

## EL DESGOBIERNO DEL PERITO.

### NOTAS PARA SU CONTROL EN MATERIA DE ARBITRAJE DOMÉSTICO

Felipe Leiva Fadic\*

#### I. INTRODUCCIÓN

Las sociedades en las que nos desenvolvemos se han vuelto cada vez más complejas, no solo desde un punto de vista social, sino también desde un punto de vista técnico. De hecho, si hay algo que las define es su creciente especialización, motivada por los avances científicos y tecnológicos en las más diversas áreas. Aquello produce impacto en todos los aspectos de la vida cotidiana, incluyendo por cierto la forma en que se producen y se resuelven los conflictos. Es así como en la actualidad, buena parte de las controversias que se presentan en Tribunales tienen, mucho más que antes, un marcado componente técnico, que exige para su resolución conocimientos específicos en una ciencia particular. Ello genera consecuencias en diversos ámbitos del proceso, pero especialmente en la prueba.

Particularmente, lo anterior ha traído aparejada una creciente importancia de la prueba pericial, la que acompañada de un halo de superioridad o de supuesta infalibilidad epistémica, ha venido presentándose como la *reina de las pruebas*. Como consecuencia, mientras en materia penal ha existido un creciente desarrollo de las así llamadas ciencias forenses, en materia civil son cada vez más los expertos o técnicos que ofrecen abiertamente sus servicios en materia de litigios o arbitrajes con el objeto de efectuar un así llamado *acompañamiento técnico*. Sin exagerar, hoy es posible percibir una verdadera *industria del peritaje* que ha llegado para quedarse, al punto que la resolución de ciertos asuntos complejos —como ocurre, por ejemplo, con la prueba de defectos o la determinación de daños en la industria de la construcción— no se concibe sin la participación de expertos que presenten sus informes e incluso los defiendan ante las Cortes.

Paradójicamente, mientras los conflictos y la prueba pericial se complejizan, las normas que regulan a esta última siguen siendo básicamente las mismas que existen desde la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC) en el año 1902. Aquello es así no solo respecto de los procedimientos seguidos ante Tribunales Ordinarios, sino también en materia de

---

\* Magíster en Derecho (LL.M.) de la University College London (UCL) y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Miembro de AJCAM (Árbitros Jóvenes del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago). Socio en López Escobar Del Río. Correo electrónico: [leiva@ledr.cl](mailto:leiva@ledr.cl)

Agradezco a Jorge Del Río P. por sus comentarios a un borrador preliminar de este trabajo y a Laura Aguilera V., Jefa de Estudios y Relaciones Internacionales del CAM, por haberme facilitado algunas fuentes que fueron utilizadas para la elaboración del mismo.

arbitraje doméstico<sup>1</sup>, ámbito en el que no se han introducido modificaciones sustantivas respecto de lo que dispone el CPC para la prueba pericial. En síntesis y como lo ha sostenido GASCÓN (2013, p. 182) *‘la importancia de las pruebas científicas en la práctica procesal no ha ido acompañada de un proceso de cautelas y garantías en relación con las mismas’*. Si bien lo dicho tiene en mira el horizonte europeo, resulta plenamente cierto también para la realidad chilena.

A este déficit regulatorio, se suma una creciente preocupación por la *deferencia epistémica* que, en materias de naturaleza eminentemente técnica, mostrarían los jueces respecto de los pronunciamientos de los peritos, como consecuencia de que los primeros *‘no tienen a menudo el entrenamiento técnico ni científico necesario para controlar de manera efectiva el trabajo del perito’* (TARUFFO, 2008, p. 96). Según los críticos, tal deferencia se traduciría en el reemplazo de la labor del juez, por la función que cumple el perito, quien es percibido cada vez más como el que verdaderamente resuelve los conflictos judiciales de naturaleza técnica a través de sus dictámenes. La cuestión ha recibido amplia atención en derecho comparado (de manera meramente ejemplar, el tema ha sido tratado por TARUFFO, 2008; GASCÓN, 2017; VÁSQUEZ C., 2013) y ha comenzado a ser esbozada también por la doctrina chilena. Particularmente, hace poco tiempo atrás y en un trabajo que será objeto de análisis más adelante, BULNES y VIAL (2017) han planteado una serie de medidas para una adecuada valoración de la pericia, precisamente con el fin de evitar el riesgo de lo que ellos han llamado como una *transferencia indebida de jurisdicción* del juez o árbitro hacia el perito.

Un reflejo de esta preocupación creciente en *los operadores* lo constituye una encuesta practicada por el CAM a distintos árbitros y abogados sobre distintas cuestiones vinculadas a los arbitrajes de construcción, entre otras, los eventuales problemas que enfrenta la valoración del peritaje por parte de un Tribunal Arbitral<sup>2</sup>. Enfrentados a cuatro descripciones de entre las cuales se debía escoger la más representativa, un 71% de los abogados de parte respondió que la descripción que más los representaba era que *‘el tribunal se apega al informe sin realizar un análisis propio del caso’*<sup>3</sup>.

La práctica judicial, por su parte, muestra muchas veces que estas preocupaciones son fundadas. Lamentablemente, resulta usual encontrarse con sentencias que utilizan los informes periciales únicamente como *argumentos de*

---

<sup>1</sup> Aunque el arbitraje nacional o doméstico se puede desarrollar en virtud de distintas instancias, en adelante, cuando se haga alusión a él, se estará teniendo presente aquel que se sigue bajo las reglas del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (en adelante, “CAM”), que constituye el centro de arbitraje más prestigioso y de mayor alcance existente en Chile.

<sup>2</sup> Los resultados generales de tal encuesta serán dados a conocer próximamente.

<sup>3</sup> En un contraste que resulta alarmante por los efectos institucionales y prácticos que ello supone, solo un 7% de los árbitros encuestados escogió que aquella era la descripción que más los representaba. Por el contrario, un 69% de los árbitros encuestados consideraba que la descripción que más los representaba era que la *‘valoración del informe pericial por parte del tribunal es usualmente adecuada’*.

*autoridad* que no son evaluados en su mérito, al tiempo que, como argumento de clausura, invocan las reglas de la sana crítica para sostener que se ha efectuado una adecuada valoración del mismo<sup>4</sup>. En efecto, razonamientos de este tipo abundan en nuestra jurisprudencia: “apareciendo del informe pericial que los perjuicios se encuentran dados por x, ascendiendo éstos a y, suma que *se considerará adecuada* luego de valorar el informe pericial conforme a las reglas de la sana crítica, se acoge la indemnización solicitada”<sup>5</sup>. Como se puede apreciar, ninguna fundamentación racional se ofrece respecto de por qué precisamente tal suma, y no otra, se considera adecuada. Si a ello se suma el hecho que, a diferencia de lo que ocurre en materia penal con el estándar de “más allá de toda duda razonable”, en nuestro sistema no existen estándares legales de prueba en materia civil que permitan determinar cuándo un hecho puede estimarse verdadero<sup>6</sup>, el informe pericial puede terminar siendo usado como una herramienta servicial para la arbitrariedad judicial, que es precisamente lo que las reglas en materia de prueba pretenden evitar.

Considerando lo expuesto, este trabajo busca ofrecer una serie de controles respecto de la labor del perito y del peritaje propiamente tal. Tomando en consideración una serie de reglas que rigen en materia de arbitraje internacional, así como el desarrollo de estándares cuya aplicabilidad se discute en el derecho comparado, se ofrecen así una serie de controles que, según se sugiere, permitirían deslindar de mejor modo la labor del perito y darle un mayor nivel de independencia al adjudicador respecto de sus dictámenes. Para estos efectos, el trabajo se divide en cinco secciones. La primera se refiere al control sobre la imparcialidad del perito y sugiere la aplicación de reglas más estrictas tendientes a la prevención de conflictos de intereses. La segunda se refiere al control sobre los límites externos del peritaje, describiendo la tradicional limitación de que los peritos no pueden pronunciarse sobre aspectos jurídicos, pero dando cuenta de la importancia que puede tener la transgresión de dicho límite. La tercera sección, en tanto, pretende trazar algunos límites en relación con lo que el perito debiera estar autorizado a hacer tanto en materia de comunicaciones con las partes y el árbitro, como en los requerimientos de antecedentes durante el desarrollo del peritaje. Luego, la cuarta sección sugiere el establecimiento de instancias concretas de control, tanto antes de que se inicie el peritaje, como con posterioridad a la entrega del informe. La quinta sección, por último, se refiere a la preocupación a que ya se ha hecho referencia, esto es, a cuáles deberían ser los controles que

---

<sup>4</sup> De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 425 CPC, ‘[l]os tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica’.

<sup>5</sup> Este es, de hecho, el razonamiento utilizado en la determinación de los perjuicios, por el 27° Juzgado Civil de Santiago, en el considerando 40° de la conocida sentencia dictada en los autos caratulados “Obrascón Huarte Lain S.A. Agencia en Chile con Fisco de Chile”, rol 26844-2011.

<sup>6</sup> Sí existen, en cambio, algunos intentos doctrinales por construir un estándar de prueba en materia civil. Un ejemplo lo constituye la obra de LARRAUCAU (2012). En ella, el autor plantea la importancia de desarrollar dichos estándares, en la medida que sirven para minimizar los riesgos de error en las apreciaciones sobre los hechos y para otorgar un mínimo de razonabilidad en el juicio sobre los mismos.

deberían diseñarse a efectos de poder garantizar una genuina valoración e independencia epistémica del árbitro respecto a los argumentos científicos y técnicos que se esbozan en un peritaje y que, por su naturaleza, son más bien ajenos al *bagaje cognitivo* del juez o árbitro.

Finalmente, una prevención: dos principios han servido de guía al momento de sugerir los controles que se describirán en lo que sigue. Por una parte, se ha tomado en consideración que una finalidad del proceso es alcanzar la verdad respecto de los hechos o al menos minimizar al máximo la ocurrencia de errores en la determinación de tales hechos. Por la otra, se ha considerado también que uno de los controles más efectivos sobre la actividad probatoria es la contradicción entre las partes —una forma de control eminentemente formal—, entendida principalmente como la posibilidad de ellas *‘de intervenir y defenderse preventivamente sobre todos los aspectos de la controversia que resultan de alguna forma relevantes para la decisión’* (TARUFFO, 2008, p. 431).

## **II. LOS CONTROLES SOBRE LA LABOR DEL PERITO**

### **A. Controles sobre la imparcialidad del perito**

Uno de los aspectos que normalmente es objeto de mayor preocupación respecto de la prueba pericial, dice relación con cómo lograr que los peritos sean neutrales, imparciales e independientes respecto del asunto sobre el que debe emitir opinión. Al respecto, existe cierto consenso sobre las dificultades que, desde el punto de vista epistémico, supone el nombramiento de peritos que sean absolutamente imparciales respecto del asunto sobre el cual se deben pronunciar. Según ilustra la doctrina especializada, aunque un perito sea independiente respecto de las partes, puede tener compromisos intelectuales o implícitos con una determinada metodología, con una particular teoría dentro de múltiples teorías competitivas o, incluso, con un determinado punto de vista institucional acerca de lo que se entiende como *la respuesta correcta* en un algún aspecto de alguna ciencia o arte. Una reflexión sobre este tipo de conflictos de intereses o de compromisos que obstan a la total neutralidad del perito, escapa a los objetivos de este trabajo. En lo que sigue, se efectuarán solo algunas reflexiones relativas a la *imparcialidad de origen*, esto es, a lo que siguiendo a VÁSQUEZ, C. (2015, p. 73) se puede entender como la independencia o falta de relación directa del perito con una de las partes como consecuencia de su selección.

En las reglas de procedimiento civil chileno, el modo de controlar la imparcialidad de los peritos se basa en dos mecanismos distintos. Por una parte, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 413 CPC, a los peritos se les aplican las mismas inhabilidades que rigen para los testigos, las cuales se encuentran establecidas, en un catálogo taxativo, en los artículos 357 y 358 de dicho cuerpo legal. Luego, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 113 CPC, se entiende que para los peritos también rigen las reglas sobre implicancias y recusaciones determinadas para los jueces, *en la medida que les sean aplicables*.

A pesar que, *prima facie*, podría considerarse que esta especie de doble fiscalización supone una forma más exigente de control<sup>7</sup>, lo cierto es que la suma de ambos mecanismos resulta insuficiente para controlar de manera adecuada la imparcialidad del perito y, como se verá, no se adecúan a los estándares más exigentes que debiesen aplicarse en materia de prevención de conflictos de intereses.

### **A.1. La insuficiencia de las reglas sobre inhabilidades de testigos**

Las reglas sobre inhabilidad de los testigos son insuficientes para controlar la imparcialidad de los peritos por distintas razones.

En primer lugar, no es claro cómo este régimen de inhabilidades se puede hacer efectivo, en términos procedimentales, respecto de los peritos. Aunque resulte extraño, ni el CPC ni las Bases de Procedimiento del CAM garantizan una instancia en que las partes, a través de preguntas especialmente dirigidas al efecto, puedan interrogar al perito con el fin de determinar si se configura alguna causal de inhabilidad a su respecto. En la práctica, lo normal es que el perito, luego de aceptar su designación, tenga una audiencia con las partes, pero ella solo está destinada a que éstas formulen observaciones sobre el objeto del peritaje y no a que evalúen su imparcialidad. En otras palabras, se da la paradoja de que, si bien se establecen causales de inhabilidad respecto del perito, el sistema no contempla la manera precisa de hacerlas efectivas. El resultado es que, a falta de una instancia formal de control a favor de las partes, quien evalúa si es que existe alguna causal que ponga en entredicho su imparcialidad en un caso concreto, termina siendo el propio perito, por sí y ante sí.

Como se verá más adelante, en la actualidad, las Bases de Procedimiento del CAM contemplan expresamente la posibilidad de que el perito pueda ser interrogado por las partes o el Tribunal acerca de su informe. A partir de ello, podría sugerirse que aquella sería la instancia propicia para interrogar al perito sobre su imparcialidad, al igual que como se hace respecto de los expertos de parte. Evidentemente, una sugerencia como aquella no sería razonable. Mientras tiene sentido, como es cada vez más habitual, que la imparcialidad de los testigos se evalúe recién al momento de valorar la prueba y que no existan inhabilidades *ex ante* que impidan su declaración, la imparcialidad de un perito, por razones de debido proceso y de eficiencia en la tramitación, debe encontrarse garantizada desde antes de que comience a ejecutar su encargo y no ser valorada recién al momento en que se evalúa el peritaje a efectos de dictar sentencia. Entre otras cosas, no debe olvidarse que los peritos perciben honorarios por los servicios que prestan para el esclarecimiento de los hechos. No se justifica, por ende, que recién

---

<sup>7</sup> BORDALÍ, CORTÉS y PALOMO (2014), por ejemplo, sostienen que esta doble instancia de control sería *‘una demostración que el legislador busca que los peritos sean lo más imparciales posibles para que sus informes sean lo más objetivos posibles’*. RODRÍGUEZ (2005, p. 243) esboza una opinión similar respecto de los objetivos del legislador al extender las causales de impuncias y recusaciones también a los peritos.

con posterioridad al cobro de los mismos se contemple la instancia para garantizar el derecho de las partes de indagar acerca de la imparcialidad del perito.

En suma, quien quisiera mantener las causales de inhabilidad de los artículos 357 y 358 CPC también para los peritos, debiese instar para que existiera una oportunidad formal en que las partes pudiesen efectuar las preguntas necesarias para determinar si es que eventualmente se configura alguna de tales causales a su respecto.

En segundo lugar, aun cuando existiera una instancia en que los peritos pudieran ser interrogados acerca de eventuales inhabilidades que los afectaren a la luz de lo dispuesto en los artículos 357 y 358 CPC, aparece una dificultad adicional, de carácter sustantivo. Ella está dada por el hecho que las causales de inhabilidad establecidas en las disposiciones recién indicadas solo permiten realizar un *control muy grueso* respecto de la imparcialidad del perito, es decir, un control que recae únicamente sobre casos evidentes y muy notorios de inhabilidad. En efecto, mientras las causales del artículo 357 CPC permiten inhabilitar a un testigo en razón de la falta de capacidad —se incluyen, por ejemplo, los menores de 14 años o los que hayan sido declarados interdictos por demencia— o de falta de probidad —por ejemplo, los que hagan de profesión testificar en juicio o hayan cohechado o intentado cohechar a otros—, las causales del artículo 358 CPC dan cuenta de situaciones en las cuales existe una presunción más que evidente de parcialidad, como ocurre cuando quien declara es pariente, dependiente, trabajador o amigo íntimo de quien lo presenta a declarar. Todo indica que normalmente un perito no se encontrará en tales circunstancias, lo que no quiere decir, por cierto, que vaya a estar a exento de algún eventual conflicto de interés.

En la práctica, una de las causales que normalmente se invoca para intentar realizar un control más profundo sobre eventuales inhabilidades es la del N° 6 del artículo 358 CPC, según la cual son inhábiles para declarar *‘los que a juicio del tribunal carezcan de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el pleito interés directo o indirecto’*. La jurisprudencia, sin embargo, ha estrechado el cerco de lo que se entiende por tener interés en el pleito, resolviendo que él se configura solo cuando existe un interés pecuniario o material en el juicio mismo<sup>8</sup> o, como decía un fallo de principios del siglo pasado y que sigue teniendo vigencia, cuando el *‘interés es inmediato en la causa en que [se] declara, y no en otra causa’*<sup>9</sup>. Entendida en estos términos, la causal tampoco contribuye sustancialmente a determinar eventuales conflictos de intereses de un perito. Por una parte, es evidente que la causal no se configuraría respecto de un perito por el solo hecho que éste cobre honorarios por los servicios prestados, en la medida que tales honorarios son consustanciales a la existencia misma del peritaje. Solo podría llegar a configurarse una eventual

---

<sup>8</sup> Sentencia dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, el 3 de septiembre de 1930. En el mismo sentido, pero 60 años después, se pronuncia la sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema, el 23 de mayo de 1990.

