**Modifica el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Civil en materia de gratuidad del informe de peritos, en cuanto medio probatorio**

**Boletín N° 13259-07**

**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.**

**1.-** Con el propósito de contextualizar el presente proyecto de ley, y comprender el verdadero alcance de la modificación legal que se pretende introducir al Código Orgánico de Tribunales y al Código de Procedimiento Civil, cabe referirnos en forma previa y breve a la asistencia judicial y lo que entiende por tal, nuestra Carta Fundamental.

Extrañamente, nuestra Constitución Política de la República no contiene ninguna disposición que de manera expresa consagre el derecho a la justicia, no empero, por esta razón podemos inferir que tal derecho fundamental no tiene cabida en nuestra Carta Magna, toda vez que, aunque de manera implícita, igualmente es reconocida y queda comprendida dentro de la garantía de igualdad de la ley en el ejercicio de los derechos que instituye su artículo 19 N° 3.

**2.-** Habida cuenta de lo anterior, es posible sostener que toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Luego, a propósito del postulado esbozado, podemos concluir que toda persona tiene el derecho a defensa jurídica y, en lo que nos concierne, el derecho de defensa jurídica gratuita si no dispusiere de los recursos necesarios para costear un abogado particular, ya que es la propia disposición normativa en comento, la que señala que, será la ley la que arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos.

Para asegurar tanto la igualdad ante la ley como el derecho a defensa, el legislador creó el privilegio de pobreza, el que podemos concebir como un beneficio que concede la ley o la autoridad judicial a las personas menesterosas para que, en sus asuntos judiciales, sean atendidas gratuitamente y gocen de las demás franquicias y exenciones que la ley establece. En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 591 del Código Orgánico de Tribunales, el privilegio de pobreza, permite el ejercicio del derecho para ser gratuitamente servidos por los funcionarios del orden judicial, y por los abogados, procuradores y oficiales subalternos designados para prestar servicios a los litigantes de escasos recursos.

Así las cosas, vemos que la gratuidad se circunscribe únicamente a las personas que la ley indica, de modo tal que, sin perjuicio de los casos que comentaremos más adelante, los peritos quedan fuera del marco de la gratuidad que supone el privilegio de pobreza, lo que sin duda atenúa el principio de la gratuidad en materia judicial. Por lo demás, lo que se propone por medio del presente proyecto de ley, no es más que extender la gratuidad a otros aspectos de los procedimientos judiciales actualmente no amprados por la ley, ya que hoy vale recordar que existe la figura del abogado del turno, el receptor de turno, la notaría de turno, entre otros.

**3.-** A mayor abundamiento y, para darle coherencia a los razonamientos expuestos, nuestra Constitución Política de la República, en su artículo primero inciso primero, establece que "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos", señalando a continuación, que la finalidad del Estado es contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que establece. En consecuencia, podemos afirmar con propiedad que, nuestro sistema de justicia regula una alternativa gratuita que permite a las personas que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, proveerse de los profesionales necesarios para acceder a la tutela judicial efectiva y ver adecuadamente defendidos sus derechos e intereses. Sin embargo, esa alternativa es limitada a la esfera de la representación de sus derechos e intereses, y es necesario que se amplíe a otros ámbitos para hacer un correcto ejercicio del derecho de todo litigante a producir su prueba en igualdad de condiciones, garantizando no sólo su opción a ofrecerla, sino que también a rendirla, aunque careciere de los recursos para costear los servicios asociadas a la misma.

**4.-** Para disociar la teoría de lo empírico, y explicar las premisas planteadas en los numerales anteriores, es de suyo procedente recurrir a la legislación vigente sobre la materia, diseminada en –al menos- los cuerpos legales que regulan los procedimientos judiciales más conocidos por nuestros tribunales.

En materia procesal penal, dispone el artículo 316 del Código Procesal Penal, inciso segundo, que "los honorarios y demás gastos derivados de la intervención de los peritos mencionados en este artículo corresponderán a la parte que los presentare". Mas la excepción se encuentra en el inciso siguiente, al disponer que "Excepcionalmente, el juez de garantía podrá relevar a la parte, total o parcialmente, del pago de la remuneración del perito, cuando considerare que ella no cuenta con medios suficientes para solventarlo o cuando, tratándose del imputado, la no realización de la diligencia pudiere importar un notorio desequilibrio en sus posibilidades de defensa. En este último caso, el juez de garantía regulará prudencialmente la remuneración del perito, teniendo presente los honorarios habituales en la plaza y el total o la parte de la remuneración que no fuere asumida por el solicitante será de cargo fiscal.".

