidad en un tema específico (por ejemplo lleve casos preferentemente de una categoría de delitos), eso se traduce en una mayor capacidad de cuestionamientos a la prueba pericial<sup>48</sup>. Vinculado a esta misma lógica estaría la segunda hipótesis, ya que en algunas se sostiene que los casos en que habría mayor cuestionamiento a la prueba pericial en juicio sería tratándose de los peritajes presentados en materia de delitos sexuales. En este sentido, ambos se relacionan ya que, en parte, esta mayor capacidad estaría asociada en algunos casos a que se trata de un tipo de delitos en donde ha existido mayor especialización en el sistema<sup>49</sup>. Con todo, esta última opinión podría morigerarse a la luz de los resultados del estudio empírico de sentencias TOP en delitos sexuales, según el cual sólo en un 23% de los casos de esos delitos incluidos en la muestra habría cuestionamiento de la prueba pericial (Santibáñez, 2016).

Más allá de estas excepciones, el cuadro general que muestra la investigación es preocupante. En definitiva, la investigación permite identificar varios riesgos que podrían aumentar

la probabilidad de decisiones erróneas. El primero está en la presentación de la prueba que dificultaría a las y los jueces captar toda la información relevante aportada por peritos. En segundo lugar, se produciría luego un bajo cuestionamiento que no permitiría depurar la calidad de la información producida. Finalmente, habría un cierto nivel de laxitud en el control de la información que aportan las y los peritos al juicio.

### 3. A modo de cierre

Solucionar los problemas identificados en la investigación pasa por el desarrollo de políticas en muy diversos niveles. Me enfoco en una de ellas que pareciera ser especialmente relevante respecto a los problemas de litigación. Los resultados de la investigación sugieren que las capacidades y destrezas de litigación en juicio oral de fiscales y defensores, tratándose de las pruebas de reconocimiento ocular y pericial, están todavía lejos de un óptimo que permita minimizar el impacto que estas evidencias podrían tener en la producción de condenas erróneas. Un factor que explicaría esto se encuentra en la falta de capacitación de las y los actores legales en la materia. En las entrevistas específicamente se les preguntó sobre la materia. La gran mayoría de entrevistados que trabajan en instituciones del sistema (fiscales, defensores, y jueces) reconocieron que en el área de los reconocimientos oculares y peritajes no han recibido del todo o sólo han recibido muy poca capacitación específica y que, por lo mismo, tienen la percepción de no contar con todas las herramientas necesarias para lidiar con estas pruebas en las distintas etapas procesales que les corresponde. Las excepciones estarían focalizadas en algunas capacitaciones en delitos específicos o en unidades especializadas<sup>50</sup>.

.....

en cambio, atribuye este fenómeno derechamente a la "falta de interés" por hacer bien el trabajo. Entrevista Abogado N°6, 25 de agosto de 2016. En una línea similar un perito considera que este fenómeno se explica por la "desidia" y la "lata" que tendrían algunos actores en realizar bien su trabajo. Entrevista Perito N°5, 15 de septiembre de 2016. En cambio otro considera que este deterioro podría estar vinculado al recambio que ha habido con el transcurso del tiempo al constatar que fiscales más nuevos tendrían peor calidad que los originales. Entrevista Perito N°6, 8 de noviembre de 2016. Sin pronunciarse sobre una razón específica pero constatando el mismo fenómeno, Entrevista Perito N°1, 18 de julio de 2016.

<sup>48</sup> Entrevista Fiscal N°2, 9 de junio de 2015; Entrevista Fiscal N°5, 4 de septiembre de 2015; Entrevista Defensor N°3, 2 de julio de 2015; Entrevista Defensor N°4, 2 de julio de 2015; Entrevista Juez de Garantía N°8, 4 de enero de 2016; y, Entrevista Perito N°7, 18 de noviembre de 2016.

<sup>49</sup> Entrevista Fiscal N°6, 11 de septiembre de 2015; Entrevista Fiscal N°7, 2 de octubre de 2015; Entrevista Fiscal N°11, 7 de enero de 2016; Entrevista Fiscal N°12, 12 de enero de 2016; y, Entrevista Juez de Garantía N°7, 14 de septiembre de 2015.

.....

<sup>50</sup> Por ejemplo una fiscal señala que hay buena capacitación en materia de peritajes para los fiscales especializados en delitos sexuales, aun cuando no para el resto. Entrevista Fiscal n° 10,

Se trata de un espacio de trabajo del sistema en donde es necesario realizar cambios profundos. Me parece que el desarrollo de programas de capacitación y perfeccionamiento debiera cubrir en estas materias al menos tres áreas para tener impacto en la mejora del sistema y así disminuir los riesgos de condenas erróneas.

Una primera tiene que ver con entregar conocimientos sobre los principales hallazgos y consensos que existen desde la ciencia acerca de cómo funciona la memoria y cuáles son las prácticas que favorecen o perjudican la confiabilidad de los reconocimientos y también sobre los principios básicos de cómo opera la ciencia y las disciplinas forenses. Sin esto es difícil pensar que las y los actores del sistema legal estén en condiciones de comprender adecuadamente la prueba sobre la cual deben trabajar.

Una segunda área a incorporar en la capacitación sería el conocimiento de las distintas reglas que rigen a los reconocimientos oculares en nuestro país, incluyendo una revisión crítica de las mismas a la luz de la evidencia científica y la experiencia comparada disponible. En materia pericial este ámbito debiera considerar el conocimiento general de las principales disciplinas que producen evidencia experta en el país<sup>51</sup>.