<sup>9</sup> Sentencia dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Valdivia, el 20 de agosto de 1912.

hipótesis de inhabilidad si, por ejemplo, el perito pactara algún honorario contra algún resultado exitoso, lo que supone un caso más bien extremo y de difícil ocurrencia. Por la otra, si la inhabilidad se aplica solo cuando existe un interés económico directo del perito en la causa en que presenta su informe, se pierde la oportunidad de controlar una de las cosas que más interesa en la regulación sobre conflictos de intereses: que se preste un informe parcial en una causa, por el interés de ser contratado, a futuro, en una causa distinta.

## **A.2. La insuficiencia del sistema de impugnaciones y recusaciones**

Como se señaló, el inciso 2° del artículo 113 CPC dispone que las causales de impugnación o recusación establecidas para los jueces en los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales (en adelante, COT), se extienden también a los peritos *en cuanto sean aplicables a aquéllos*. A pesar de que pudiera estimarse que esto supone un sistema de control más robusto sobre la imparcialidad del perito, ello está lejos de ser así.

En primer lugar, el sistema de impugnaciones y recusaciones respecto del perito, tiene aparejados problemas similares a las causales de inhabilidad de los artículos 357 y 358 CPC. Por una parte, no existe una instancia formal que permita a las partes interrogar a los peritos para saber si es que los afecta alguna de las causales de impugnación y recusación. Por la otra, las causales se basan en hipótesis demasiado evidentes de parcialidad, no regulando aquellos casos en los cuales precisamente se requiere efectuar un análisis más fino para poder determinar si es que el perito es realmente imparcial. El artículo 195 COT, por ejemplo, dispone que el juez —y, por ende, el perito— es inhábil si es que es parte en el pleito, o principalmente si es que tiene vínculos de parentesco o de representación con alguna de las partes del mismo. El artículo 196 COT, por su parte, también consagra varias hipótesis de parentesco ilegítimo —figura que con la supresión de la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, deja de tener aplicación—, establece que el juez no puede ser deudor o acreedor de alguna de las partes o sus abogados (196 N° 5 COT), no puede tener litigios con las partes (196 N° 8 COT), ni vínculos societarios con ellas (196 N° 13 y N° 18 COT); tampoco puede tener vínculos de amistad o enemistad con las partes (196 N° 15 y 16 COT), ni haber recibido servicios o dádivas de las partes luego de iniciado el juicio (196 N° 17 COT).

Todas estas causales, como se dijo, se ponen en hipótesis demasiado evidentes de parcialidad. Las únicas causales que permiten efectuar un escrutinio algo más exigente son la del artículo 196 N° 14 COT, esto es, que el juez (o perito) haya recibido un beneficio de importancia de las partes, que haga presumir empeñada su gratitud; y la de los artículos 195 N° 8 y 196 N° 10 COT, que establecen una inhabilidad para el caso que el juez haya pronunciado dictamen sobre la cuestión pendiente. En virtud de esta última causal, como se verá más adelante, se ha interpretado que un perito podría ser inhabilitado en caso que, en su dictamen, anticipara juicios o calificaciones sobre la cuestión de fondo.

Aunque con las causales de recusación, sobre todo con las últimas dos a que se ha hecho referencia, las hipótesis de inhabilidad por falta de imparcialidad se abren un poco, hay varias cuestiones sustantivas que siguen sin ser objeto de control. Por ejemplo y sin pretensión de exhaustividad, interrogantes como las que siguen quedan sin respuesta: ¿ha actuado el perito como experto de alguna de las partes en el pasado?; ¿el perito designado por el Tribunal ha actuado con recurrencia como experto de parte para los abogados del estudio que representan al demandante o demandado?; ¿está la institución a la que pertenece el perito prestando asesoría técnica en otros litigios a los abogados que conocen de la controversia, o a otros abogados de su mismo estudio?; si no lo hace, ¿la institución a la que pertenece el perito, ha prestado servicios a alguna de las partes en el último tiempo?

En segundo lugar y según lo dejan de manifiesto algunas de las preguntas expuestas, la regulación que existe sobre las inhabilidades en el CPC y en el COT, por lo general, solo permiten descartar eventuales vínculos con la persona del perito propiamente tal, pero no con las instituciones en que éstos se desempeñan y con las cuales se generan redes de interés. Las causales tampoco son apropiadas para escrutar los vínculos que pudieran existir, no tanto con los abogados de las partes, sino que con los estudios a los que pertenecen<sup>10</sup>. Como consecuencia, el *componente institucional* que puede dar lugar a conflictos de intereses, no es fiscalizado en modo alguno. Ello pierde de vista que muchas veces la imparcialidad es cuestionada principalmente por los vínculos institucionales que el perito pueda tener.

En tercer lugar, el sistema de implicancias y recusaciones, al menos en lo que respecta a los peritos, descansa únicamente en la actividad de las partes. Legalmente, corresponde a éstas ‘*expresar y probar algunas de las causas de implicancia o recusación*’ (art. 113 inc. 2° CPC). Aquello lo confirma el artículo 114 CPC que dispone que la inhabilidad *deberá pedirse* antes de cualquier gestión relacionada al fondo del asunto o, en caso de conocerse la causa con posterioridad, *deberá proponerse* tan pronto como se tenga conocimiento de ella. La norma es distinta que la que rige tratándose de jueces y de los auxiliares de Administración de Justicia, pues ellos tienen la obligación de hacer constar en el proceso la inhabilidad si es que se consideran comprendidos en alguna causal (artículos 199 y 490 COT). Esta realidad exige plantear nuevamente la pregunta de antes: ¿cómo pueden averiguar las partes si es que al perito lo afecta una causal de inhabilidad, si es que no se consagra una instancia formal para ello? A falta de tal oportunidad, la posibilidad de que las partes tomen conocimiento de una eventual inhabilidad del perito descansa, en buena medida, en el simple azar.

---

<sup>10</sup> El artículo 88 del Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile A.G., es un buen indicador de que los conflictos de intereses no son únicamente personales, sino también institucionales. Tal disposición establece que ‘*[c]uando varios abogados integran un mismo estudio profesional, cualquiera sea la forma asociativa utilizada, las reglas que inhabilitan a uno de ellos para actuar en un asunto por razones de conflicto de funciones o de intereses también inhabilitará a los restantes*’.



### A.3. Hacia un modelo de prevención de conflictos de intereses

Dado que los dos mecanismos examinados resultan insuficientes para resguardar la imparcialidad del perito. ¿Cómo se puede intentar asegurar, entonces, tal imparcialidad? Para responder esta pregunta conviene tener presente las reglas sobre designación de peritos en materia de arbitraje internacional.

A modo de ejemplo, el artículo 3(3) del Reglamento de la CCI sobre Administración de Procedimientos de Peritaje establece un criterio amplio (no taxativo), para determinar la existencia de una eventual falta de independencia del perito, requiriendo que sea éste quien, al suscribir una declaración de imparcialidad e independencia dé a conocer *‘cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiera dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad’*<sup>11</sup>. Normas similares se establecen en el artículo 29(2) del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL<sup>12</sup> y en el artículo 6(2) de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (en adelante, las “Reglas de la IBA sobre Prueba”)<sup>13</sup>.

Como se puede apreciar, estas reglas dan cuenta de ciertas diferencias relevantes respecto del sistema de control de imparcialidad que rige en nuestro sistema respecto del perito. Por una parte, no establecen causales taxativas como presunciones de parcialidad, sino que exigen revelar *cualquier situación* que pudiera estimarse como constitutiva de algún conflicto de interés, con lo que se amplía de manera relevante aquello que puede ser objeto de control. Por otra parte, ponen de cargo del perito el deber de efectuar una declaración de independencia, correspondiéndole a éste el asegurar o revelar a las partes que no se encuentra afectado por alguna causal que lo pudiera inhabilitar, y no a las partes descubrirlo. Como consecuencia, el perito debe asumir las consecuencias por una eventual falsedad en su declaración.

---

<sup>11</sup> El mismo artículo 3(3) dispone, además, que esta información se comunicará a las partes por el Centro Internacional de ADR de la CCI —órgano administrativo independiente dentro de la Cámara de Comercio Internacional—, el que *‘fijará un plazo para que estas realicen sus comentarios’*. Por su parte, como exigencia de que esta imparcialidad e independencia sean constantes durante el transcurso del arbitraje, el artículo 4(5) del Reglamento en cuestión dispone que si el perito no es independiente o imparcial *‘el Centro podrá sustituir dicho perito después de evaluar las observaciones del mismo y las de las(s) otra(s) parte(s)’*.

<sup>12</sup> Tal disposición establece que *‘antes de aceptar su nombramiento, el perito presentará al tribunal arbitral y a las partes una descripción de sus cualificaciones y una declaración de imparcialidad e independencia. En el plazo que dicte el tribunal arbitral, las partes informarán al tribunal arbitral de toda objeción que pudieran tener respecto de las cualificaciones, la imparcialidad o la independencia del perito (...)’*.

<sup>13</sup> Tal disposición establece que *‘antes de su nombramiento, el Perito Designado por el Tribunal Arbitral deberá entregar a éste y a las Partes una descripción acerca de su cualificación y una declaración de su independencia respecto de las Partes, de sus asesores legales y del Tribunal Arbitral’*.

Llegados a este punto resulta adecuada una complementación. Los peritos, expertos en su ciencia o arte, normalmente son absolutamente legos en lo que dice relación con las reglas sobre prevención de conflictos de intereses. Si se efectuase una investigación a nivel nacional sobre las reglas que siguen los peritos para detectar tales conflictos, probablemente nos encontraremos con una total falta de directrices o de guías. Todo indica, de hecho, que la detección de eventuales conflictos es dejado al leal saber y entender de cada quién<sup>14</sup>.

Ante este panorama, una medida adecuada a implementar es que sean los propios árbitros quienes, en algún momento posterior a la designación del perito, les adviertan sobre cuáles son los criterios más adecuados para prevenir un potencial conflicto de interés, sea con el Tribunal, sea con las partes o sus abogados. En esto, los árbitros deberían contar, a su vez, con una guía que les permita unificar los criterios que van a representar a los peritos sobre potenciales conflictos de intereses, de modo tal de evitar disparidades de criterios entre las indicaciones de un árbitro y otro<sup>15</sup>. Así lo ha hecho, por ejemplo, el Club Español de Arbitraje, que recientemente publicó su Código de Buenas Prácticas Arbitrales (2019). En ellas se entregan una serie de recomendaciones para el buen desarrollo del arbitraje, se establece un amplio deber de revelación respecto de *‘cualquier circunstancia que, a los ojos de un tercero razonable e informado, pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su objetividad e independencia’*<sup>16</sup> y se consagra una lista de preguntas para que los peritos evalúen sus eventuales conflictos de intereses, respecto (i) de las partes, (ii) de la disputa, (iii) de los abogados que le han designado, (iv) o de otras personas implicadas en el arbitraje.

A falta de una guía a nivel nacional que regule estas cuestiones respecto de los peritos, resulta razonable acudir, al menos de modo referencial, a las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional<sup>17</sup> (2014). Estas directrices constituyen, hoy por hoy, la regulación más sofisticada en materia de prevención de conflictos de intereses para los árbitros o, como dice el propio Comité de Arbitraje de la IBA en tales Directrices, *‘la mejor y más reciente práctica internacional’* (2014, p. 2). Tal regulación, por lo demás, se encuentra basada *‘en las normas jurídicas y jurisprudencia de diversas jurisdicciones, así como en el criterio y la experiencia de profesionales involucrados en el arbitraje internacional’* (2014, p. 2). La virtud de estas directrices es que identifican una serie de circunstancias que podrían considerarse como constitutivas de conflictos de intereses, listándolas en distintos catálogos no exhaustivos. Así, en el primero de ellos se identifican hipótesis que

---

<sup>14</sup> De hecho, habiendo consultado sobre este punto a representantes de una de las instituciones más prestigiosas en Chile en materia de elaboración de arbitrajes, me reconocían que el control sobre conflictos de intereses era más bien informal y que no existían reglas específicas o manuales que permitieran determinar cuándo podía estimarse que la imparcialidad de tal o cual perito podía resultar afectada en el caso concreto.

<sup>15</sup> La elaboración de una guía nacional sobre regulación de conflictos de intereses para árbitros es una tarea que, a la fecha, se encuentra pendiente.

<sup>16</sup> Recomendación N° 140.

<sup>17</sup> Estas Directrices fueron adoptadas por acuerdo del Consejo de la IBA el 23 de octubre de 2014.

objetivamente constituyen conflictos de intereses (el denominado listado rojo); en el segundo se identifican situaciones específicas que, dependiendo de las especiales circunstancias del caso concreto, podrían llegar a causar dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro (el denominado listado naranja); y, en el tercero, se enumera una serie de hipótesis específicas que no son susceptibles de crear ni crean un conflicto de interés (el denominado listado verde).

Si bien estas directrices han sido diseñadas para controlar los conflictos de intereses que pudieran afectar a los árbitros, bien podrían ser utilizadas, referencialmente, para controlar también la imparcialidad e independencia del perito. De hecho, no existen buenas razones para defender que el perito debería someterse a un escrutinio menos estricto que el árbitro en materia de conflictos de intereses. Al respecto, basta recordar que, al igual que los árbitros, los peritos comparten la característica de cobrar honorarios por su participación en la resolución de la controversia que se les presenta. Precisamente este indudable interés que subyace a ser designado para participar en la elaboración de un informe, hace aconsejable que la regulación de potenciales conflictos sea tan exhaustiva como la que existe tratándose de los árbitros y que, en definitiva, su determinación no sea dejada única y exclusivamente en manos del propio perito.

La aplicación extensiva a los peritos de directrices similares a las que contempla la IBA para la prevención de conflictos de intereses de los árbitros, tiene una virtud adicional: en ellas los conflictos se previenen no solo respecto de la *persona* de los árbitros, sino también respecto de los estudios o instituciones de las que son parte. Una regulación similar debiese existir en material pericial: los conflictos no solo debieran regularse respecto de la persona del perito en particular, sino también respecto del centro de investigación, universidad o compañía en la que se desempeñan. Más aun considerando la tendencia que existe en la actualidad de designar como perito a una institución o centro propiamente tal, para que sea éste el que determina, dentro de distintos expertos, quién ejecutará el encargo<sup>18</sup>.

## **B. Controles sobre el límite externo del peritaje: determinación de los hechos y no del Derecho**

Si hay algo sobre lo cual nuestra legislación ha sido particularmente clara es que el peritaje debe recaer exclusivamente sobre cuestiones de hecho que requieran de alguna aclaración desde el punto de vista técnico<sup>19</sup>. Las cuestiones de

---

<sup>18</sup> Tal tendencia probablemente se incrementará en el futuro. El artículo 325 del Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil contempla expresamente el peritaje institucional, disponiendo que *'las pericias podrán ser practicadas por instituciones (...)'*.

<sup>19</sup> El artículo 411 CPC establece expresamente que el informe de peritos debe recaer *'sobre puntos de hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales de alguna ciencia o arte'*. La única excepción que establece dicha disposición autorizando a un perito a pronunciarse sobre puntos de derecho, dice relación con facultad que se le otorga a efectos de ilustrar a un juez sobre determinados aspectos de una legislación extranjera.

Derecho, en cambio, están reservadas solo para el órgano jurisdiccional, que es el único llamado a resolver las controversias propiamente jurídicas —y, por ende, también las contractuales— que se presentan en un caso concreto. La razón detrás de esta regulación es evidente: la jurisdicción, la potestad de decidir cómo debe resolverse una determinada controversia jurídica, reside únicamente en el juez o árbitro y no en los peritos. Precisamente por esto, nuestra jurisprudencia ha sostenido que: *'carecerá de valor en su dictamen todo aquello que escape a la "ciencia o arte" que el perito profese, siendo consiguientemente también ajeno a su natural órbita de competencia todo juicio de valor y con mayor razón toda calificación jurídica que saliéndose de ese ámbito emita el perito al cumplir su encargo'*<sup>20</sup>.

A pesar que no existe controversia sobre esta materia en nuestra doctrina y jurisprudencia, resulta bastante usual encontrarse con que los peritos tienden a pasar por alto esta reglamentación que deslinda los límites externos de su función. Las razones por las cuales un perito puede llegar a comportarse de este modo — es decir, atribuyéndose funciones o calidades que no le han sido conferidas por el ordenamiento jurídico— pueden deberse a distintas circunstancias. Falta de objetividad, sesgos a favor de alguna de las partes o el propio sentido de justicia del perito acerca de un caso particular, contribuyen muchas veces a que el perito no solo quiera resolver un aspecto técnico del caso que se presenta a su conocimiento, sino que el caso propiamente tal. A esas causales más profundas y de más difícil corrección, se suma otra bastante más pedestre y fácil de erradicar: el escaso conocimiento que tienen muchos peritos acerca de las normas que regulan el ejercicio de su función. Sobre esto se volverá más adelante.