A su vez, en materia de familia, la ley N° 19.968 en su artículo 47 inciso segundo, los honorarios y demás gastos derivados de la intervención de los peritos corresponderán a la parte que los presente.

Pero esto no es válido para el caso de las pericias emitidas por una institución pública por orden del juez, caso en el que el costo lo asume el Estado.

En lo que se refiere a la legislación laboral, existe una omisión sobre este punto, de modo tal que, siguiendo la regla general, quien presenta al perito debe pagar sus honorarios.

Por último, el Código de Procedimiento Civil, el más antiguo de los sistemas que, hasta la fecha no ha sufrido grandes reformas, en su artículo 411 señala que los gastos y honorarios que se originen por la diligencia pericial es de cargo del que la haya solicitado; salvo que el tribunal estime necesaria la medida para el esclarecimiento de la cuestión, y sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva sobre pago de costas. La excepción la constituye el artículo 720 del mismo cuerpo legal, a propósito de los juicios de mínima cuantía que más adelante comentaremos someramente.

**5.-** Siendo así las cosas y, habiendo revisado nuestros principales cuerpos legales, en lo concerniente al sujeto obligado a los gastos para producir una prueba pericial, vemos con cierta claridad, que trasunta como regla general, que la pericia debe ser solventada por quien la solicita y la excepción es la gratuidad, dado el marco de aplicación sumamente restringido o derechamente inexistente, como sucede en materia procesal civil, a excepción de los juicios de mínima cuantía.

Bajo tal afirmación, resulta casi de toda lógica suponer que no existirá igualdad en el ejercicio de los derechos y acceso a la justicia o tutela efectiva, si una persona carente de recursos, es la que necesita probar sus derechos o intereses; pues, probablemente se verá obligada a desistirse de la prueba solicitada o bien se le apercibirá y nunca la rendirá, dada la imposibilidad de pagar los honorarios propuestos por el perito y/o fijados por el juez, situación que ocurre especialmente en materia civil, con ocasión de juicios declarativos que versan sobre el dominio, posesión y mera tenencia sobre bienes inmuebles y toda clase de juicio, cuya finalidad última es la compensación de daños e indemnizaciones de perjuicios.

Como toda regla general, evidentemente hay excepciones que matizan las consideraciones vertidas. Me refiero a las obligaciones que asisten a ciertos profesionales, como las del Servicio Médico Legal, organismo de la Administración Pública que debe asesorar técnica y científicamente a los órganos jurisdiccionales y de investigación, en todo el territorio nacional, en lo relativo a la medicina legal, ciencias forenses y demás materias propias de su ámbito", entre cuyas funciones, según su artículo 3°, letra a), está la de "Realizar peritajes médico-legales, en materias clínicas, tanatológicas, psiquiátricas y de laboratorio, evacuando los informes periciales del caso. Destaco este ejemplo por su aplicación extendida no sólo a los procedimientos judiciales de naturaleza penal, sino que también de familia, e incluso las laborales, civiles y otras, pero más importante, por el carácter obligatorio que supone la elaboración de las pericias e informes para los funcionarios en cuestión, entendidas como cargas vinculadas al ejercicio de sus funciones como empleado público.

Otro ejemplo que merece ser destacado y ya se esbozaba precedentemente, es lo que acontece en los juicios de mínima cuantía, que regula el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 703 y siguientes. Lo interesante en este caso, es que al tenor literal del inciso primero del artículo 720, que reza lo siguiente: "Siempre que el tribunal decrete informe de peritos, designará preferentemente para el cargo al empleado público, municipal o de institución semifiscal que estime competente, quien estará obligado a desempeñarlo gratuitamente", se denota la preferencia por el nombramiento de peritos en personas que formen parte de la Administración del Estado y que se encuentran obligados a desempeñarlo de manera gratuita. Lamentablemente, la norma expuesta, es aplicable únicamente a los juicios de mínima cuantía, es decir cuya cuantía no exceda de diez unidades tributarias mensuales, y que por su naturaleza no tengan señalado en la ley un procedimiento especial, razón por la cual, el ámbito de aplicación es muy específico. De todas formas, la existencia de dicha disposición legal constituye un argumento más para motivar el presente proyecto de ley, en circunstancias que dejaría en evidencia que la gratuidad en materia pericial no es inédita en nuestra legislación, y en la actualidad, constituye un estándar mínimo que merece ser replicado para seguir derribando barreras y brechas discriminatorias de las personas más desposeídas para acceder efectivamente a la justicia y todo lo que ello supone.