6 de enero de 2016. Por otra parte, algunos defensores han recibido alguna capacitación sobre reconocimientos oculares. Estos programas se han efectuado a partir del desarrollo del Proyecto Inocentes por la propia institución que ha permitido sensibilizar la existencia de un problema con el uso de reconocimientos. De esta forma, varias defensorías regionales han organizado cursos en la materia utilizando los fondos regionales de capacitación disponibles, como por ejemplo de la IV, V, VI, VII, X y XII regiones. También a nivel central se han organizado cursos especializados de litigación que incluyen la temática de los reconocimientos. Esta información ha sido obtenida por la experiencia personal del autor de este trabajo quien ha participado en dichas experiencias de capacitación.

<sup>51</sup> En esta dirección se pronuncia también la recomendación número 9 del NAS Report del National Research Council (2009, pp. 26-27), el cual explícitamente señala: "Adicionalmente, abogados y jueces usualmente tienen insuficiente entrenamiento y conocimiento en metodología científica y frecuentemente fallan en comprender a cabalidad las aproximaciones empleadas por las diferentes disciplinas forenses y la fiabilidad de la evidencia científica forense que es ofrecida a juicio. Esta capacitación es esencial..." (la traducción es del autor).

Finalmente, los programas debieran incorporar el desarrollo de destrezas y habilidades propias de la función que cumple cada actor del sistema. Por ejemplo, tratándose de fiscales y defensores debiera fortalecerse su capacidad de litigar en sede de admisibilidad y juicio a estas pruebas, en el caso de las y los jueces la valoración y toma de decisiones basadas en la información proveniente de estos medios probatorios, etc.

Por otra parte, estos programas de capacitación debieran también desarrollarse en dos niveles. En un primer término, algunos componentes de ellos debieran formar parte del "paquete de formación básica" que se recibe al ingresar a las respectivas instituciones. Además, debiera luego formar parte de programas especializados de perfeccionamiento continuo que permitan acceder a un conocimiento que en la materia se ha ido incrementando y evolucionando.

Espero que este trabajo ayude visibilizar mejor un problema que no hemos discutido en profundidad en Chile y permita que las instituciones adopten algunas políticas orientados a superarlos. ■

## Referencias

- Appazov, A. (2016). *Expert evidence and international criminal justice*. Suiza: Springer.
- Catalán, M. (2016). *Aproximación Empírica sobre la Realización y Valoración de la Prueba del Reconocimiento Ocular en Chile*, Santiago: Trabajo final para titulación del Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Diego Portales.
- Duce, M. (2017). Reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora. *Revista Política Criminal*, vol. 12 (23), pp. 291-379.
- Edmond, G. (2011). Actual innocents? Legal limitations and their implications for forensic science and medicine". *Australian Journal of Forensic Sciences* (43, n° 2-3), pp. 177-212.



- FPT Heads of Prosecutions Committee Working Group (2004). *Report on the prevention of miscarriages of justice*. Canadá: Department of Justice.
- FPT Heads of Prosecutions Committee (2011). *The path to justice: Preventing wrongful convictions*. Canadá: FPT Heads Of Prosecutions Committee.
- Freckelton, I., Goodman-Delahunty, J., Horan, J., McKimmie, B. (2016). *Expert evidence and criminal jury trials*. Oxford: Oxford University Press.
- Garret, B., Naufeld, P. (2009). Invalid forensic testimony and wrongful convictions. *Virginia Law Review* (95, n° 1), pp. 1-97.
- Garret, B. (2011). *Convicting the innocent*. Cambridge: Harvard University Press.
- Gould, J., Carrano, J., Leo, R., Hail-Jares, K. (2014). *Innocent defendants: divergent cases outcomes and what they teach us*. En: Zalman, M., Carrano, J. (Ed.), *Wrongful Conviction and Criminal Justice Reform* (pp. 73-89). New York. Routledge.
- Gould, J., Carrano, J., Leo, R., Young, J. (2013). *Predicting erroneous convictions: a social science approach to miscarriages of justice*. Recuperado el día 22 de junio de 2017, <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/241389.pdf>
- Hirschberg, M. (1969). La sentencia errónea en el proceso penal. Trad.: Banzhaf, T.A. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Huff, R., Killias, M. (Ed.) (2010). *Wrongful conviction: international perspectives on miscarriages of justice*. Philadelphia: Temple University Press.
- Huff, R., Killias, M. (Ed.) (2013). *Wrongful convictions and miscarriages of justice: causes and remedies in North American and European criminal justice systems*. New York: Routledge.
- Jiahong, H. (2016). *Back from the dead: Criminal justice and wrongful convictions in China*. Honolulu: University of Hawai'i Press.
- National Research Council (2009). *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*. Recuperado el día 22 de junio de 2017, <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf>
- National Research Council (2014), *Identifying the culprit: assessing eyewitness identification*. Washington D.C.: The National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine.
- Naughton, M. (2013). *The innocent and the criminal justice system. A sociological analysis of miscarriages of justice*. United Kingdom: Palgrave Macmillan.
- Saks, M., Spellman, B. (2016). *The Psychological Foundations of Evidence Law*. New York: New York University Press.
- Santibáñez, M. (2016). *Uso de la prueba pericial en juicio oral de connotación sexual*, Santiago: Trabajo final para titulación del Magister en Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Diego Portales.
- Schauer, F., Spellman, B. (2013). Is expert evidence really different? *Notre Dame Law Review*, (89), pp. 1-26.
- Simon, D. (2012). *In Doubt: The Psychology of the Criminal Justice Process*. United States: Harvard University Press.
- Wells, G.L., Greathouse, S.M., Smalarz, L. (2012). *Why do motions to suppress suggestive eyewitness identifications fail?* Washington D.C.: American Psychological Association.