Más allá de cuáles sean las razones que pueden explicar esta conducta *sobre-abarcadora*, lo preocupante son los efectos. Ellos se traducen en que, junto con emitir pronunciamientos técnicos acerca de determinados aspectos de hecho, en no pocas ocasiones los peritos efectúan calificaciones contractuales, interpretan el contrato o le indican al juez o árbitro cómo debieran hacerlo, determinan y sugieren cómo debería resolverse una determinada controversia jurídica o, incluso más, dejan de pronunciarse respecto a determinados puntos de hecho esgrimiendo consideraciones jurídicas. En suma, en no pocas ocasiones la práctica demuestra que los informes periciales devienen en verdaderos *informes técnico-*

---

<sup>20</sup> Sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, el 4 de agosto de 1998, en los autos caratulados *Arcaya y López S.A. con Tecnología de Aluminio Ltda.* En el mismo sentido se pronuncia la sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Copiapó, el 18 de julio de 2016, en los autos rol 199-2016, donde se resolvió lo siguiente: *'Que la jurisprudencia ha señalado que de acuerdo a lo establecido en los artículos 411 Nos Io 13 N° 2, 414, 419 y 421 del Código de Procedimiento Civil, es de la esencia de la prueba de peritos que en "la ilustración de las cuestiones que debe resolver el Juez", el perito, se refiera y deba ceñirse necesariamente a la "apreciación" de "puntos de hecho" y de aquellas "circunstancias" pertinentes en que se necesiten "conocimientos especiales de una ciencia o arte", siendo precisamente por ello que en la designación de todo perito habrá de estarse al "título profesional" que tuviere o, en su defecto y en su caso, a la "calidad" o "aptitudes" que "deben tener" los referidos peritos en relación al "punto o puntos materia del informe", agregando que "carecerá de valor en su dictamen todo aquello que escape a la "ciencia o arte" que el perito profese, siendo consiguientemente también ajeno a su natural órbita de competencia todo juicio de valor y con mayor razón toda calificación jurídica que saliéndose de ese ámbito emita el perito al cumplir su encargo'.*

*legales*, con una serie de recomendaciones respecto de cómo debería entenderse una norma o una cláusula contractual cuyos alcances se discuten en el proceso.

Hay quienes sugieren que esto sería un problema menor. MEREMINSKAYA y LANDEROS (2017, p. 10), por ejemplo, han sostenido que *‘esta preocupación es más bien fácilmente abordada por los tribunales arbitrales, dado que ellos no se encuentran vinculados por las conclusiones de un peritaje y son libres de modificar aquellas decisiones que tienen naturaleza legal’*<sup>21</sup>. Una consideración como ésta, sin embargo, resulta insuficiente en términos de control. Basta considerar que aunque los árbitros no están vinculados por las apreciaciones y calificaciones jurídicas de los peritos, éstas no siempre terminan siendo inocuas para el desarrollo del proceso y para la sentencia final que se dicte en él.

Dos ejemplos tomados de la práctica ilustran este punto. En un arbitraje de construcción seguido ante el CAM, la constructora demandada contrató los servicios de un *experto de parte* con el fin que determinara los mayores costos que había sufrido producto de la sobrestadía en obras y que avaluara, entre otras cosas, los defectos de la ingeniería que había sido aportada por el mandante para el desarrollo del proyecto. Desde el punto de vista técnico, el informe era claro, preciso y riguroso. Sin embargo, en su parte introductoria, el informe enfatizaba, en diversas ocasiones, que el contrato suscrito por las partes tenía la naturaleza de un Contrato de Adhesión. Ello, a pesar que la contratista era filial de una de las mayores empresas constructoras del país, con gran experiencia en el rubro, y que al menos formalmente había tenido la posibilidad de discutir las cláusulas del contrato. El efecto de que se efectuara tal calificación fue demoledor para la contratista. El árbitro, precisamente basado en tal argumento del perito, hizo ver en diversas ocasiones que su informe era evidentemente parcial y había sido construido *ad-hoc* para quien lo presentó. En definitiva, todo el contenido del informe, incluidas sus consideraciones técnicas, pasaron a ser miradas con recelo a partir de una calificación jurídica inadecuada.

Un segundo caso demuestra de modo más extremo los efectos que puede producir la intervención de un perito en asuntos propiamente jurídicos. Dicho caso corresponde también a un arbitraje de construcción tramitado ante el CAM. En él, la constructora solicitó un peritaje con el fin de que, entre otras cosas, se valorizaran los mayores gastos generales que ella había sufrido producto de una serie de atrasos atribuibles al mandante o dueño de la obra. Para realizar dicha valorización se requería tener conocimientos técnicos acerca de los programas de trabajo que habitualmente se utilizan en la industria de la construcción y medir, en cantidad de días, los impactos que había sufrido la ruta crítica de las obras. Todas cuestiones que, por cierto, normalmente se encuentran fuera de la órbita de conocimiento de un juez y para las cuales el informe pericial resultaba esencial. Lamentablemente, a pesar que la solicitud de peritaje requería expresamente un pronunciamiento sobre este punto y de que el propio árbitro ordenó que el perito efectuare tal valorización, el informe pericial no se pronunció sobre el particular. ¿La razón? El perito señaló en su informe que existía un finiquito suscrito por la

---

<sup>21</sup> Traducción libre del original.

empresa constructora, en virtud del cual ésta simplemente no tenía derecho a efectuar reclamos tendientes a compensar los mayores gastos generales sufridos durante la ejecución de las obras, que era precisamente el sustento de su demanda. Más allá de que el perito pasó por alto que el sentido y alcance de dicho finiquito era otra de las cuestiones que se estaba discutiendo en el arbitraje y que debía ser resuelta recién en la sentencia definitiva, lo que resulta más grave es que el perito dejó de cumplir su encargo en el esclarecimiento de una cuestión de hecho, esgrimiendo una consideración netamente jurídica. Ante la falta de ejecución del encargo encomendado al perito, se solicitó al árbitro una complementación del peritaje y el nombramiento de un nuevo perito que ejecutara el encargo. Tal solicitud no fue acogida. El resultado, nada más y nada menos, fue que no se pudo rendir prueba acerca de los daños sufridos por la empresa contratista.

Como se puede apreciar, las calificaciones jurídicas que efectúa un perito pueden producir efectos sumamente relevantes para el devenir del caso. Asimismo, y aunque ellas no sean vinculantes, pueden terminar influyendo de manera decisiva en la forma en que un juez o árbitro termina adjudicando. Sobre todo, cuando éste no cuenta con un grado de experiencia importante en el tipo de conflictos que se someten a su decisión. Por lo mismo, no basta con señalar que *‘carecerá de valor en su dictamen todo aquello que escape a la “ciencia o arte” que el perito profese’*, sino que se requiere algún tipo de control más estricto para evitar que un perito termine actuando en los términos que le corresponde únicamente al árbitro.

Más allá de los controles que se sugieren más adelante (infra II.D.), sobre el particular resulta relevante recordar que, como lo explicaba desde antiguo ANABALÓN (1963), aquel perito que se excede en sus funciones, inmiscuyéndose en materias propias del fondo o anticipando juicios al respecto, puede incluso llegar a ser inhabilitado de conformidad a las reglas del CPC y del COT, aplicables supletoriamente en materia de arbitraje<sup>22</sup>. Particularmente, así se ha entendido por aplicación de lo dispuesto en los artículos 195 N° 8 COT y 196 N° 10 COT, que consagran como hipótesis de parcialidad el haber manifestado un dictamen sobre la cuestión pendiente. La aplicación de estas causales de inhabilitación a los peritos ha sido reconocida expresamente por la jurisprudencia<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> En palabras del autor citado, *‘[la] ley ha descartado de este modo toda creencia y posibilidad de que los peritos actúen ahora como jueces, pues la misión de ellos se reduce, precisamente, a auxiliar a estos últimos en la apreciación de determinados hechos, nunca del derecho, por lo que faltan a su deber los primeros si avanzan en sus informes alguna opinión sobre el fondo mismo del juicio, sobre todo, en el aspecto jurídico, en cuyo caso pueden hasta incurrir en una causal de inhabilitación, conforme al artículo 113 inciso 2° (ANABALÓN, 1963, p. 447).*

<sup>23</sup> De modo meramente referencial y aunque el caso se refería a la inhabilitación que tenía un perito para emitir un nuevo dictamen en una causa en que ya le había tocado pronunciarse, la Corte de Apelaciones de Santiago ha resuelto: *‘2. Que, es evidente, que un perito no pronuncia una sentencia, pero no deja de ser cierto que emite un dictamen u opinión que lo compromete para efectos futuros. Al ser así se configura la hipótesis que consulta el artículo 196 N° 10 del Código Orgánico de Tribunales (...)*. Sentencia dictada por la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, el 28 de agosto de 2013, en los autos Ingreso N° 6243-2012.

## C. Controles sobre el desarrollo del peritaje

### C.1. La agregación de nuevos documentos a instancias del perito

Una cuestión que normalmente genera controversia durante el desarrollo del peritaje dice relación con si el perito tiene o no facultades para requerir a las partes la agregación de documentos que pueden ser necesarios para la ejecución del encargo, pero que, sin embargo, no han sido aportados previamente por ellas. La polémica se genera por el hecho que tales solicitudes generalmente se producen con posterioridad al vencimiento del término probatorio. Como consecuencia, se estima que dichos requerimientos pueden terminar mejorando la posición de aquella parte que, por error o simple negligencia suya, no acompañó oportunamente los antecedentes necesarios para acreditar su versión de los hechos; o bien pueden implicar la incorporación de información que las partes, deliberadamente y por consideraciones estratégicas, preferían mantener ajena al proceso, introduciéndose así un factor adicional de incertidumbre para ellas.

Por razones como éstas, en el sistema procesal civil se ha sostenido tradicionalmente que el perito no es un investigador que pueda subsidiar la inactividad de las partes y que, por ende, no se encuentra facultado para requerirle documentos a ellas, debiendo abordar el peritaje exclusivamente a partir de aquellas otras pruebas que ya constan en el expediente o, lo que es lo mismo, a partir de hechos ya probados por otros medios<sup>24</sup>.

Siendo aquella la regla que rige tratándose del procedimiento civil, ¿se aplica también en materia de arbitraje? Tratándose de arbitrajes de derecho, la respuesta es evidentemente afirmativa<sup>25</sup>. Sin embargo, tratándose de arbitrajes ante arbitradores o de arbitrajes mixtos, el árbitro cuenta con mayor flexibilidad para requerir documentos a las partes a instancias de la solicitud de un perito. Mal que mal, los artículos 636 y 637 CPC disponen que, a falta de alguna regla especial fijadas por las partes, el arbitrador *‘practicará las diligencias que estime necesarias para el conocimiento de los hechos’*. Por su parte, el artículo 30 del Reglamento Procesal de Arbitraje del CAM dispone que el árbitro está facultado para disponer *‘de oficio (...) las diligencias probatorias que juzgue convenientes, y podrá exigirles a las partes la presentación de cualquier documento que se encuentre en su poder y que diga relación con la controversia’*.

---

<sup>24</sup> Sobre el particular, BORDALÍ, CORTEZ y PALOMO (2014, p. 376) describen que los Tribunales chilenos han fallado *‘que la pericia o informe pericial no está destinado a establecer el acaecimiento de tales o cuales hechos, sino que, atendida su naturaleza, se dirige a ilustrar al juez sobre hechos ya probados por otros medios y cuya apreciación requiere de conocimientos especiales sobre alguna ciencia o arte’*. Así lo establece, por ejemplo, una sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema, el 24 de julio de 1951 y que, en los hechos, se ha mantenido prácticamente invariable hasta hoy. Un buen ejemplo de ello es la sentencia dictada por la Iltma. Corte de Concepción, el 18 de marzo de 2014, en los autos Ingreso N° 1024-2013.

<sup>25</sup> Ello, no obstante, tendría una incidencia mínima, pues según estadísticas del CAM, el arbitraje de derecho va crecientemente a la baja. De hecho, en el año 2017, solo un 2,99% de los arbitrajes CAM fueron conocidos por árbitros de derecho. En el 97,01% restante de los casos, los árbitros tenían facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento.

No obstante, esta última disposición establece además que esta facultad solo podrá ejercerse dentro del término probatorio. Ello acarrea una dificultad: aun cuando las partes hubieren solicitado un peritaje el primer día del término probatorio, todos los trámites que siguen a dicha solicitud (audiencia de designación y de reconocimiento, entre otros) hacen que normalmente el perito tome conocimiento de todos los antecedentes relevantes para su informe recién una vez que el probatorio se encuentra vencido. En juicios complejos con un gran volumen documental es común y corriente, de hecho, que el perito designado termine de examinar los antecedentes puestos a su disposición, un par de meses después del vencimiento del término probatorio. Si es que recién entonces el perito se da cuenta de que necesita contar con documentos adicionales, ¿quiere decir que, por el solo transcurso del plazo, ya no tendría la posibilidad de requerirlos al árbitro?

Al menos en virtud de lo dispuesto en el artículo 30 del Reglamento Procesal CAM y a falta de una regla procedimental distinta contemplada por las partes, la respuesta debiese ser afirmativa: el perito no puede solicitar a las partes nuevos documentos una vez vencido el término probatorio, desde que el propio árbitro no se encuentra facultado para hacerlo.

Dicho eso, ¿es razonable una regla como aquella en materia de arbitraje? No, no lo es. Desde el punto de vista sustantivo, si es que las partes o el árbitro han solicitado la designación de un perito y si *‘la finalidad de la prueba en el proceso judicial es la averiguación de la verdad sobre lo ocurrido’* (FERRER, 2013, p. 22) o al menos minimizar al máximo las probabilidades de error en la decisión, resulta razonable que el perito cuente con todos los antecedentes que estime necesarios para poder cumplir cabalmente con la labor encomendada. En este sentido, si la principal preocupación que existe respecto de la prueba pericial dice relación con la deferencia epistémica del juez hacia el perito y con la posibilidad de que termine produciéndose una *transferencia indebida de jurisdicción* a favor de este último, a efectos de minimizar los riesgos de error en la valoración de un peritaje, debiese existir una amplia aceptación de que el perito cuente con la mayor cantidad de antecedentes a su favor, de modo de obtener un informe debidamente fundado y que pueda ser contrastado con los documentos que le sirven de sustento. A falta de determinados antecedentes, es posible que un perito pueda concluir igualmente su informe, en base a conocimientos generales, explicaciones teóricas o hipótesis especulativas. Ello, sin embargo, normalmente es aún más difícil de valorar para un juez o árbitro. Los respaldos documentales del peritaje, por el contrario, vienen a servir precisamente como herramientas que permiten evaluar la verosimilitud de lo expuesto y, en último término, contribuyen a evaluar de mejor modo lo expuesto en el informe.

Es cierto que ello implica alejarse de las reglas procedimentales vigentes en materia civil. Sin embargo, tales reglas —que, no puede olvidarse, entraron en vigencia a principios del siglo pasado— han ido siendo superadas por un modelo de judicatura que cada vez cuenta con más iniciativa en materia probatoria, precisamente con el fin de tener un conocimiento más completo acerca de los



hechos del caso y para neutralizar los comportamientos estratégicos de las partes en materia de prueba. Como indica LARROUCAU (2010, p. 175), ‘*la existencia de atribuciones probatorias del juez civil es una de las cuestiones que caracteriza a la adjudicación moderna*’, lo que ha dado paso a un modelo de *managerial judge* que ha venido a reemplazar al *passive umpire*.

En consonancia con reconocer que la iniciativa probatoria no está limitada únicamente a las partes, en materia de arbitraje internacional se ha aceptado ampliamente que los peritos puedan requerirles documentos a éstas, ya sea directamente o por intermedio del Tribunal. Así se aprecia tanto el Reglamento de Arbitraje UNCITRAL, como en el Reglamento de la CCI sobre Administración de Procedimientos de Peritaje<sup>26</sup>. Según se puede apreciar, la lógica que subyace al otorgamiento de tales facultades es que el perito pueda concluir adecuadamente *su misión*. Por su parte, las Reglas de la IBA sobre Prueba son tanto o más ambiciosas, consagrando una amplia facultad del perito para requerir *cualquier información* y equiparándola a aquella que tiene el Tribunal Arbitral<sup>27</sup>.

Finalmente, desde un punto de vista sistemático, en nuestro sistema de arbitraje doméstico no parece tener sentido que el árbitro se encuentre facultado para requerir documentos a las partes solo hasta el vencimiento del término probatorio (momento en que el perito probablemente no tendrá aún determinado si es que requerirá nuevos documentos); que, posteriormente y hasta antes de dictarse la citación para oír sentencia, el árbitro prescinda de tal facultad; y que, luego, dentro del plazo para dictar sentencia, la facultad se renueve en virtud de la potestad para dictar una medida para mejor resolver<sup>28</sup>—entre las que se

---

<sup>26</sup> El artículo 29(3) del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL establece que ‘[l]as partes suministrarán al perito toda la información pertinente o presentarán para su inspección todos los documentos o todos los bienes pertinentes que aquel pueda pedirles. Cualquier diferencia entre una parte y el perito acerca de la pertinencia de la información o presentación requeridas se remitirá a la decisión del tribunal arbitral’. Por su parte, el artículo 11(2) Reglamento de la CCI sobre Administración de Procedimientos de Peritaje dispone que ‘(...) las partes deberán proporcionar al perito todos los medios necesarios para el desempeño de su misión, especialmente facilitarle todos los documentos que el perito juzgue necesarios, así como darle libre acceso a todos los lugares a los que precisa ir para cumplir con la adecuada conclusión de su misión. El perito brindará a cada una de las partes la oportunidad de opinar sobre cualquier información o documento suministrado por otra de las partes’.