**6.-** Siguiendo el desarrollo de esta línea argumentativa, vemos con mayor claridad que la asistencia jurídica gratuita es un derecho fundamental para los justiciables, debiendo el Estado satisfacer sus requerimientos a través de diversos mecanismos legales, entre los cuales, puede incluirse perfectamente la supresión de ciertas cargas pecuniarias para probar sus derechos e intereses mediante el informe de peritos, hoy asumidas por las personas que litigan ante los tribunales de justicia sin atender a su situación socioeconómica, máxime si se considera que, de acuerdo a lo resuelto por nuestro propio Tribunal Constitucional el legislador está obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquéllas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda; excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1411, de 7 de septiembre de 2010).

**7.-** Precisado lo anterior, es útil tener presente para los objetivos de este proyecto de ley que, según lo ha expresado la Contraloría General de la República en su dictamen N° 30809 de 1986, las personas patrocinadas por entidades públicas o privadas que prestan asistencia jurídica y judicial gratuita, se encuentran eximidas, por el solo ministerio de la ley, de las obligaciones pecuniarias a que están sujetos normalmente los litigantes en los procedimientos que se realizan ante los tribunales de justicia, sino que también se extiende la gratuidad a los servicios que prestan los empleados del orden judicial y de la Administración. Consecuencia obligada de lo anterior, nos incentiva aún más para direccionar la carga que supone realizar una pericia en el marco de un procedimiento judicial hacia la Administración del Estado, pero esta vez no a través de cualquiera de sus funcionarios, pues se atentaría contra el principio de la idoneidad que requiere que una persona posea ciertas competencias y conocimientos para ser perito, sino que precisamente a la que, siendo funcionario público tenga también la calidad perito judicial, debidamente inscrito en las listas de que dispone el Poder Judicial para tales efectos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 416 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, complementados por los Autos Acordados dictados por la Excelentísima Corte de Suprema sobre la materia.

**8.-** Reconociendo que, obligar a un funcionario público a realizar una pericia judicial de manera gratuita, basada en su precisa condición de empleado público y perito judicial, podría significar una transgresión a la garantía de la igualdad ante las cargas públicas, consagrada en el artículo 19 N° 20 de la Constitución Política, toda vez que se traduciría en un gravamen impuesto tan sólo a unos pocos en beneficio de toda la comunidad sin percibir una compensación a cambio; el presente proyecto de ley establece que la designación recaída en éstos, deberá hacerse de manera restringida, únicamente en los casos que corresponda ser nombrado por el juez, una vez que se verifique fehacientemente que la persona no puede procurar por los medios para costearla, al estar premunida de un privilegio de pobreza; además, asegurando que el sistema de designación sea por turno, y por último, estableciendo causales al perito para excusarse, no sólo por razones de fuerza mayor o caso fortuito, sino que también por razones de carga laboral, ello, para no afectar su garantía constitucional de la libertad de trabajo, subsumida en el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, por cuanto dicha carga, no habilitaría al mismo para desempeñar el cargo dentro de la jornada laboral, ni tampoco le devengaría el derecho para pedir otros permisos especiales con goce de remuneraciones. Seguidamente, no existiendo funcionarios públicos idóneos y disponibles para desempeñar el cometido encomendado, corresponderá al juez de manera supletoria, designar a otro trabajador del ámbito privado o independiente que forme parte de las listas de peritos que dispone el Poder Judicial. Lo señalado, permitiría conciliar la garantía que establece nuestra Carta Magna sobre la distribución de cargas públicas, al justificar una prelación en el nombramiento de peritos en favor de personas que formen parte de la Administración del Estado, en razón de los deberes que son conexos al ejercicio de la función pública propiamente tal, pero sin que esto irrogue un gasto adicional para el erario público, ni afecte o entorpezca la continuidad del servicio, al excluirse la posibilidad de imputar el tiempo invertido a la jornada laboral, o bien, por la vía de la compensación, exigir derechos, permisos o beneficios adicionales a los que pueda contemplar el estatuto laboral, contrato de trabajo o reglamento que regule sus derechos y obligaciones.

**9.-** Dándose los requisitos para designar un perito para actuar en forma gratuita, cabe tener presente que esta gratuidad debería beneficiar a todas las partes, no obstante éstas tengan solvencia económica para cubrir los gastos asociado a ello, ya que la existencia de honorarios por parte de algunos, podría afectar de modo manifiesto la imparcialidad del perito, por cuanto, y respecto del informe, existen casos en que el propio perito ha reconocido que al momento de su confección tenía un interés patrimonial en la resulta de este juicio, elemento que le hace perder la imparcialidad que debe tener al momento de ejecutar la labor que le encomendara el tribunal.