<sup>27</sup> El artículo 6(3) de las Reglas de la IBA sobre Prueba establece que ‘[s]ujeto a lo dispuesto en el Artículo 9.2, el Perito Designado por el Tribunal Arbitral podrá solicitar a una Parte que le facilite cualquier información o que se le permita el acceso a cualesquiera Documentos, bienes, muestras, propiedades, maquinarias, sistemas, procesos o sitios para su inspección en la medida en que sean relevantes para el caso y sustanciales para su resolución. La autoridad del Perito designado por el Tribunal Arbitral para solicitar acceso a la información será la misma que la del Tribunal Arbitral. Las Partes y sus representantes tendrán derecho a recibir dicha información y a estar presentes en cualquier inspección. Cualquier desacuerdo entre un Perito Designado por el Tribunal Arbitral y una Parte sobre la relevancia, importancia o pertinencia de la petición será resuelta por el Tribunal Arbitral conforme a lo previsto en los Artículos 3.5 a 3.8. El Perito Designado por el Tribunal Arbitral hará constar en su Dictamen Pericial cualquier falta de cumplimiento por una Parte de la correspondiente petición o decisión del Tribunal Arbitral y describirá sus efectos sobre la valoración del asunto sobre el que debe dictaminar’.

<sup>28</sup> Las medidas para mejor resolver no solo son una facultad del árbitro en virtud de lo dispuesto en el artículo 159 CPC, sino también en virtud de lo consagrado en el artículo 36 del Reglamento Procesal de Arbitraje del CAM.

encuentra no solo la agregación de cualquier documento que se estime necesario para esclarecer el derecho de los litigantes (art. 159 N° 1 CPC), sino incluso un informe pericial propiamente tal (art. 159 N° 4 CPC)—. Una regulación como ésta puede llevar a absurdos de este tipo: (i) un perito llega a la convicción de que requiere contar con mayores antecedentes para cumplir con el encargo y presentar su informe, pero lo hace una semana después de haberse cumplido el término probatorio; (ii) entonces, el perito da cuenta de la necesidad de contar con mayores antecedentes, pero una de las partes se opone invocando el vencimiento del plazo; (iii) luego, el árbitro no tiene más remedio que aplicar lo dispuesto en el artículo 30 del Reglamento Procesal CAM y, por ende, el perito no puede emitir su dictamen en aquella materia donde requería más antecedentes o lo hace de manera meramente especulativa; (iv) advirtiendo el déficit de información que tuvo el perito para completar su informe, el árbitro decreta, ahora en carácter de medida para mejor resolver, la elaboración de un nuevo peritaje, para lo cual designa a un nuevo perito y ordena que se acompañen los antecedentes que no habían sido agregados con anterioridad.

Una solución como ésta no es razonable. Las limitaciones probatorias a veces se explican, legítimamente, por razones de eficiencia en el proceso<sup>29</sup>. No obstante, en el caso que se viene analizando, la exclusión de prueba termina siendo derechamente ineficiente.

En suma, todo indica que los peritos, por sí o a través del árbitro, debiesen estar facultados para requerir aquellos documentos que les permitan elaborar su informe, hasta antes de presentarlo. De lo contrario, el peritaje como medio de prueba propiamente tal pierde sentido. A fin de cuentas, en la práctica, un peritaje basado en antecedentes incompletos pasa a tener valor probatorio como un documento no íntegro. Sin embargo, para resguardar debidamente el principio contradictorio, cada nuevo documento que se presente a instancia del perito, debiera ser acompañado formalmente al proceso, de modo que en todo momento, las partes estén en condiciones de hacer las observaciones y presentar las objeciones que estimen conducentes. De tal modo, mientras se minimizan los riesgos de error respecto del conocimiento de los hechos, se otorga debida protección a la posición procesal de las partes.

## **C.2. Las comunicaciones del perito con el árbitro y las partes durante el peritaje**

A diferencia de lo que ocurre con otros medios de prueba, que se acompañan o se presentan en un momento determinado y específico dentro del proceso, el peritaje supone la complejidad adicional de que se *elabora* durante el transcurso del mismo y mientras otras actuaciones se van desarrollando en paralelo, pudiendo tomar varios meses de ejecución. Dada la complejidad técnica

---

<sup>29</sup> LARROUCAU (2010, p. 65), siguiendo a ROBERT COOTER y DANIEL RUBINFELD, explica que normalmente en el proceso existe una pugna entre aumentar el conocimiento del caso concreto y minimizar los riesgos de error, con '*acotar la base cognitiva del juicio a aquellos elementos que hagan menos oneroso el litigio (dimensión de eficiencia)*'.

que muchas veces revisten los encargos encomendados al perito, es normal que durante su cometido le surjan interrogantes, dudas, o la necesidad de aclarar algunos aspectos de hecho. Como consecuencia, es habitual que, durante el proceso de elaboración del peritaje, los peritos busquen tomar contacto con el árbitro, o con las partes.

Lamentablemente, en nuestro sistema no existe ninguna regla especial que regule en detalle tales comunicaciones. De hecho, poco tiempo atrás y a propósito de la elaboración de este trabajo, tuve la oportunidad de preguntarle a un perito perteneciente a una de las instituciones más prestigiosas en Chile en la elaboración de informes expertos, cuál era su experiencia en materia de comunicaciones con el árbitro. Su respuesta, fue más o menos del siguiente tenor: *‘es muy variable y depende mucho del árbitro. Hay algunos a los que les gusta mantener un contacto permanente para ir resolviendo dudas; otros, en cambio, prefieren mantener un completo hermetismo, sin comunicaciones de por medio’*.

A falta de una regla que regule estos intercambios, ¿cuál debiera ser el estándar a seguir?

Como primera sugerencia, el establecimiento de una prohibición absoluta de comunicación del perito con el árbitro y/o con las partes, resulta desacertada. Por razones similares a las que se expusieron en el apartado anterior, si lo que se pretende es dar un margen amplio para el esclarecimiento de los hechos y para minimizar eventuales errores en la adjudicación, resulta sustantivamente justificado que el perito tenga la oportunidad de salvar las dudas que conlleva la ejecución de su encargo. De lo contrario, se lo pondría frente a una disyuntiva aún menos deseable: ante la falta de una información concreta, o bien deja su tarea a medias y no emite su dictamen sobre aquella materia para la que requería tal información, o bien comienza a elucubrar o teorizar sobre tal o cual punto, con el fin de completar su informe.

Siendo así, resulta aconsejable que el perito efectivamente tenga instancias para clarificar dudas o para plantear algún punto que tenga que ver con el alcance de su peritaje, durante el transcurso del mismo. Éste es el estándar que sigue, por ejemplo, el Reglamento de la CCI sobre Administración de Procedimientos de Peritaje, el que en su artículo 6(2) establece que el perito, junto con tener que precisar cuál es su misión en un documento escrito, debe indicar *‘el lugar de celebración de cualquier reunión en persona entre el perito y las partes (...)’*. Estas últimas, no obstante, deben tener una garantía de que tales comunicaciones se lleven a cabo dentro de canales institucionales, que aseguren debidamente la bilateralidad de la audiencia y el principio contradictorio. Aquello quiere decir que, como regla general, el perito debiese evitar cualquier comunicación con alguna de las partes, sin que la otra se encuentre presente<sup>30</sup>. Asimismo, de todas estas comunicaciones

---

<sup>30</sup> La única excepción plausible a esta regla sería que una de las partes se negara injustificadamente a asistir a la reunión establecida al efecto. Una lógica similar sigue el artículo 25(3) del Reglamento de Arbitraje de la CCI al disponer que *‘el tribunal arbitral podrá decidir la audiencia*

debiera levantarse un acta, que recoja los aspectos principales de aquello que fue discutido y que se adjunte posteriormente al proceso. De este modo, el perito tendría la posibilidad de contar con información relevante que le permita resolver sus dudas, resguardando los derechos de ambas partes y, en último término, los estándares que exige el debido proceso.

Dicho esto, ¿el perito debería estar facultado para poder tomar contacto directamente con el árbitro, sin que estuvieran las partes presentes? La formulación de esta pregunta se justifica plenamente si se considera que, como se señaló, existen peritos que reconocen abiertamente que, para ellos, resulta cotidiano mantener conversaciones con los árbitros, en ausencia de las partes. La existencia de esta especie de práctica, de hecho, muchos la asumen como común y corriente. A pesar de esta habitualidad, la respuesta debiese ser negativa.

En efecto, al menos en nuestro sistema jurídico y bajo los principios que en materia de prueba rigen en él, no existen buenas razones para que el perito pueda mantener deliberaciones de este tipo con los árbitros. Para quienes puedan pensar lo contrario, del hecho que los árbitros tengan facultades para decretar una prueba pericial o para solicitar la incorporación de nuevos documentos, no se deduce, sin más, que se encuentren también facultados para comenzar a intervenir en el desarrollo de un peritaje, sin la participación de las partes. La razón es que un árbitro bien podría estar facultado para realizar diligencias de prueba de oficio, sin que ello signifique, además, que tales diligencias puedan llevarse a cabo en secreto.

Esta distinción es esencial. Según una de las bases del ejercicio de la jurisdicción, que se encuentra establecida en el artículo 9 COT, '*[l]os actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley*'. La regla, por ende, es que los actos de los tribunales sean públicos y que el secreto sea la excepción. Aquello alcanza a todas las actuaciones que se llevan a cabo en materia probatoria, las que por defecto deben ser públicas y, por ende, deben ser puestas en conocimientos de las partes. Por lo demás, en nuestro sistema no existe ninguna norma legal que, tratándose del peritaje, consagre una regla excepcional que habilite a mantener el secreto. Ello quiere decir entonces, que es perfectamente posible que un árbitro tenga comunicaciones con un perito y que pueda plantear de oficio ciertas interrogantes que no hayan sido propuestas por las partes, con el fin de contribuir al esclarecimiento de los hechos; pero no quiere decir, bajo ningún respecto, que tales intercambios puedan llevarse a cabo en ausencia de las partes.

Más allá de que la publicidad sea una de las bases de la jurisdicción y de los principios formativos de la prueba, el principio que resguarda la publicidad de las comunicaciones entre el perito y el árbitro tiene una virtud adicional: desincentiva que los primeros puedan ser utilizados por los últimos para los avances de sus propias tesis del caso, antes de la recepción de todos los medios

---

*de testigos, peritos nombrados por las partes o de cualquier otra persona, en presencia de las partes, o en su ausencia siempre y cuando estas hayan sido debidamente convocadas*'.

de prueba y de la presentación del informe pericial propiamente tal. En efecto, en lo que representa un uso inadecuado del peritaje, hay árbitros que, por error o tentación, ven al perito como una herramienta dispuesta a su discreción, que les permite aportar antecedentes para resolver el conflicto en un sentido que ya se tiene preconcebido a partir de las tesis defendidas por las partes durante el periodo de discusión<sup>31</sup>. Si ocurriese algo así, sería improcedente. Mal que mal, la independencia del perito debiese funcionar como garantía no solo respecto de las partes, sino también respecto del juez. Pero las partes no tendrían cómo impugnarlo si es que ello ocurre en secreto o sin su intermediación.

Esta exigencia de publicidad en materia probatoria se vincula, además, a la vigencia del principio contradictorio en toda su extensión. Como se señaló en la introducción y siguiendo a TARUFFO (2008), la implementación de este último principio requiere, a su vez, que las partes tengan garantizada la posibilidad de intervenir, de modo preventivo, en todo aquello que puede influir en la decisión de su controversia. Como consecuencia, si el árbitro tiene una determinada pregunta sobre algún aspecto de hecho en particular que pretende sea respondida a través del peritaje, lo razonable es que ella sea formulada con las partes presentes. De ese modo, estas últimas tienen la posibilidad de interactuar e incidir de manera preventiva en aquello que puede terminar siendo relevante para la resolución del asunto que ha sido sometido al conocimiento del árbitro, ya sea efectuando sus propias clarificaciones, ya sea requiriendo otras diligencias de prueba que pudieran resultar conducentes.

En fin, una solución como la que se propone —esto es, la posibilidad de que el juez formule sus propias preguntas al perito, en la medida que ello no se haga en secreto—, constituye un equilibrio adecuado entre el debido resguardo de los derechos de las partes y el interés de avanzar en el esclarecimiento de los hechos<sup>32</sup>. Mantener tal equilibrio es relevante, pues como ha expuesto LARROUCAU (2010, p. 173), si bien la iniciativa probatoria del juez es cada vez más aceptada, lo es solo en la medida que se resguarde debidamente el principio contradictorio, pues es precisamente su cumplimiento, lo que, en conjunto con otras condiciones, *‘bloquea (o puede minimizar) las posibilidades de un uso pernicioso de [tal iniciativa] del juez civil’*.

---

<sup>31</sup> Lo indicado no es solo una preocupación teórica. Anteriormente, a propósito de la limitación que tienen los peritos para efectuar calificaciones jurídicas, se describía un caso en que el perito no examinó uno de los puntos de hecho que se le habían encomendado, invocando la existencia de un finiquito suscrito por las partes. Cuando posteriormente se suscitó un conflicto respecto al pago de los honorarios del perito, éste señaló que la alusión al finiquito había sido concordada previamente con el árbitro, en una comunicación de la que las partes no tenían registro.

<sup>32</sup> Este equilibrio se consagra de manera adecuada en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, cuyo artículo 33, a propósito de las facultades con que debe contar el Tribunal, establece que éste estará facultado para *‘4) para ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes’*.

## **D. El momento del control. Control *ex ante* y control *ex post***

Hasta el momento se han presentado algunas limitaciones que debería tener el actuar del perito dentro del proceso civil. Sobre ellas se ha reflexionado, en mayor o menor en grado, por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional. Sobre lo que existe un análisis más bien pobre, sin embargo, es en la cuestión relativa a cómo se puede exigir el cumplimiento de tales limitaciones. En otras palabras, una vez que ya se ha constatado que los peritos deben ser imparciales e independientes y que deben precaver sus conflictos de intereses, que se ha expresado que no están facultados para efectuar calificaciones jurídicas, que se ha señalado que no pueden comunicarse directamente con alguna de las partes ni con el juez en ausencia de ellas, la pregunta que surge es la siguiente: ¿cómo se puede controlar que efectivamente estas limitaciones se cumplan y sean obedecidas por los peritos? Para responder esta pregunta, a continuación se ofrecen dos instancias de control. La primera de ellas opera antes de la ejecución del encargo. La segunda, en cambio, opera una vez que el dictamen pericial ya ha sido presentado.

### **D.1. El control *ex ante*. La relevancia de la audiencia de reconocimiento**

El artículo 419 CPC consagra una audiencia especial a efectos de que, previo al inicio del peritaje, las partes puedan hacer *‘las observaciones que estimen oportunas’*. Tal instancia es la denominada audiencia de reconocimiento. Por el contrario, ni el CPC ni las Bases de Procedimiento del CAM establecen una instancia para que el árbitro entregue directrices al perito respecto de cómo se debe ejecutar el encargo y de cuáles son sus limitaciones<sup>33</sup>.

En los juicios llevados a cabo ante Tribunales Ordinarios, si bien se reconoce que la celebración de la audiencia de reconocimiento es una condición de validez del peritaje —al punto que su falta puede llevar a la nulidad del mismo<sup>34</sup>—, la prescindencia del juez en ella llega a tal punto, que en muchas ocasiones la audiencia se verifica en una oficina que el perito dispone al efecto, en un lugar que se encuentra fuera de las dependencias del Tribunal. Así, la posibilidad de que el juez instruya al perito es prácticamente nula. En materia de arbitraje doméstico no se llega a tal extremo. Sin embargo, en esta sede, normalmente la audiencia de reconocimiento tampoco es aprovechada como una instancia para ilustrar al perito sobre las limitaciones de su cargo. Con suerte, en ella normalmente se establece el plazo dentro del cual se deberá presentar el

---

<sup>33</sup> El Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil prescinde de esta audiencia. Si bien es cierto que establece nuevas reglas respecto de los requisitos que debe cumplir un peritaje, no contempla ninguna instancia de instrucción para los peritos, respecto de cómo deben cumplir su función.

<sup>34</sup> Según indica el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas (2011, pp. 202-204), a comienzos del siglo XX existieron diversos fallos que establecieron como doctrina que *‘carece de valor legal el informe pericial evacuado sin citación previa a las partes para el reconocimiento pericial’*. Tal criterio se ha mantenido prácticamente invariable hasta la actualidad.

peritaje o se discuten ciertas dudas que pudiera tener el perito sobre tal o cual punto de prueba.

Esto implica desaprovechar una *instancia de educación* relevante para el perito. Sobre el particular, no debe olvidarse que mientras el perito debiese ser un experto en su ciencia o arte, es normalmente lego en Derecho y, por ende, poco y nada sabe acerca de las reglas y límites que existen o se discuten respecto a la forma en que debe cumplir su encargo. En materia de arbitraje es frecuente, de hecho, que los peritos —incluso aquellos que pertenecen a una institución— muchas veces estén expectantes a recibir instrucciones con el fin de determinar qué es lo que se espera de su función. La audiencia de reconocimiento resulta ser la instancia propicia para que tales instrucciones tengan lugar. En ella, junto con las observaciones que pudieran hacer las partes, los árbitros deberían entregar los lineamientos respecto de cómo se debería desempeñar la función, explicando cuáles son las reglas que se deben seguir durante el desarrollo del peritaje y detallando los estándares mínimos que se esperan en términos de contenido (justificación de las conclusiones, identificación de las metodologías y de las premisas utilizadas, descripción de los ensayos efectuados, etc.).

Algo similar es lo que proponen MEREMINSKAYA y LANDEROS (2017, p. 11). Enfatizando la importancia que tiene para el desarrollo del peritaje el que los peritos cuenten con reglas claras en la ejecución del encargo, los autores sostienen que *‘las partes y el propio tribunal deberían involucrarse en diseñar los terms of reference del perito designado por el Tribunal, [lo que] permitiría aunar los criterios a seguir en la tarea del experto’*<sup>35</sup>. De lo que se trata es que de conformidad a la figura del *managerial judge* a que se hizo referencia, el árbitro tenga un rol más activo en su labor de instruir al perito acerca de los derechos y deberes que supone el cargo y la elaboración de su informe, de modo que éste cuente con un mejor nivel de información no solo respecto de la tarea que debe realizar, sino también acerca de los límites que constriñen su función. Esto no es extraño en materia de arbitraje internacional. Solo como ejemplo, tanto las Reglas de la IBA, como las el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, “el Reglamento de Arbitraje de la CCI”), conceden importantes facultades al árbitro en la determinación de la misión que debe llevar a cabo el perito<sup>36</sup>, permitiendo una definición mucho más precisa sobre la labor que debe realizar.

---

<sup>35</sup> Básicamente, los *terms of reference* no son más que las instrucciones que definen la misión del experto y el modo en que debe cumplirla.

<sup>36</sup> El artículo 6 de las Reglas de la IBA sobre Prueba establece que: *‘El Tribunal Arbitral, después de consultar a las Partes, podrá designar uno o más Peritos independientes para que dictaminen sobre cuestiones específicas determinadas por el Tribunal Arbitral. El Tribunal Arbitral, previa consulta a las Partes, establecerá los términos de la tarea a desarrollar por el Perito. El Tribunal Arbitral remitirá a las Partes una copia de la versión final de esos términos’*.

Por su parte, el artículo 25(4) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, establece que *‘[e]l tribunal arbitral, previa consulta con las partes, podrá nombrar uno o varios peritos, definir su misión y recibir sus dictámenes’* (subrayado agregado).

Por último, una sugerencia: dado que entre los diversos árbitros pueden existir diversas concepciones acerca de cuáles deberían ser las reglas que gobiernen el actuar del perito, resulta aconsejable que en las Bases de Procedimiento o en algún otro documento diseñado *ad-hoc* por parte del CAM, se definieran algunos estándares mínimos que debería seguir el perito en el cumplimiento de su función. La entrega de tal información de manera anticipada hace que cualquier eventual alegación de desconocimiento resulte injustificada y permite construir adecuadamente una hipótesis de incumplimiento.

## D.2. El control ex post. Sanciones ante el incumplimiento

Si bien una guía más precisa que fuera entregada a los peritos *antes* de que comiencen a desarrollar su labor sería útil, no puede prescindirse de ciertos mecanismos que tiendan a controlar el incumplimiento de los deberes conexos a la función pericial. De lo que se trata es que para el perito no termine siendo indiferente el transgredir las atribuciones y facultades que les han sido conferidas, sobre todo considerando la relevancia que, en términos probatorios, revisten sus informes en materias técnicas. Dicho eso, ¿a qué se expone el perito que presenta un peritaje falso, que no revela sus conflictos de interés, que se compromete con los intereses de una parte, que no cumple con su encargo, que ofrece evaluaciones jurídicas respecto de cómo se debe resolver el conflicto, o que comienza a interactuar en secreto con el árbitro o con alguna de las partes?

En el extremo, producto de la modificación al Código Penal (en adelante, CP) introducida por la Ley N° 20.074, del 14 de noviembre de 2005, la presentación de un peritaje falso es constitutiva de delito, sea que ello se configure en una causa civil o penal<sup>37</sup>. En algo que resulta importante considerar, de acuerdo a lo ha expuesto por WILENMANN (2014, p. 103), se incurre en la conducta tipificada no solo por la reproducción de falsedad en los datos, sino también por la exposición de *‘un razonamiento manifiestamente falso, con irrelevancia de que ello tenga lugar por ausencia de lógica interna, por aplicación errada de principios de causalidad aplicables al caso u otra causa’*. Asimismo, podría configurarse una responsabilidad penal del perito por el delito de perjurio (artículo 210 CP) en caso que éste llegara a mentir ante el árbitro habiendo prestado juramento de decir la verdad —por ejemplo, al prestar su declaración de independencia e imparcialidad—; o bien por prevaricación en los términos establecidos en el artículo 227 N° 3 CP.

---

<sup>37</sup> En virtud de esta modificación, el actual inciso 1° del artículo 206 CP establece que *‘[e]l testigo, perito o intérprete que ante un tribunal faltare a la verdad en su declaración, informe o traducción, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso civil o por falta, y con presidio menor en su grado medio a máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso penal por crimen o simple delito’*. El inciso 2°, por su parte, establece que *‘[e]ratándose de peritos e intérpretes, sufrirán además la pena de suspensión de profesión titular durante el tiempo de la condena’*.

Dado que el artículo 76 de la Constitución Política de la República y el artículo 1 del COT utilizan el concepto de causas civiles en un sentido negativo, esto es, como todas aquellas que no son penales, debería entenderse que los arbitrajes no son más que un tipo de proceso civil. De ahí que las sanciones establecidas en el artículo 206 CP puedan ser aplicadas a los peritos que presentan un peritaje falso también en un arbitraje.



Fuera de estos casos, ¿podría exponerse el perito a otras sanciones en caso de una *mala praxis* en la ejecución de su encargo?

En los procedimientos civiles que se siguen ante los Tribunales Ordinarios, un control adicional se logra a través de la posibilidad de informar a las Cortes de Apelaciones sobre el desempeño inadecuado de un perito, lo que a su vez puede influir en una eventual remoción o no inclusión en las listas de peritos que, cada dos años, confeccionan las Cortes de Apelaciones junto con la Corte Suprema<sup>38</sup>. En efecto, al confeccionar las listas de peritos, las Cortes de Apelaciones deben tener en consideración diversos antecedentes a su respecto, entre otros, los reclamos que puedan existir acerca de su desempeño<sup>39</sup>.

Aquello difícilmente ocurra en materia arbitral. Afortunadamente, lo más normal es que tratándose de arbitrajes, la designación de los peritos no se encuentre limitada a aquellos que figuran en las listas a que hacen referencia los artículos 416 y 416 bis CPC y, que, por el contrario, exista cierto grado de discrecionalidad para que el árbitro proceda a su nombramiento. Si bien aquello resulta adecuado, en los hechos significa que el control que podría suponer la eventual remoción de tales listas, normalmente no tiene operatividad en materia de arbitraje.

A lo anterior, se suma una complejidad adicional. Dado el carácter confidencial o reservado que tienen los arbitrajes, para todos aquellos distintos a los intervinientes de un proceso determinado, en los hechos resulta prácticamente imposible conocer las eventuales faltas que haya podido cometer un perito en la ejecución de su encargo. De este modo, paradójicamente la confidencialidad del proceso viene a funcionar como una especie de salvaguarda a favor del perito que, gracias al secreto, puede perfectamente seguir siendo designado con regularidad en otros arbitrajes, por aquellos árbitros o partes que no tuvieron cómo enterarse de alguna eventual *mala praxis* de su parte.

Una solución evidente para este déficit es que el CAM contara, al igual que ocurre con los Tribunales Ordinarios, con nóminas de expertos que pudieran ser removidos ante el incumplimiento de algunos de los deberes asociados a su

---

<sup>38</sup> Tratándose de procedimientos civiles seguidos ante Tribunales Ordinarios, la prueba pericial solo puede ser efectuada por aquel perito que figure en las listas que confeccionan las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema. Según el artículo 416 bis CPC, estas listas '*serán propuestas cada dos años por la Corte de Apelaciones respectiva, previa determinación del número de peritos que en su concepto deban figurar en cada especialidad.*

*En el mes de octubre del final del bienio correspondiente, se elevarán estas nóminas a la Corte Suprema, la cual formará las definitivas, pudiendo suprimir o agregar nombres sin expresas causa.*

<sup>39</sup> De acuerdo al artículo 5° del Auto Acordado sobre Confección de Lista de Peritos en el Procedimiento Civil, '*[L]a Corte de Apelaciones tendrán presente al confeccionar las listas (...) c) Los informes de los jueces, policías, Colegio de Abogados y reclamos o felicitaciones expresadas por instituciones o particulares y de los respectivos colegios profesionales, en su caso; d) cualquier otro antecedente que se relacione con su desempeño como perito, profesional o en la ciencia, arte o especialidad, como en general, que diga relación con su idoneidad, probidad y ética.*

función, de una manera similar a como ocurre con árbitros y mediadores<sup>40</sup>. Ello, sin embargo, supone que el CAM tendría que asumir una especie de rol certificador respecto de los peritos que ingresan a la nómina, así como limitar la libertad de designación solo a aquellos que consten en ella, lo que podría redundar en que queden fuera otros que bien podrían tener mejores credenciales.

Otra solución, que parece más adecuada, es que el control quede en manos de los propios árbitros —que por lo demás están en mejor posición que el Centro para evaluar el cometido del perito— de modo que éstos puedan dar cuenta de alguna *mala praxis* de éstos durante el cometido del encargo. Concordando en la conveniencia de que un control de este tipo se haga público, VÁSQUEZ, C. (2015, pp. 246-247) ha sostenido que *‘el propio sistema procesal podría prever la posibilidad de que los jueces indicaran en un cierto registro público a los peritos que hubieren desarrollado su tarea con graves deficiencias, voluntarias o involuntarias. Para evitar casos de animadversión sobrevinida del juez hacia el perito, pudiera preverse también que esa indicación tuviese efectos sólo cuando al menos tres jueces distintos la realizaran. Y cumplido ese requisito el perito pudiera ser impedido para actuar como experto en los procesos judiciales’*.

Los árbitros bien podrían estar facultados de un modo similar. Más allá de que ello supone un rol jurisdiccional que va más allá del caso que conoce<sup>41</sup>, es perfectamente razonable exigir del árbitro una especie de compromiso institucional con una correcta administración de justicia. Un registro público respecto de las malas actuaciones de un perito, por lo demás, puede ser perfectamente consistente con una adecuada protección de la confidencialidad que se busca en el arbitraje. Basta adoptar los resguardos para que lo que se haga público sea tal o cual conducta de un perito, sin identificar a las partes o a la discusión que se ha desarrollado entre ellas.

Del mismo modo, las partes también deberían estar habilitadas para poder dar cuenta de las deficiencias en que puede haber incurrido el perito durante su encargo, más aún cuando se ha dicho que la *mala praxis* precisamente podría deberse a un comportamiento inadecuado del perito con el propio árbitro (por ejemplo, manteniendo conversaciones privadas con éste). Las partes, por lo demás, son las que tienen los mayores incentivos a denunciar alguna eventual irregularidad. Es cierto que un derecho como éste podría dar lugar a reclamos infundados que estuvieran motivados por la sola disconformidad con los resultados del peritaje. Por lo mismo, cualquier denuncia que pudiera presentarse debería estar justificada, dando cuenta de cuáles son los deberes que se estiman infringidos. Ello no descarta en su totalidad el riesgo de denuncias temerarias. Pero la alternativa, esto es, que una eventual deficiencia en el actuar del perito se mantenga en la opacidad, parece ser un resultado aún menos deseable.

---

<sup>40</sup> Según el artículo 2(b) de los Estatutos del CAM, dentro de sus funciones se encuentra la *‘elaboración y mantención de nóminas de Árbitros nacionales y Mediadores y la remoción de aquellos que pierdan alguno de los requisitos habilitantes o exhiban una manifiesta negligencia o falta de responsabilidad en el desempeño de los deberes para con el Centro y las partes’*.

<sup>41</sup> Sobre la discusión respecto de la naturaleza jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional que ostentan los árbitros, ver VÁSQUEZ, M.F. (2011, pp. 106-147).

## E. Controles sobre la falibilidad o el contenido interno del peritaje

Como se señaló en el capítulo introductorio, una de las mayores preocupaciones aparejadas a la prueba pericial dice relación con la valoración que puede efectuar el juez o árbitro a su respecto. Lo que se teme es que si el peritaje se solicita para ilustrar al juez precisamente respecto de materias en las que carece de conocimiento técnico, éste no tenga más opción que terminar confiando en la determinación de hechos que efectúa el perito y que, en definitiva, sea éste quien termine resolviendo al menos parte de la controversia. Esto corresponde a lo que, en un trabajo que ha tenido bastante repercusión, BULNES y VIAL (2017) han llamado como el *riesgo de transferencia indebida de jurisdicción* desde los jueces a los peritos. En su versión más extrema, tal riesgo se configura cuando el juez no hace más que fallar siguiendo los dictados y recomendaciones del perito, sin efectuar una evaluación sustantiva acerca de la corrección de su informe.

### E.1. Las categorías sospechosas o controles indirectos de valoración

Teniendo como objetivo entregar herramientas a los jueces para la valoración que éstos deben efectuar respecto de los informes periciales, BULNES y VIAL sugieren una serie de criterios que deberían ser considerados al momento de valorar el peritaje, *'para facilitar el proceso de ponderación'* (2017, p. 30) y para, en definitiva, lograr que sea el juez quien determine los hechos, con independencia de las conclusiones del dictamen pericial. Aunque listas de esta naturaleza son comunes en el derecho comparado —sobre todo para determinar la admisibilidad de la prueba—, constituyen una novedad en materia doméstica. Por lo mismo, la cuestión se analizará con detalle a continuación.

Los criterios sugeridos por los autores para controlar la falibilidad del peritaje son siete, a saber:

1	Medidas de control jurisdiccional, que suponen controlar: (1a) La idoneidad del perito: independencia, imparcialidad y calificaciones. (1b) Si el dictamen es acorde al objeto del encargo. (1c) Si se han expuesto las premisas utilizadas. (1d) Si se incluye información para analizar la validez científica del informe.
2	Concordancia de los resultados del peritaje con el resto de la evidencia del proceso.
3	Evaluación de la calidad del razonamiento y del trabajo realizado por el perito, lo que exige determinar: (3a) Si el informe ha sido redactado en términos claros. (3b) Si el peritaje da cuenta de una labor seria.
4	Evaluación de la validez científica de la teoría y pertinencia de la metodología utilizadas. Referencia a los denominados estándares Daubert.
5	Evaluación de cambios de opinión del perito.

6	Contraste de la pericia con los propios conocimientos, para determinar si no se contradicen con conocimientos confiables del juzgador.
7	Interrogación del perito.

A continuación se harán algunos comentarios a los criterios N°s 1, 2, 3, 5 y 6. Los criterios N° 4 y 7, en tanto, también serán objeto de algunas reflexiones con mayor detención, pero en los apartados siguientes<sup>42</sup>.

El criterio N° 1 ya ha sido examinado parcialmente en secciones previas. Particularmente, ya se ha sostenido que resulta importante que el perito sea imparcial<sup>43</sup> y que no se pronuncie sobre cuestiones que escapan a su encargo<sup>44</sup>. Tales consideraciones, si bien son relevantes, no constituyen herramientas adecuadas para evaluar o testear el contenido sustantivo de un informe. Por cierto, un juez puede *presumir* que el dictamen de un perito parcial, arrojará también conclusiones parciales —por lo que es razonable que no le otorgue mérito probatorio alguno—. Pero ello no le entrega ninguna herramienta para evaluar, desde el punto de vista de su contenido, si es que lo se dice en el peritaje es correcto o no. En términos similares, si el perito se extralimita en su encargo y se refiere a materias que se encuentran fuera de su ámbito de competencia, el juez hará bien en no evaluarlas. Pero ello no resuelve lo que es objeto de preocupación tras la objeción de la *transferencia indebida de jurisdicción*, a saber: que aquellas cuestiones que sí son objeto del informe, puedan ser evaluadas racionalmente por el adjudicador.

Por otra parte, dentro del criterio N° 1, los autores aconsejan controlar que se expongan las premisas utilizadas en el informe, con el fin de controlar que, a su vez, éste se encuentre basado en hechos probados (2017, p. 17). Aquello es correcto y resulta exigible. De lo contrario, el informe vendría a ser eminentemente especulativo o hipotético. Sin embargo, ello no resuelve el problema de fondo: una vez que las premisas ya se han enunciado correctamente, ¿cómo se logra que el juez evalúe racionalmente el mérito de las conclusiones y que no confíe simplemente en lo expuesto por el perito? La cuestión no se resuelve con la simple identificación de las premisas.

Finalmente, dentro del criterio N° 1<sup>45</sup>, BULNES y VIAL sostienen que además deberían considerarse las calificaciones del perito llegando al punto de sostener que *‘es esperable que un juez asigne un mayor peso a las conclusiones de un perito de*

<sup>42</sup> Infra, II.E.2 y II.E.3, respectivamente.

<sup>43</sup> *Supra*, II.A.

<sup>44</sup> *Supra*, II.B.

<sup>45</sup> Los autores también sostienen, como parte del criterio N° 1, que el peritaje debería incluir información que permitiera evaluar la validez científica del informe. Ello se analizará después, al hacer referencia a los criterios Daubert (*infra*, II.E.2).