**10.-** A modo ilustrativo, cito al presente, la experiencia de España en el asunto de la gratuidad en materia de pericias, vinculadas a personas carentes de recursos económicos para solventar los gastos, que establece que la asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales, o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas. Excepcionalmente y cuando por inexistencia de técnicos en la materia de que se trate, no fuere posible la asistencia pericial de peritos dependientes de los órganos jurisdiccionales o de las Administraciones públicas, ésta se llevará a cabo, si el Juez o Tribunal lo estima pertinente en resolución motivada, a cargo de peritos que, por insaculación, sean designados entre los técnicos privados que correspondan."

**11.-** Finalmente y a modo de corolario, es dable enfatizar que el presente proyecto contiene como idea matriz, la eliminación de brechas económicas para materializar la igualdad que debería tener toda persona en el ejercicio de sus derechos; en la especie, el derecho a tutela judicial efectiva, especialmente para aquellos más desposeídos, en orden a que éstos puedan producir la prueba pericial ordenada por el juez sin efectuar desembolso alguno, en la medida que actuaren con privilegio de pobreza, carga que deberá ser asumida primeramente por aquellos funcionarios públicos que, siendo a la vez peritos judiciales, sean designados por la judicatura y no tengan causa legal que les impida cumplir el encargo encomendado, y, de manera supletoria a cualquier otra persona del ámbito privado que formara parte del listado de peritos de que dispone el Poder Judicial para tales propósitos.

Por lo tanto, proponemos el siguiente proyecto de ley:

**Artículo primero: Efectúanse las siguientes modificaciones al Código Orgánico de Tribunales.**

**Reemplácese el inciso segundo del artículo 591, por el siguiente: "**Los que actuaren con privilegio de pobreza tendrán derecho para ser gratuitamente servidos por los funcionarlos del orden judicial, por los abogados, procuradores y oficiales subalternos designados para prestar servicios a los litigantes pobres. Dicho privilegio de pobreza también habilitará al litigante para eximirse de cualquier pago por concepto de gastos y honorarios vinculados a una prueba pericial ordenada por el juez de la causa, en la forma que dispone el artículo 416 del Código de Procedimiento Civil."

**Artículo segundo: Efectúanse las siguientes modificaciones al Código de Procedimiento Civil.**

1.- Introdúcese la siguiente modificación al inciso segundo del artículo 411, intercalando, a continuación de la frase "… serán de cargo del que la haya solicitado," la siguiente frase: "a menos que cualquiera de las partes actuare con privilegio de pobreza, en cuyo caso, el nombramiento se hará en la forma que dispone el artículo 416 de este Código, y será absolutamente gratuito para todas las partes".

2.- Agregase un nuevo inciso a continuación del inciso segundo del artículo 416:

"Si el litigante obrare con privilegio de pobreza, el tribunal hará el nombramiento entre los peritos de la especialidad requerida que sean funcionarios públicos de la Administración del Estado, entendiendo por éstos, cualquier persona que forme parte de alguno de los organismos comprendidos por el inciso segundo del artículo 1 de la Ley N° 18.575. Supletoriamente, no siendo posible el nombramiento en alguna de las personas que forman parte de la Administración del Estado, el tribunal lo hará entre los peritos de la especialidad requerida que se desempeñen en el ámbito privado. En cualquiera de las situaciones, el tribunal hará el nombramiento utilizando el sistema de turnos que fije un Auto Acordado de la Corte Suprema, que se publicará en el Diario Oficial.

3.- Agregase un nuevo inciso a continuación del inciso primero del artículo 417:

El perito que acepte el cargo deberá declararlo así, jurando desempeñarlo con fidelidad. En el evento que el perito nombrado deba desempeñar el cargo de manera gratuita y sea funcionario público en los términos que señala el artículo anterior, no tendrá más derechos, permisos, beneficios u otros análogos para cumplir su cometido, que los que al efecto, regule su estatuto laboral o contrato de trabajo respectivo. En todo caso, siendo el perito nombrado, funcionario público, trabajador dependiente o independiente del sector privado, éste podrá excusarse de aceptar el cargo, invocando para ello, razones fundadas de índole estrictamente laboral, fuerza mayor o caso fortuito, las que deberán ser siempre apreciadas en conciencia por el tribunal.

***Andrés Celis Montt***
***Diputado***