*notable trayectoria que el que podría atribuirle a otro de menor experiencia*<sup>46</sup> (2017, p. 15). Puede ser que efectivamente aquello sea así en los hechos. Sin embargo, está lejos de ser la forma en que las cosas *deberían* ocurrir. Sin perjuicio de que en casos sofisticados será común encontrarse con peritos con trayectorias comparables, si de lo que se trata es de establecer criterios para lograr una evaluación racional del contenido de un informe pericial por parte de los jueces, éstos incurrirían en una completa irracionalidad al dejarse llevar solo por los pergaminos de tal o cual perito, por sobre los de otro. Descansar en las calificaciones o trayectoria de un experto no es más que una forma implícita de *argumento de autoridad*, que es una forma de argumentación razonable solo cuando no es necesario comprobar directamente la verdad de un determinado hecho o enunciado. Ello, precisamente, es lo que no ocurre en el contexto de la prueba judicial.

El criterio N° 2 —que requiere resguardar la concordancia entre el peritaje y las demás evidencias que existen en el proceso— tiene la virtud de poner de manifiesto que más allá de la importancia que pueda tener el peritaje, no se puede prescindir de las demás pruebas esgrimiendo únicamente su existencia. El peritaje, no hay que olvidarlo, no es más que otra prueba, que no se puede separar artificialmente de las restantes. En ello, BULNES y VIAL tienen razón. No obstante, todo indica que en casos de especial significancia técnica, el peritaje normalmente aporta antecedentes que los demás medios de prueba no logran. En aquellos casos en que el peritaje no puede ser contrastado con otros medios de prueba, ¿cómo se resuelve el riesgo de *transferencia indebida de jurisdicción*? Este criterio no nos entrega la respuesta. Asimismo, en aquellos casos en que finalmente se logra contrastar la falta de concordancia entre el peritaje y los demás medios de prueba, ¿de qué herramientas dispone el juez para determinar epistémicamente cuál es el medio de prueba que efectivamente resulta más acorde con la verdad? ¿Debería simplemente prescindir del peritaje en caso de contradicción con las demás pruebas? El criterio en cuestión no ayuda a resolver estas interrogantes.

Por su parte, el criterio N° 3 —constatar si el informe está redactado en términos claros o si da cuenta de una labor seria— es un criterio que no presta particular utilidad para evaluar racionalmente el contenido de un dictamen pericial. Es cierto que, en la práctica, seguramente serán consideraciones que tendrán incidencia en la valoración final del informe que hará el Tribunal, sobre todo para mirar con escepticismo aquellos informes mal redactados, desprolijos o contradictorios —la forma, al fin y al cabo, siempre cuenta—. Pero poco y nada ayudarán a evaluar los aspectos de fondo del informe. Asimismo, una vez que el juez ha llegado a la convicción de que el dictamen que se le presenta es particularmente claro, bien fundado y da cuenta de una labor seria, ¿debería por ese solo hecho otorgarle pleno valor probatorio? Por supuesto que no. La cuestión que subyace al problema que se viene analizando es precisamente cómo se puede lograr que, en aquellos casos en que los informes aparecen formalmente sólidos, el juez pueda distanciarse de ellos, para evaluarlos con independencia y según su mérito.

---

<sup>46</sup> En todo caso, los autores matizan su idea señalando que '*los estudios y trayectoria de un experto no son garantías absolutas acerca de la fiabilidad de la pericia*' (2017, p. 15).

Respecto al criterio N° 5 —evaluación de los cambios de opinión del perito— se puede señalar algo similar. Por cierto que las contradicciones sirven para hacerse de una *idea general* del informe y pueden llevar a mirarlo con sospecha, sobre todo si las contradicciones son internas. Ello, sin embargo, es más bien excepcional en litigios o arbitrajes de cierto nivel. Por lo demás, ¿quiere decir que debería prescindirse sin más de un peritaje por contener una contradicción interna? En principio, parece arriesgado. Asimismo, si el juez no le otorga mérito probatorio a aquellos aspectos en que existe contradicción, pero sí valora aquellos otros en que existe concordancia, el criterio en cuestión sigue sin resolver el problema de fondo respecto de cómo puede evaluar el juez aquellas consideraciones sin que ello implique simplemente confiar en lo que el perito le indica. Finalmente, si los cambios de opinión del perito se dan respecto de publicaciones anteriores, ¿debería por ese solo hecho desconfiarse del peritaje? Parece apresurado. Más bien, habría que analizar cuáles son las razones del cambio y, por ende, el juez nuevamente tendría que asumir la tarea de analizar el fondo de las razones que lo justifican.

Finalmente, el criterio N° 6 —contraste de la pericia con los propios conocimientos del juzgador para determinar eventuales contradicciones— tampoco es un criterio que permita resolver el problema medular tras el temor de la *transferencia indebida de jurisdicción*. Tal temor surge precisamente en *los casos difíciles*, esto es, en aquellos casos en que el juez *no tiene* los conocimientos necesarios para poder evaluar, racionalmente y con independencia, los argumentos que van siendo expuestos por el perito. Si, por el contrario, el juez sí se encuentra en condiciones de contrastar lo que le indica el perito con sus conocimientos específicos sobre la materia, entonces ya no nos encontramos frente a uno de aquellos casos en los que quepa temer la *transferencia de jurisdicción*. A menos, claro está, que el juez decida prescindir de todos sus conocimientos sobre la materia y, por alguna extraña razón, prefiera validar lo expuesto por el perito a pesar de considerarlo erróneo. Si ello ocurriese, no obstante, el problema sería evidentemente de una naturaleza distinta.

En síntesis, en términos generales, se puede concluir que los criterios aportados hacen bien en identificar algunas *categorías sospechosas* que deberían llevar a dudar prudentemente de lo que se indica en un peritaje. En otras palabras, sirven como criterios indirectos o negativos de valoración. El punto es que una vez que el peritaje satisface todos los criterios, la cuestión de fondo sigue prácticamente intacta: ¿cómo se logra evaluar el mérito de lo que se expone en un peritaje, si es que el juez precisamente carece del conocimiento técnico de lo que en él se expone? La pregunta, por el momento, sigue abierta.

## **E.2. Los estándares Daubert**

Además de los controles sugeridos en el apartado anterior, BULNES y VIAL (2017, pp. 17-18) han propuesto que, como una forma de '*evaluar la validez científica de las conclusiones del dictamen*', los árbitros deberían aplicar los denominados estándares Daubert, desarrollados por la Corte Suprema norteamericana en la

década de los '90. Básicamente, según estos estándares, a efectos de evaluar la cientificidad de una prueba pericial, deben tomarse en consideración, entre otros factores no-excluyentes, los siguientes: (i) si la teoría o técnica utilizada por el perito puede ser (o ha sido) testeada o sometida a prueba; (ii) si la teoría ha sido publicada o ha estado sujeta a la revisión por pares; (iii) el rango o tasa de error conocido o posible de la teoría o técnica utilizada<sup>47</sup>; y (iv) si ésta cuenta con una amplia aceptación de la comunidad científica relevante. Antes de hacer referencia a la utilidad que pueden prestar estos criterios, conviene tener presente ciertas notas de contexto.

#### a) El contexto de los estándares Daubert

Los criterios en cuestión se originaron a partir de tres sentencias relativas precisamente a las condiciones de admisibilidad del testimonio experto, las que en conjunto se ha denominado como *Daubert y su descendencia*.

La primera de ellas fue la dictada en el caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.* En él, Jason Daubert demandó al laboratorio farmacéutico sosteniendo que las malformaciones en las extremidades superiores con que habían nacido sus hijos, tenían como causa el *Bendectin*, un antialérgico consumido por la madre para aliviar las náuseas durante el periodo de gestación. Como evidencia, los demandantes presentaron el testimonio de 8 expertos, que afirmaron que el *Bendectin posiblemente podría* causar daños congénitos. La prueba en cuestión, sin embargo, fue excluida, por considerarse tanto por la Corte de Distrito como por la Corte de Apelaciones, que los testimonios *no contaban con una aceptación general de la comunidad científica de referencia*. El caso llegó entonces a la Corte Suprema, pues los demandantes sostenían que no correspondía a los jueces el decidir sobre la admisibilidad de las pruebas, sino que éstas debían ser valoradas exclusivamente por el jurado. La Corte Suprema terminó interpretando la regla 702 de las *Federal Rules of Evidence*, sosteniendo que es precisamente a los jueces a quienes correspondía examinar la confiabilidad preliminar del testimonio experto, escrutando si el razonamiento o la metodología subyacente tienen efectiva validez científica<sup>48</sup>. Para tal determinación, la Corte Suprema sugirió testear el testimonio experto en base a los cuatro estándares Daubert ya identificados, que consideró no-excluyentes.

El segundo caso corresponde a *Joiner v. General Electric Company, Monsanto y Westinghouse Electric*. En él, el demandante reclamaba que, en su calidad de electricista, durante su trabajo había resultado expuesto a diversas sustancias químicas que, en definitiva, habían contribuido al desarrollo de un tipo de cáncer

---

<sup>47</sup> Un buen ejemplo de la influencia que han tenido los estándares Daubert en la cultura jurídica es que éste tercer factor viene a ser reconocido por el artículo 326 del Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil, que establece que el informe escrito que presente el perito deberá contener '[l]a relación circunstanciada de todos los procedimientos practicados y su resultado, especialmente los que digan relación con los métodos utilizados en la elaboración del informe, como la cuantificación del porcentaje o márgenes de error conocidos para la técnica o método utilizado'.

<sup>48</sup> *Daubert v. Merrell Dow Pharms. Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

pulmonar. Como prueba, el demandante presentaba dos testimonios expertos en que se afirmaba que tal exposición *podría haber contribuido significativamente* a la aparición de la enfermedad. Así lo confirmaban, entre otros, estudios realizados en crías de ratones. Conociendo el caso, el tribunal de primera instancia declaró inadmisibles las pruebas por considerarlas especulativas. El tribunal de apelación, en tanto, determinó que las pruebas debían ser admitidas, pues la exclusión solo podía justificarse en base a un estándar más riguroso. El caso llegó finalmente a la Corte Suprema a instancia de los demandados. Ésta terminó excluyendo los testimonios expertos como prueba de los demandantes, sosteniendo que no era posible extrapolar las conclusiones alcanzadas a partir de estudios efectuados en animales, a la particular situación de Joiner<sup>49</sup>.

En el tercero de los casos relevantes, *Kumho Tire Company LTD et. al. V. Carmichael*, los descendientes de la víctima de un accidente automovilístico producido por la explosión de un neumático, demandaron a la empresa fabricante, alegando la existencia de un defecto de diseño del mismo. Como prueba se acompañó un testimonio presuntamente experto. Cuando el caso llegó a la Corte Suprema, ésta resolvió, siguiendo los criterios Daubert, que el testimonio carecía de sustento por parte de otros expertos y que no contaba con publicaciones que la sustentaran<sup>50</sup>. El testimonio, por ende, fue declarado inadmisibile.

## **b) La utilidad de los estándares Daubert**

Lo primero que debe considerarse respecto de los estándares Daubert, es que éstos han sido diseñados como criterios de admisibilidad de la prueba científica, en un contexto en que los llamados a establecer la efectividad de un determinado hecho, son las personas comunes y corrientes que componen un jurado. Lo que se persigue con el establecimiento de criterios de este tipo es, entonces, resguardar al jurado de eventuales malas decisiones que pudiera tomar en base a antecedentes que no cumplen con estándares mínimos de racionalidad o justificación. Como ha sostenido VÁSQUEZ, C. (2015, p. 140), lo que hay detrás del establecimiento de estos estándares, es una especie de *paternalismo epistémico*, en virtud del cual el juez actúa como una especie de *gatekeeper*, que preselecciona aquellos antecedentes que pueden ser objeto de valoración por un jurado.

Si bien es cierto nada obsta para que estos criterios, en un sistema jurídico como el nuestro, sean adoptados no tanto como estándares de admisibilidad, sino como criterios de valoración de la prueba al momento de dictar sentencia, deben tenerse presente sus evidentes limitaciones para estos efectos.

Por una parte y como se puede advertir a partir de los casos expuestos, la finalidad de estos criterios es principalmente detectar aquellas ocasiones en que las opiniones expertas o los dictámenes periciales, no constituyen más que *ciencia basura* que, como tal, no debiera ser considerada al momento de tomar una

---

<sup>49</sup> *Joiner v. General Electric Company et al.*, 522 U.S. 136 (1997).

<sup>50</sup> *Kumho Tire Company LTD et al. V. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).



decisión. En tales términos, los estándares Daubert, al igual que algunos de los criterios comentados en el apartado anterior (*supra*, II.E.1), funcionan más bien como formas de valorar negativamente una prueba o, dicho de otro modo, para no concederle valor probatorio alguno. Sin embargo, la principal dificultad para el juez aparece precisamente después de que se han superado los cuestionamientos iniciales que subyacen a los estándares Daubert. Concretamente, una vez que al juez se le ha demostrado (i) que la teoría expuesta ha sido sometida a prueba, (ii) que ha sido publicada y está sujeta a revisión de pares, (iii) que el rango de error asociado es bajo y (iv) que cuenta con *amplia aceptación* dentro de la comunidad científica relevante, ¿debe entonces concluir que los hechos que se afirman en el informe se encuentran debidamente acreditados? No, por supuesto que no. El cumplimiento de los estándares Daubert constituye, en el mejor de los casos, recién el primer paso para determinar que se está frente a una prueba que debe ser tomada en serio. Pero una vez que tales criterios se han satisfecho, el juez vuelve a enfrentarse a la interrogante inicial: ¿cómo es posible evaluar sustantivamente el contenido interno de un informe que versa sobre cuestiones que escapan a su conocimiento técnico? ¿Cómo puede efectuarse racionalmente tal valoración, sobre todo en aquellos litigios en que existen informes contrapuestos que satisfacen igualmente las condiciones de científicidad que exigen los estándares Daubert? Una vez más estas interrogantes quedan abiertas si es que solo se recurre a ellos.

Por otra parte, la aplicación de los estándares Daubert, que en último término suponen efectuar una demarcación entre aquella ciencia que debe ser tomada en serio y la ciencia basura, supone una complejidad adicional. Como ha sostenido GASCÓN, la aplicación de estos estándares, a final de cuentas *‘presupone que los jueces son capaces de comprender y aplicar los conceptos científicos necesarios para evaluar la validez de estas pruebas; lo que acaso no siempre sea cierto’* (2013, 193).

En efecto, todos los criterios que se han expuestos tienen sus propias complejidades. Pensemos, por ejemplo, en el primer estándar Daubert y supongamos que efectivamente un determinado enunciado ha logrado ser verificado empíricamente. ¿Quiere decir automáticamente que tal enunciado es verdadero? No necesariamente. De hecho, la historia de la ciencia demuestra que un enunciado contrastado empíricamente y que se consideró verdadero en algún momento, puede terminar siendo falseado a la luz de nuevas y más recientes investigaciones. Consideremos ahora el cuarto estándar Daubert: ¿está el juez en condiciones de evaluar cuál es el grado de aceptación general con que debe contar una teoría para considerarla verdadera? Suponiendo que la aceptación de una teoría es amplia, pero no unánime, ¿cómo puede evaluar el juez la razonabilidad de la discrepancia? Dudas similares surgen a propósito de los estándares restantes.

Lo expuesto constituye solo un esbozo preliminar de algunos problemas que subyacen a los estándares Daubert —en derecho comparado, en tanto, la literatura es abundante sobre la materia—, pero conviene tenerlo presente como advertencia si es que se pretende instar por su aplicación en nuestro sistema. Los estándares Daubert, en suma, pueden tener alguna utilidad para evaluar *ciencia novel* o nuevas técnicas o metodologías investigativas. Pero están lejos de ser un criterio

suficiente para lograr que el juez no se vea tentado a razonar del siguiente modo: “apareciendo en el informe que X se encuentra suficientemente acreditado, X se tendrá por probado en el presente juicio”.

### **E.3. La interrogación del perito**

Como se ha visto, los criterios a que se ha hecho referencia tienen limitaciones no menores, si lo que se busca es controlar la falibilidad del contenido del informe pericial. En cambio, un mejor mecanismo de control en este sentido —al cual también hacen alusión BULNES y VIAL (2017)— es la interrogación del perito por las partes —y, por el juez, si lo estima procedente—, acerca de los aspectos problemáticos o controversiales de su informe, sobre las fuentes tenidas a la vista, la metodología utilizada, las inspecciones efectuadas, etc.

Como lo ha popularizado TARUFFO (2008), los controles sobre la racionalidad de la prueba también se logran mediante reglas eminentemente procedimentales, como lo es precisamente la contradicción entre las partes. Bajo un contexto de lógica adversarial, son normalmente las partes las que tienen los mayores incentivos para desentrañar los eventuales errores de que pueda adolecer un dictamen pericial, para esclarecer los puntos oscuros o dudosos, o para complementar aquellas informaciones que resultan poco claras a través de nuevos antecedentes. En este sentido y según se expuso en el capítulo introductorio, el principio contradictorio no solo constituye una manifestación del debido proceso que debiera garantizar a las partes a intervenir en todo aquello que puede influir en la decisión, sino que además aporta una instancia de control adicional sobre la prueba, en la medida que *‘la verificación de la aceptabilidad de una prueba se realiza mejor contrastándola con una prueba contraria’* (TARUFFO, 2008, p. 429). De ahí que, como ha sostenido LARROUCAU, en definitiva, *‘la contradicción permite “cargar de razón” al juicio’* (2010, p. 139).

La contradicción, en su versión de permitir a las partes la interrogación del perito acerca del contenido de su informe, es consistente además con la carga que ellas deben asumir dentro de un proceso civil: corresponde principalmente a las partes esclarecer y acreditar los hechos que subyacen a sus pretensiones. Para que ello sea posible, no obstante, deben tener resguardado su derecho a demostrar las falencias y debilidades que puede tener un dictamen pericial y acreditárselas al Tribunal, que normalmente debiera verse beneficiado por los mayores elementos puestos a su favor para valorar la prueba. Para una debida protección de tal derecho, las observaciones a la prueba no son suficientes. Es precisamente la interrogación, efectuada ante el propio juez, la mejor forma de resguardarlo.

En nuestro actual procedimiento civil, la introducción de una instancia que permita interrogar al perito viene a constituir toda una novedad. Hasta el momento, la regla vigente es que el perito, luego de presentar su dictamen, pueda ser contrastado solo por escrito, ya sea mediante observaciones al peritaje, o

mediante las observaciones a la prueba propiamente tales. Una audiencia que permita interrogar al perito para salvar dudas o aclarar puntos oscuros o dudosos, simplemente no existe, lo que se ha estimado como un *‘evidente déficit en lo que dice relación con el respeto a la contradicción procesal del informe pericial’* (BORDALÍ, CORTEZ y PALOMO, 2014, p. 380).

Afortunadamente, en una señal de que el CAM puede ir a la vanguardia en términos procedimentales, desde hace poco tiempo atrás las Bases de Procedimiento tipo que se utilizan en materia de arbitraje, introdujeron una modificación importante respecto de este estado de cosas. Así, en la actualidad se contempla expresamente que, luego de presentado el dictamen, las partes tienen derecho *‘a solicitar la comparecencia personal del perito a fin de que éste responda las consultas que realicen las partes o el tribunal sobre su informe’*<sup>51</sup>. Con esto, las reglas de arbitraje doméstico no hicieron más que recoger los estándares ya existentes en materia de arbitraje internacional<sup>52</sup>, que al parecer serán los que se recogerán también en el Nuevo Código Procesal Civil<sup>53</sup>.

Según la base procedimental transcrita, la interrogación del perito está a disposición no solo de las partes, sino también del árbitro. Ello tiene una virtud en términos de resguardar la *independencia epistemológica* del árbitro frente al perito, pues a diferencia de la clásica *cross-examination* estadounidense, éste último está en condiciones de cuestionar, testear y plantear todas las interrogantes que le surjan a partir del peritaje, pudiendo contrastarlo incluso con las opiniones que se haya formado a partir de los demás medios de prueba presentados en el proceso o de aquellas interrogantes que puedan plantear las partes en el curso de la misma audiencia. Esta instancia procedimental deviene entonces en un buen mecanismo para que el árbitro pueda *valorar* el contenido del informe y no quedar determinado o constreñido por lo que en él se diga. En último término, el riesgo de *transferencia indebida de jurisdicción* puede reducirse de manera considerable si es que esta instancia es aprovechada de manera robusta, como un mecanismo para testear, poner en duda o medir la falibilidad de lo que se expone y concluye en un peritaje.

---

<sup>51</sup> Punto 12 i) del modelo tipo de Bases de Procedimiento CAM.

<sup>52</sup> El artículo 29(5) del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL establece, por ejemplo, que *‘[d]espués de la entrega del dictamen y a solicitud de cualquiera de las partes, podrá oírse al perito en una audiencia en que las partes tendrán la oportunidad de estar presentes e interrogar al perito’*. Una norma similar existe en el artículo 6(6) de las Reglas de la IBA sobre Prueba. Por su parte, el artículo 25(4) del Reglamento de Arbitraje de la CCI dispone *‘[a] petición de cualquiera de ellas, las partes tendrán la oportunidad de interrogar en audiencia a cualquier perito así nombrado’*.

Por su parte, el Club Español de Arbitraje, en la recomendación 148 de su Código de Buenas Prácticas Arbitrales, establece que *‘[e]l perito deberá comparecer en la audiencia para defender su informe, y aclarar las cuestiones que le planteen las partes y los árbitros, si lo solicita cualquier de las partes y siempre que los árbitros lo consideren oportuno’*.

<sup>53</sup> El artículo 326 del Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil, establecer que *‘[s]in perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar ante el juez acerca de su informe, éste deberá entregarse por escrito (...)’*.

De todos modos, una complementación parece necesaria a una regla como la que ha contemplado el CAM dentro de sus bases tipo: si de lo que se trata es que el árbitro esté en mejores condiciones de conocer las eventuales debilidades técnicas, errores metodológicos o de probabilidad, sesgos teóricos, o faltas de comprobación empírica de un peritaje, lo más adecuado es que en tales audiencias de interrogación, las partes puedan comparecer no solo con sus abogados, sino también con sus propios expertos. En efecto, precisamente por la dificultad que implica muchas veces efectuar una evaluación de los argumentos eminentemente técnicos que aparecen en un peritaje, si de lo que se trata es de controlar o medir la falibilidad de lo que en él se diga, quienes normalmente pueden estar en mejor posición de hacerlo, son otros expertos aportados por las partes. El ideal, entonces, es que éstos tengan la oportunidad de estar presentes en la audiencia en que se interroga al perito designado por el Tribunal, para al menos asistir a los abogados de las partes en aquellas cuestiones de naturaleza técnica.

En la práctica arbitral doméstica es posible percibir cierta reticencia a que se abran disputas entre expertos. Sin embargo, como correctamente ha señalado VÁSQUEZ, C. (2015, p. 261) siguiendo a DWYER *‘[e]l evitar simplemente a toda costa gestionar tales situaciones no es una forma epistemológicamente satisfactoria de resolver las dificultades que presenta el testimonio pericial (...); pues, obviamente, evitar un problema no es resolverlo’*. Por lo demás, la utilidad de la contrastación entre peritos para la resolución de conflictos queda de manifiesto por su amplia aceptación en materia internacional. El Reglamento de Arbitraje UNCITRAL, por ejemplo, en su artículo 29(5), luego de consagrar la posibilidad de interrogar al perito, dispone que en tal audiencia, *‘cualquiera de las partes podrá presentar peritos para que presten declaración sobre los puntos controvertidos’*. Una regla similar se establece en las Reglas de la IBA sobre Prueba, en las que se permite que el perito designado por las partes sea interrogado tanto por las partes, como por los expertos designados por ellas<sup>54</sup>.

Con una instancia de este tipo, no obstante, la interrogación del perito se acerca bastante al denominado Hot Tubbing, que no es más que otro mecanismo

---

<sup>54</sup> El artículo 6(6) de tales reglas establece que *‘a requerimiento de una parte o del Tribunal Arbitral, el perito designado por el tribunal estará presente en la audiencia de prueba. El Tribunal Arbitral puede interrogar al perito, y él o ella puede ser interrogado por las partes o por cualquier experto de parte, sobre asuntos planteados en su informe (...)’*.

Las *Civil Procedure Rules* (art. 35.12), por su lado, consagran la facultad para que los tribunales puedan ordenar, en cualquier etapa del proceso, una discusión entre los expertos presentados por las partes para que (i) éstos identifiquen y discutan los asuntos que versan sobre su experticia; y (ii) de ser posible, lleguen a un consenso sobre tales materias. Tal procedimiento, diseñado para los intercambios entre los expertos de parte, bien podría replicarse también considerando la intervención de un perito designado por el Tribunal.

procedimental que contribuye a resguardar la racionalidad de la valoración de la prueba pericial. Precisamente a tal mecanismo se hará referencia a continuación.

#### E.4. El Hot Tubbing

Si bien en las críticas que se hacen a nuestro sistema probatorio en general y a la prueba de peritos en particular a veces se tiende a mirar con cierta admiración el devenir de esta prueba en los sistemas jurídicos de la tradición del *common law*, lo cierto es que ellos conviven con sus propias preocupaciones. De hecho, no deja de ser paradójico que mientras en los sistemas de tradición continental se escuchan cada vez más voces que abogan por la supresión de los peritos designados por el juez, en el *common law* hay quienes se preguntan si acaso no sería más adecuado utilizar peritos nombrados por los tribunales, como forma de contrarrestar el carácter evidentemente partisano de los expertos presentados por las partes. Sobre el particular, una famosa muestra de desconfianza hacia la labor de estos expertos lo constituye la siguiente consigna de LORD WOOLF (1995, p. 183) en su reporte sobre *Access to Justice*: *los testigos expertos solían ser genuinamente expertos independientes. Hombres de eminencia en su campo. Hoy, en la práctica, ellos son armas a sueldo. Hay una estirpe de parásitos de la litigación, cuya principal experticia es elaborar reportes que callarán cualquier cosa que pudiera ser una desventaja para sus clientes*<sup>55</sup>.

Primordialmente motivados por la preocupación de la falta de objetividad de un porcentaje relevante de expertos de parte, en algunos sistemas jurídicos anglosajones se ha comenzado a experimentar con nuevos mecanismos procedimentales que hagan frente a este problema. Entre otros objetivos, mediante ellos se pretende asegurar de mejor modo el rol de los expertos de parte como asesores independientes que tienen por misión asesorar al Tribunal en materias técnicas y, junto con ello y en lo que interesa especialmente para los efectos de lo que se viene analizando, efectuar un mejor escrutinio de la evidencia aportada por los expertos.

Es en este contexto en el que, en audiencias llevadas a cabo primordialmente en Australia y Nueva Zelanda y en algunas ocasiones en las Cortes Federales de Estados Unidos<sup>56</sup>, se ha comenzado a utilizar el denominado *Hot Tub*, también conocido como *la prueba de expertos concurrentes*<sup>57</sup>. Lo que busca este mecanismo es una interacción directa entre los peritos de las partes, así como entre éstos, el Tribunal y sus abogados, de modo de iniciar una especie de diálogo acerca de aquellos puntos más controvertidos de los informes que se han presentado. Así y en algo que es propio de una *cultura de la justificación*<sup>58</sup>, los

---

<sup>55</sup> Traducción libre del original.

<sup>56</sup> El antecedente se encuentra en GREENE y GORDON (2016, p. 360).

<sup>57</sup> Para una descripción completa de este mecanismo y su potencial, ver EDMOND (2009).

<sup>58</sup> Esta cultura —que ve en la deliberación un proceso valioso que puede contribuir a mejorar la calidad de las pruebas—, en muchas ocasiones, se aleja de las formas de operar en la práctica del arbitraje doméstico en Chile. Si bien no conozco antecedentes empíricos sobre la materia, sí he podido conversar con diversos peritos que reconocen abiertamente su incomodidad de tener que ser expuestos al escrutinio de terceros. Muchos, de hecho, prefieren evitarlo

expertos son expuestos en una misma audiencia, a las conainterrogaciones del experto de la contraparte y de los demás intervinientes, con el propósito de ir detectando aquellos puntos específicos sobre los que existe controversia, al tiempo que se van verificando cuáles son aquellos otros aspectos sobre los que existe consenso.

Aunque el procedimiento de Hot Tub tiene diversos matices según el sistema que lo adopte, el ex Presidente del Tribunal Administrativo de Apelaciones del estado australiano de New South Wales, *Justice DOWNES G.* (2004), ha explicado que, a grandes rasgos supone lo siguiente: (i) las partes deben intercambiar los informes de sus expertos antes de la audiencia en los que se los interrogará conjuntamente; (ii) el día de la audiencia ambos expertos prestan juramento de decir la verdad sobre lo que declararán; (iii) posteriormente, al comienzo de la audiencia, el Tribunal resume aquellos hechos sobre los cuales existe discordancia y aquellos otros sobre los que hay avenencia; (iv) luego, el experto de la parte demandante presenta una breve exposición oral sobre su informe, la que es seguida por una exposición, en los mismos términos, del experto de la otra parte; (v) alternativamente, el Tribunal puede proceder a efectuar preguntas a los expertos de ambas partes; (vi) en lo que sigue, el experto de la parte demandante es invitado a efectuar preguntas al experto contrario, sin la intervención de los abogados; (vii) luego, el proceso adopta el sentido inverso '*con lo que toma lugar un breve coloquio*' (DOWNES, 2004, p. 9); (viii) con posterioridad, cada experto es invitado a dar un breve resumen de su posición, incluyendo su punto de vista sobre lo expuesto por el experto de la otra parte e identificando áreas de acuerdo y desacuerdo; (ix) entonces, los abogados de las partes pueden efectuar cualquier pregunta que estimen relevante y que consideren que no ha sido debidamente respondida con anterioridad; (x) al final, como en cualquier otra etapa de este proceso, el Tribunal puede intervenir y hacer las interrogaciones que considere pertinentes.

En teoría, todo este proceso parece ser adecuado. Sin duda, asegura de mejor modo la inmediación del juez con la prueba, permitiendo que éste pueda realizar un escrutinio más estricto de los argumentos técnicos que se le presentan. El juez no solo tiene la oportunidad de ir testeando directamente lo expuesto por los expertos, sino también de ir evaluando las debilidades de una determinada tesis o resultado, según lo haya expuesto el experto *rival* o los abogados de las partes. Si nuevas dudas o interrogantes surgen para el juez a partir de estos intercambios, éste tiene la posibilidad de acudir a las fuentes directas y someterlos a nuevos tests, hasta quedar satisfecho. El proceso, a fin de cuentas, parece ser una herramienta especialmente útil y ventajosa desde el punto de vista epistemológico para medir la falibilidad de los aspectos técnicos expuestos en los informes. El proceso, además, tiene la virtud de no postergar a las partes en el

---

expresamente. Del mismo modo, existen árbitros que prefieren evitar las comunicaciones entre los expertos de las partes o la comparecencia de éstos en audiencias, bajo el presupuesto de que aquello podría ser fuente de nuevas controversias entre las partes. Esta lógica de evitación del conflicto lleva muchas veces a que importantes consideraciones técnicas no tengan la debida oportunidad de ser expuestas, de primera fuente, por los expertos a los árbitros.

esclarecimiento de los hechos, resguardando debidamente el principio contradictorio. En definitiva y como lo ha señalado EDMOND (2009, p. 186) el procedimiento en cuestión tiene ‘*el potencial para mejorar la comunicación, la comprensión y las condiciones bajo las cuales aquellos legos que investigan los hechos, toman decisiones sobre la prueba que existe ante ellos*’<sup>59</sup>.

Estas reflexiones son, como se dijo, teóricas. ¿Qué ocurre en la práctica? Si hay algo de lo que conviene aprender de los sistemas legales de la tradición del *common law* es su vocación por los análisis empíricos. En tales sistemas es de común ocurrencia que las reformas legales vayan acompañadas, al poco andar, de mediciones acerca de los impactos que van produciendo en los hechos. Sobre el particular, resulta interesante una encuesta practicada en el Tribunal Administrativo de Apelaciones del estado australiano de New South Wales, al poco tiempo de adoptarse el Hot Tub como mecanismo para evaluar los informes de expertos. Según DOWNES (2004, pp. 14-16), algunos de los resultados fueron los siguientes:

- (i) Un 92,3% de los jueces encuestados estimaron que el Hot Tub les había hecho más fácil comparar la evidencia presentada por cada experto y que había mejorado su proceso de toma de decisión. Particularmente, dando razones sobre esto último, los jueces sostuvieron que el Hot Tub les permitió identificar áreas de contienda o controversia, contribuyó a hacer más fácil de entender los aspectos técnicos comprometidos, y permitió condensar la disputa más rápidamente.
- (ii) Un 80,7% de los jueces encuestados estimaron que el Hot Tub había mejorado la objetividad de la prueba de expertos, mientras que un 73,06% de ellos sostuvieron que había mejorado la calidad de la prueba de expertos propiamente tal.
- (iii) Asimismo, los expertos que fueron objeto de la entrevista, señalaron que apreciaron la oportunidad de ampliar sus opiniones y de responder de manera más completa las preguntas que se les formulaban, en comparación con los métodos tradicionales de interrogación, en los que consideraban que sus opiniones eran severamente limitadas o restringidas.

Finalmente, un matiz: todo lo expuesto dice relación con un sistema de prueba pericial radicalmente distinto al existente en el sistema jurídico chileno, que se basa en la presentación de expertos de parte y no en peritos cuya

---

<sup>59</sup> Traducción libre del original. Una evaluación similar sobre el potencial del Hot Tub es la que efectúan GREENE y GORDON (2016, p. 385) aunque refiriéndose a los jurados. Según ellas ‘*los jurados tienen una particular dificultad para comprender y usar prueba probabilística, la que es comúnmente asociada a los testimonios científicos de los expertos. Así, los procedimientos que reducen la cantidad de información transmitida por los expertos, la complejidad de sus teorías, y la incertidumbre asociada con todas las disciplinas científicas, deberían mejorar la toma de decisiones de los jurados*’. Si bien la evaluación de todos estos autores termina siendo favorable al Hot Tub, también identifican riesgos o debilidades asociados a su implementación. Sin embargo, no es ésta la ocasión para hacer un análisis sobre ellos.

designación depende del Tribunal. Nada impide, no obstante, a que al menos en materia de arbitraje doméstico —que normalmente se ha presentado como la opción más adecuada para flexibilizar las normas de procedimiento—, se pueda importar un mecanismo como el Hot Tub incluso para poner a prueba a los peritos designados por un árbitro. Ello simplemente supondría que éste debería ser expuesto a un procedimiento como el descrito, en conjunto con los eventuales expertos que pudieran haber nombrado las partes, con los abogados de éstas y con el Tribunal. De este modo, el dictamen del perito designado por el Tribunal podría ser testeado, ante quien efectuó la designación, por quienes mejores conocimientos pueden tener acerca de una controversia técnica: los expertos nombrados directamente por las partes.

El procedimiento, además, genera un incentivo que es institucionalmente deseable: el perito designado por el Tribunal estará compelido a presentar un informe bajo estándares más exigentes, a corroborar de mejor modo sus ensayos, a corregir sus eventuales errores, a dejar más clara la metodología ocupada, etc. Aquello solo puede resultar beneficioso para aquel árbitro que finalmente deberá analizar dicho informe antes de dictar sentencia.

### **E.5. Tribunales de expertos**

Finalmente, si la preocupación por la *transferencia indebida de jurisdicción* desde los árbitros hacia los peritos descansa en la constatación de la falta de conocimiento técnico de los primeros en materias eminentemente científicas y técnicas, no puede prescindirse de soluciones basadas en nuevos diseños institucionales.

En el sistema jurídico chileno ya existen varios tribunales especializados que han comenzado a incorporar a jueces no abogados, con el fin de abordar conflictos de naturaleza técnica o en los que resulta necesario contar con conocimientos especializados en alguna ciencia o arte en particular. Nadie discute que, por su composición mixta, no nos encontremos con un Tribunal propiamente tal. Un buen ejemplo de aquello, es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el que además de contar con tres miembros abogados, se encuentra integrados por dos jueces licenciados o postgraduados en ciencias económicas<sup>60</sup>. Los Tribunales Ambientales, por su parte, están integrados por dos ministros que deben tener el título de abogado, mientras que el tercero corresponde a un licenciado en ciencias con especialización en materias medioambientales, con a lo menos diez años de ejercicio profesional<sup>61</sup>.

En materia de construcción, área donde en muchas ocasiones surgen disputas de carácter eminentemente técnico y que en el bienio 2014-2015

---

<sup>60</sup> Artículo 6 del Decreto Ley N° 211, que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia.

<sup>61</sup> Artículo 2 de la Ley N° 20.600, que Crea los Tribunales Ambientales.



representan cerca del 21% de los arbitrajes CAM<sup>62</sup>, también nos encontramos con órganos especializados para resolver controversias técnicas. Tales órganos, si bien no ejercen jurisdicción y, por ende, no son tribunales propiamente tales, sí participan e intermedian en la resolución de conflictos con relevancia jurídica. Un primer ejemplo de ello es el Panel Técnico de Concesiones (órgano encargado de emitir recomendaciones sobre eventuales discrepancias de carácter técnico o económico entre el Ministerio de Obras Públicas y la empresa concesionaria durante la ejecución de un contrato de concesión) el cual se encuentra integrado por dos abogados, dos ingenieros y un profesional especializado en ciencias económicas o financieras<sup>63</sup>.

Un segundo ejemplo lo constituyen los denominados Dispute Boards, los cuales en Chile han sido regulados por el Reglamento de Dispute Boards del CAM<sup>64</sup>. Estos órganos constituyen una especie de panel técnico que presta apoyo informal a las partes frente a los desacuerdos o desavenencias que se presenten durante la vigencia de un contrato de construcción<sup>65</sup>. Si tal apoyo se traduce en la emisión de *recomendaciones*, nos encontramos frente a un Dispute Review Board; si, por el contrario, se traduce en la emisión de *decisiones*, nos encontramos frente a un Dispute Adjudication Board<sup>66</sup>. La particularidad de este último es que deviene en una especie de órgano cuasi-jurisdiccional, en la medida que sus decisiones son obligatorias para las partes y pasan a formar parte del contrato suscrito por ellas, al punto que si una de las partes la incumple, puede someter a arbitraje tal incumplimiento<sup>67</sup>. Sea cual sea el modelo, el órgano estará compuesto por los miembros designados por el CAM (los que por defecto serán tres), el cual realiza los nombramientos a partir de los integrantes del cuerpo arbitral y de la nómina de expertos de dicha institución<sup>68</sup>.

Como se puede apreciar, en el sistema de resolución de conflictos chileno ya se han diseñado diversos órganos que, con facultades jurisdiccionales o no, están facultados para resolver y/o para efectuar recomendaciones respecto de controversias específicas que requieren de conocimientos técnicos por parte de

---

<sup>62</sup> Esta información se encuentra disponible en <http://www.camsantiago.com/informativo-online/2016/06/docs/graficos%20estadisticas.pdf>

Este porcentaje se mantiene constante a través del tiempo. A partir de otras estadísticas del CAM se concluye que en el periodo 1992-2009, los arbitrajes de construcción representaron el 21% del total. Aunque en el año 2016 la cifra bajó levemente a un 19%, el año 2017 subió a un 23%.

<sup>63</sup> Artículo 36 del Decreto 900, que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del DFL MOP N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas.

<sup>64</sup> Reglamento de Dispute de Boards del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

<sup>65</sup> Artículo 2 del Reglamento de Dispute de Boards.

<sup>66</sup> Artículos 4 (1) y 5(1) del Reglamento de Dispute de Boards.

<sup>67</sup> Artículo 5(2) del Reglamento de Dispute de Boards.

<sup>68</sup> Artículo 5(6) del Reglamento de Dispute Boards.

quien las conoce. Siendo así, para aplacar el justificado temor de que un árbitro lego pudiera terminar siendo reemplazado en su función por lo que disponga un perito técnico en su dictamen, bien podrían diseñarse tribunales arbitrales colegiados de composición mixta —esto es, con jueces abogados y jueces con conocimiento técnico en un área específica— que pudieran lidiar con asuntos o controversias esencialmente técnicas o que involucren conocimientos particularmente específicos relativos a alguna ciencia o arte en particular.

Por cierto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 225 COT —que exige que, para ser árbitro de derecho (y, por ende, también para ser árbitro mixto) se requiere ser abogado—, la propuesta anterior es solo de *lege ferenda*. Nada impide, en todo caso, que en el futuro pudieran establecerse tribunales arbitrales de este tipo. Nada impide, además, que incluso en la actualidad pudieran establecerse tribunales arbitrales, con facultades de arbitrador, que estuvieran compuestos parcialmente por jueces técnicos o no abogados<sup>69</sup>.

### III. CONCLUSIONES

En cada uno de los apartados preliminares se fueron ofreciendo algunas conclusiones preliminares. Reiterarlas sería redundante. Por lo mismo, se ha preferido ofrecer algunas bases procedimentales tipo, que recogiendo lo expuesto en los capítulos precedentes, sirvan para regular de mejor modo la labor que desempeñan los peritos en materia de arbitraje. Para evitar cualquier comprensión errónea de lo que se ha expuesto en este trabajo, el hecho de que se ofrezcan estas reglas constituye un reconocimiento expreso de la vital importancia que tiene la intervención de los peritos para la resolución de conflictos. No se trata, por ende, de prescindir de ellos, sino simplemente de establecer reglas que aseguren de mejor modo el esclarecimiento de los hechos. Las reglas son las siguientes:

- 1° Las partes podrán solicitar, hasta antes del vencimiento del término probatorio, que se decrete la realización de uno o más informes periciales. A falta de acuerdo entre las partes, el perito será nombrado por el árbitro, quien para estos efectos no se encontrará limitado por las listas de peritos a que hacen referencias los artículos 416 y 416 bis CPC.
- 2° Dentro de tercero día de que se le comunique su designación y antes de aceptar el encargo, el perito deberá informar sobre cualquier hecho o circunstancia que pudiera ser susceptible de poner razonablemente en duda su independencia e imparcialidad y/o la de la institución a la que pertenece. Particularmente, deberá dar cuenta de eventuales conflictos de interés que pudiera tener con las partes, sus empresas relacionadas, sus abogados, con los estudios en donde éstos ejercen o con el propio árbitro.

---

<sup>69</sup> El hecho de que el cargo de árbitro esté limitado exclusivamente para abogados, está lejos de ser una regla unívoca. De hecho, como ha hecho presente VÁSQUEZ, M.F. (2011, p. 159), la Ley de Arbitraje Comercial Internacional ‘no requiere la profesión de abogado para desempeñarse en el cargo, sino que guarda silencio sobre tal asunto, por lo que en principio las partes son libres en designar en el cargo a cualquier persona’.

Para efectos que el perito pueda determinar qué constituiría un potencial conflicto de interés, el árbitro deberá informarle, al momento de su designación, cuáles son aquellas circunstancias que podrían considerarse como indiciarias de parcialidad. Sin perjuicio de ello, se entenderá que hay conflicto de interés si el perito ha prestado servicios remunerados a alguna de las personas mencionadas, dentro de los últimos 3 años.

- 3° Si las partes lo estiman pertinente, luego de que el perito haya prestado su declaración de independencia, éstas tendrán derecho a solicitar una audiencia destinada particularmente a interrogar al perito, con el fin de precaver eventuales conflictos de interés.
- 4° Habiéndose determinado ya la persona del perito, en la audiencia de reconocimiento, o en otra audiencia *ad-hoc* que se estime pertinente, el árbitro comunicará lo siguiente:
- (i) El perito no se encuentra facultado para emitir calificaciones jurídicas, ni para referirse a materias que escapen a las circunstancias de hecho que debe determinar.
  - (ii) Hasta antes de la emisión de su informe e incluso después del término probatorio, el perito podrá requerir todos los documentos que estime necesarios para el esclarecimiento de los hechos sobre los que debe emitir su informe. Tales requerimientos de información se efectuarán siempre y en todo momento a través del Tribunal Arbitral, debiéndose dejar constancia en el proceso sobre los documentos que fueron solicitados y sobre aquellos que fueron finalmente aportados. Respecto de cualquier nuevo antecedente que se presente, las partes tendrán derecho de objetarlo u observarlo, conforme a las reglas generales.
  - (iii) El perito no podrá reunirse, bajo ningún respecto, con una de las partes, en ausencia de la otra, salvo que estando una de ellas debidamente convocada, se ausentare sin justificación suficiente. A tales audiencias las partes podrán concurrir con sus propios expertos.
  - (iv) De todas las comunicaciones que el perito tenga con las partes, se levantará un acta, que identificará los intercambios de información que se hayan sostenido con ellas.
  - (v) El perito podrá requerir al árbitro todas las reuniones que estime pertinentes a efectos de aclarar dudas respecto de su encargo. Tales reuniones, no obstante, deberán desarrollarse en presencia de las partes, debiéndose levantar un acta que se adjuntará al proceso, de lo que se hubiere dicho o concluido en ella.
- 5° El perito deberá fundar debidamente las conclusiones de su informe y, junto con ello, indicar (i) las pruebas o ensayos que ha realizado para arribar a una determinada conclusión; (ii) la metodología utilizada en su investigación; (iii) las fuentes que avalan dicha metodología; (iv) las eventuales tasas de error que pudieran existir respecto de las pruebas practicadas y, si los conociere, los índices que indiquen cuáles son las tasas

de error aceptables en la materia. Particularmente, el perito deberá advertir si es que está ofreciendo una nueva teoría o técnica para arribar a una conclusión determinada.

- 6° Junto con hacer entrega de su informe, el perito deberá anexar todos aquellos documentos o antecedentes que le sirven de base y deberá explicar, si es que así ocurriese, qué tipo de documentación no fue considerada y por qué.
- 7° Sin perjuicio de lo anterior, con posterioridad a la presentación de su informe, el perito deberá concurrir a la audiencia que el juez determine, a fin de responder las consultas que realicen las partes, los expertos de éstas, o el propio tribunal, acerca del contenido de su informe. En tal oportunidad, el perito deberá prestar juramento de decir verdad de lo que va a declarar. El desarrollo o curso de la audiencia será determinado por el Tribunal, debiendo asegurar iguales oportunidades a ambas partes.
- 8° Si el Tribunal Arbitral lo estima necesario, previo a la audiencia de interrogación del perito, podrá requerírsele que, en conjunto con los expertos presentados por las partes, identifiquen aquellos aspectos de hecho en los que existe acuerdo y aquellos otros en los que se presentan discrepancias, lo que deberá ser expresado en la audiencia respectiva.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### a) Fuentes Normativas:

Auto Acordado sobre Confección de Lista de Peritos en el Procedimiento Civil.

Bases de Procedimiento tipo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago

*Civil Procedure Rules*, del Reino Unido.

Código de Buenas Prácticas Arbitrales (2019), del Centro Español de Arbitraje. Recuperado de <https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cbbpp-cea.pdf>

Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile A.G., vigente desde el 1 de agosto de 2011.

Código de Procedimiento Civil.

Código Orgánico de Tribunales.

Código Penal.

Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Recuperado de [http://www.iibdp.org/images/codigos\\_modelo/IIDP\\_Codigo\\_Procesal\\_Civil\\_Modelo\\_Iberoamerica.pdf](http://www.iibdp.org/images/codigos_modelo/IIDP_Codigo_Procesal_Civil_Modelo_Iberoamerica.pdf)

Decreto Ley N° 211, que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia.

Decreto N° 900, que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del DFL MOP N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas.

Directrices IBA Sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014, adoptadas por acuerdo del Consejo de la IBA el 23 de octubre de 2014. Recuperado de <http://adipri.cl/v1/wp-content/uploads/2014/07/Directrices-de-la-IBA-sobre-Conflictos-de-Intereses-en-el-Arbitraje-Internacional.pdf>

Ley N° 20.600, que Crea los Tribunales Ambientales.

Proyecto de Ley de Nuevo Código de Procedimiento Civil.

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), revisado en 2010.

Reglamento de la CCI sobre la Administración de Procedimientos de Peritaje, vigente a partir del 1° de febrero de 2015.

Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, adoptadas por acuerdo del Consejo de la IBA el 19 de mayo de 2010.

Reglamento Dispute Boards, del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, vigente a partir del 1° de enero de 2015.

Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, vigente a partir del 1° de diciembre de 2012.

Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas (2011), Código de Procedimiento Civil, Tomo II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 4ª ed.

**b) Doctrina:**

Anabalón Sanderson, C. (1963). *Tratado práctico de derecho procesal*. Santiago: Arancibia Hhos. Editores, 2ª ed.

Bordalí Salamanca, A., Cortez Matcovich G. y Palomo Velez, D. (2014). *Proceso Civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*. Santiago: Thomson Reuters, Colección Tratados y Manuales, 2ª ed.

Bulnes, F. y Vial G. (2017), “La Prueba pericial y el riesgo de transferencia indebida de jurisdicción: medidas para una adecuada valoración de la pericia”. Accesible en [http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online/ArticulosobrePeritos.pdf](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/ArticulosobrePeritos.pdf).

Downes, G. (Justice). (2004). “Concurrent expert evidence in the Administrative Appeals Tribunal: The New South Wales Experience”. Accesible en <https://www.aat.gov.au/AAT/media/AAT/Files/Speeches%20and%20Papers/concurrent.pdf>

Edmond, G. (2009). “Merton and the Hot Tub: scientific conventions and expert evidence in Australian Civil Procedure”, *Law and Contemporary Problems*, 72, 159-190. Accesible en <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol72/iss1/9>

Ferrer, J. (2013). “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana”. En C. Vásquez (ed.), *Estándares de Prueba y Prueba Científica. Ensayos de epistemología jurídica* (pp. 21-39). Madrid: Marcial Pons.

Gascón, M. (2013). “Prueba Científica. Un Mapa de Retos”. En C. Vásquez (ed.), *Estándares de Prueba y Prueba Científica. Ensayos de epistemología jurídica* (pp. 181-201). Madrid: Marcial Pons.

Greene, E. y Gordon, N. (2016). “Can the “Hot Tub” enhance jurors’ understanding and use of expert testimony? *Wyoming Law Review*, 16(2), 359-385.

Larroucau Torres, J. (2010). *La prueba en el proceso civil. Un examen de sus dimensiones epistémica y normativa en la imputación de responsabilidad por culpa* (Tesis doctoral). Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

----- (2012). “Hacia un estándar de prueba civil”. *Revista Chilena de Derecho*, 39(3), 783-808.

Lord Woolf MR (1993). *Access to Justice. Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, HMSO, London.

- Mereminskaya, E. y Landeros, F. (2017). “Suggested Policies for Tribunal-Appointed Experts in Construction Disputes”, TDM 2, [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com). Accesible en [www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2454](http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2454)
- Rodríguez Papic, I. (2005). *Procedimiento Civil. Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 7ª ed.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Vásquez Rojas, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons.
- Vásquez Palma, M. F. (2011). *Arbitraje en Chile. Análisis Crítico de su Normativa y Jurisprudencia*. Santiago: Legal Publishing, 2ª ed.
- Wilenmann, J. (2014). “Sobre la estructura dogmática de los delitos de falsedad en el proceso” *Revista Ius et Praxis*, 20(2), 71-108.

**c) Jurisprudencia (por orden de antigüedad)**

1. Sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Valdivia, el 20 de agosto de 1912. Publicada en *Gaceta Jurídica*, 2º semestre, N° 944, página 375.
2. Sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, el 3 de septiembre de 1930. Publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 27, sección 2ª, página 49.
3. Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema, el 24 de julio de 1951. Publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 48, sec. 4ª, p. 144.
4. Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema, el 23 de mayo de 1990. Publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, sección 1ª, página 46.
5. Sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, el 4 de agosto de 1998, en los autos caratulados ‘*Arcaya y López S.A. con Tecnología de Aluminio Ltda.*’.
6. Sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, el 28 de agosto de 2013, en los autos Ingreso N° 6243-2012.
7. Sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, el 18 de marzo de 2014, en los autos Ingreso N° 1024-2013.
8. Sentencia dictada por 27º Juzgado Civil de Santiago, el 18 de diciembre de 2014, en los autos caratulados ‘*Obrascón Huarte Lain S.A. Agencia en Chile con Fisco de Chile*’, rol 26844-2011.
9. Sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Copiapó, el 18 de julio de 2016 en los autos Ingreso N° 199-2016.